



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2010 Vol. 1

1^{er} cahier, 2010 Vol. 1

Cited as [2010] 1 S.C.R. 3-328

Renvoi [2010] 1 R.C.S. 3-328

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques		
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	REMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes		
STEPHEN BALOGH	MARIE-LUC SIMONEAU	ROSALIE TO-THANH-HIEN
MARIE RODRIGUE		CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques		
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE DELORME	PAULINE MCTAVISH	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Canada (Prime Minister) v. Khadr 44

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Canadian citizen detained by U.S. authorities at Guantanamo Bay — Canadian officials interviewing detainee knowing that he had been subjected to sleep deprivation and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Whether process in place at Guantanamo Bay at that time violated Canada's international human rights obligations — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to conduct of Canadian state officials alleged to have breached detainee's constitutional rights.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Canadian citizen detained by U.S. authorities at Guantanamo Bay — Canadian officials interviewing detainee knowing that he had been subjected to sleep deprivation and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Whether conduct of Canadian officials deprived detainee of his right to liberty and security of person — If so, whether deprivation of detainee's right is in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Request for repatriation — Canadian citizen detained by U.S. authorities at Guantanamo Bay — Canadian officials interviewing detainee knowing that he had been subjected to sleep deprivation and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Violation of detainee's right to liberty and security of person guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms — Detainee seeking order that Canada request his repatriation from Guantanamo Bay — Whether remedy sought is just and appropriate in circumstances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

Courts — Jurisdiction — Crown prerogative over foreign relations — Courts' power to review and intervene on matters of foreign affairs to ensure constitutionality of executive action.

Fallowka v. Pinkerton's of Canada Ltd. 132

Torts — Negligence — Duty of care — Territorial government — Security company — Miners — Ongoing bitter strike at mine — Striking members of local union committing several criminal acts against mine property and replacement miners, including planting bomb in mine that killed nine miners — Surviving family members of murdered miners suing security company hired by mine owner to protect property and miners and territorial government for non-closure of mine in spite of clear knowledge of dangerous situation — Miner among first on scene of explosion also suing claiming damages for post-traumatic stress

Continued on next page

SOMMAIRE

Canada (Premier ministre) c. Khadr 44

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Citoyen canadien détenu par les autorités américaines à Guantanamo — Interrogatoire d'un détenu par des responsables canadiens qui savaient qu'il avait été privé de sommeil et communication du contenu des interrogatoires aux autorités américaines — Le processus en place à Guantanamo à l'époque violait-il les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne? — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à la conduite de responsables canadiens qui auraient violé les droits constitutionnels du détenu?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Citoyen canadien détenu par les autorités américaines à Guantanamo — Interrogatoire d'un détenu par des responsables canadiens qui savaient qu'il avait été privé de sommeil et communication du contenu des interrogatoires aux autorités américaines — La conduite des responsables canadiens a-t-elle porté atteinte aux droits du détenu à la liberté et à la sécurité de sa personne? — Si oui, l'atteinte était-elle compatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Demande de rapatriement — Citoyen canadien détenu par les autorités américaines à Guantanamo — Interrogatoire d'un détenu par des responsables canadiens qui savaient qu'il avait été privé de sommeil et communication du contenu des interrogatoires aux autorités américaines — Violation des droits du détenu à la liberté et à la sécurité de sa personne garantis par la Charte canadienne des droits et libertés — Sollicitation par le détenu d'une ordonnance intimant au Canada de demander son rapatriement — La réparation demandée est-elle juste et convenable eu égard aux circonstances? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

Tribunaux — Compétence — Prérogative royale en matière de relations internationales — Pouvoir des tribunaux d'examiner les questions relatives aux affaires étrangères et d'intervenir à leur égard pour s'assurer de la constitutionnalité de l'action de l'exécutif.

Fallowka c. Pinkerton's of Canada Ltd. 132

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Gouvernement territorial — Entreprise de sécurité — Mineurs — Dure grève dans une mine — Grévistes membres du syndicat local ayant commis plusieurs infractions criminelles contre les biens de la mine et les mineurs de remplacement, dont un attentat à la bombe qui a tué neuf mineurs — Poursuite par les membres survivants de la famille des mineurs tués contre l'entreprise

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

disorder — Trial judge finding both security company and government liable in negligence for failing to prevent murders — Whether security company and government owed duty of care to murdered miners — If so, whether they breached that duty.

Torts — Negligence — Duty of care — Unions — Miners — Ongoing bitter strike at mine — Striking members of local union committing several criminal acts against mine property and replacement miners, including planting bomb in mine that killed nine miners — Surviving family members of murdered miners suing unions — Miner among first on scene of explosion also suing claiming damages for post-traumatic stress disorder — Whether trial judge erred finding that national and local unions breached their duty of care to miners — Whether national and local unions separate legal entities — Whether national union directly or vicariously liable for acts of striking members of local union.

MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans) 6

Environmental law — Federal environmental assessment process — Comprehensive study — Scope of project — Project as proposed by mining company requiring comprehensive environmental study — Responsible authority excluding certain aspects from scope of project — Comprehensive study no longer necessary and assessment proceeding by way of screening — Whether environmental assessment should have proceeded by way of screening or comprehensive study — Whether federal environmental assessment track is determined by project as proposed by proponent or by discretionary scoping decision of responsible authority — Meaning of the word “project” — Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 15, 21.

Administrative law — Judicial review — Remedy — Federal environmental assessment process — Project as proposed by mining company requiring comprehensive environmental study — Responsible authority excluding certain aspects from scope of project — Comprehensive study no longer necessary and assessment proceeding by way of screening — Public interest litigant filing application for judicial review — Substantive decisions made by responsible authority not challenged — Judicial review brought as test case to determine federal government’s obligations under s. 21 of Canadian Environmental Assessment Act — Federal Court setting aside decision to proceed by way of screening, quashing decision to issue permits and approvals to proceed with the project and prohibiting issuance of such permits and approvals until completion of comprehensive study — Whether Federal Court granted broader relief than was appropriate — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1(3).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de sécurité embauchée par le propriétaire de la mine pour protéger les biens et les mineurs et contre le gouvernement territorial pour ne pas avoir fermé la mine malgré sa connaissance manifeste du danger — Poursuite en dommages-intérêts pour trouble de stress post-traumatique par un mineur parmi les premiers arrivés sur les lieux de l’explosion — Juge du procès déclarant l’entreprise de sécurité et le gouvernement responsables pour avoir fait preuve de négligence en ne prévenant pas les meurtres — L’entreprise de sécurité et le gouvernement avaient-ils une obligation de diligence envers les mineurs tués? — Dans l’affirmative, ont-ils manqué à cette obligation?

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Syndicats — Mineurs — Dure grève dans une mine — Grévistes membres du syndicat local ayant commis plusieurs infractions criminelles contre les biens de la mine et les mineurs de remplacement, dont un attentat à la bombe qui a tué neuf mineurs — Poursuite contre les syndicats par les membres survivants de la famille des mineurs tués — Poursuite en dommages-intérêts pour trouble de stress post-traumatique par un mineur parmi les premiers arrivés sur les lieux de l’explosion — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant que les syndicats national et local avaient manqué à leur obligation de diligence envers les mineurs? — Les syndicats national et local constituaient-ils une seule entité? — Le syndicat national était-il responsable, directement ou du fait d’autrui, pour les actes des grévistes membres du syndicat local?

Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans) ... 6

Droit de l’environnement — Processus fédéral d’évaluation environnementale — Étude approfondie — Portée du projet — Projet tel que proposé par une société minière nécessitant une étude environnementale approfondie — Décision de l’autorité responsable d’exclure certains aspects de la portée du projet — Étude approfondie plus nécessaire et évaluation par examen préalable — L’évaluation environnementale aurait-elle dû s’effectuer sous forme d’examen préalable ou sous forme d’étude approfondie? — La voie à suivre pour l’évaluation environnementale fédérale est-elle déterminée en fonction du projet tel qu’il est proposé par le promoteur ou en fonction de la décision que prend l’autorité responsable en vertu de son pouvoir discrétionnaire de définir la portée du projet? — Sens du mot « projet » — Loi canadienne sur l’évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 15, 21.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Réparation — Processus fédéral d’évaluation environnementale — Projet tel que proposé par une société minière nécessitant une étude environnementale approfondie — Décision de l’autorité responsable d’exclure certains aspects de la portée du projet — Étude approfondie plus nécessaire et évaluation par examen préalable — Demande de contrôle judiciaire

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Beaulieu 248

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Violation of accused's right against unreasonable search and seizure — Trial judge declining to exclude evidence under s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether evidence should have been excluded.

R. v. J.Z.S. 3

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Accused convicted of sexual assault — Two children under 14 years of age testifying behind screen pursuant to s. 486.2 of Criminal Code — Section 16.1 of Canada Evidence Act presuming testimonial competence of witness under 14 years of age — Sections 486.2 and 16.1 not infringing s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486.2 — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.1.

Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Accused convicted of sexual assault — Two children under 14 years of age testifying behind screen pursuant to s. 486.2 of Criminal Code — Section 16.1 of Canada Evidence Act presuming testimonial competence of witness under 14 years of age — Sections 486.2 and 16.1 not infringing s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486.2 — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.1.

R. v. Morelli 253

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Validity of search warrant — Police obtaining warrant to search accused's computer — Pornographic pictures involving children found and accused convicted of possession of child pornography — Whether search warrant issued on basis of misleading, inaccurate and incomplete information — Whether search of computer breached accused's rights under s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of Charter.

Criminal law — Search warrant — Validity — Police obtaining warrant to search accused's computer — Pornographic pictures involving children found and accused convicted of possession of child pornography — Whether there were reasonable grounds to issue search warrant — Whether search warrant issued on basis of misleading, inaccurate and incomplete information.

Criminal law — Possession of child pornography — Elements of offence — Definition of possession — Whether possession of illegal image in computer means possession of underlying data file — Whether possession can be established even if accused did not download image — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 4(3), 163.1(4).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

déposée par une partie représentant l'intérêt public — Décisions de fond prises par l'autorité responsable incontestée — Demande de contrôle judiciaire présentée à titre de cause type à l'égard des obligations incombant au gouvernement fédéral selon l'art. 21 de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — Cour fédérale infirmant la décision de procéder par examen préalable, annulant la décision de délivrer les permis et d'octroyer les approbations ou autorisations pour la mise en œuvre du projet et interdisant la délivrance de ces permis et l'octroi de ces approbations ou autorisations jusqu'à la réalisation d'une étude approfondie — La Cour fédérale a-t-elle accordé une réparation plus large que nécessaire? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1(3).

R. c. Beaulieu 248

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exclusion de la preuve — Violation du droit de l'accusé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives — Refus de la juge du procès d'écarter la preuve en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés — La preuve aurait-elle dû être écartée?

R. c. J.Z.S. 3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle — Deux enfants âgés de moins de 14 ans témoignant derrière un écran en application de l'art. 486.2 du Code criminel — Témoin âgé de moins de 14 ans présumé habile à témoigner aux termes de l'art. 16.1 de la Loi sur la preuve au Canada — Les articles 486.2 et 16.1 ne portent pas atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486.2 — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle — Deux enfants âgés de moins de 14 ans témoignant derrière un écran en application de l'art. 486.2 du Code criminel — Témoin âgé de moins de 14 ans présumé habile à témoigner aux termes de l'art. 16.1 de la Loi sur la preuve au Canada — Les articles 486.2 et 16.1 ne portent pas atteinte à l'art. 11(d) de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486.2 — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.1.

R. c. Morelli 253

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Validité d'un mandat de perquisition — Police ayant obtenu un mandat l'autorisant à fouiller l'ordinateur de l'accusé — Images pornographiques d'enfants trouvées, et accusé déclaré coupable de possession de pornographie juvénile — Le mandat de perquisition a-t-il

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Nasogaluak 206

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Police abuse — Whether police officers used excessive force during accused's arrest — If so, whether police conduct amounted to violation of accused's rights under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Sentence reduction — Police abuse — Breaches of accused's constitutional rights during arrest and detention — Whether sentence reduction can be just and appropriate remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms for breach of accused's constitutional rights — Whether breaches of accused's constitutional rights should be addressed through sentencing process under Criminal Code — Limits on sentencing judge's discretion to reduce sentence as Charter remedy.

Criminal law — Sentencing — Sentence reduction — Breach of accused constitutional rights — Police officers using force during accused's arrest — Whether police officers used excessive force — If so, whether police conduct amounted to breach of accused's constitutional rights — Whether sentencing judge can take police misconduct into account to reduce accused's sentence — Limits on sentencing judge's discretion to reduce sentence pursuant to sentencing provisions of Criminal Code or s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether accused's sentences lawfully reduced.

Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways) 69

Contracts — Breach of terms — Tender — Ineligible bidder — Exclusion of liability clause — Doctrine of fundamental breach — Province issuing tender call for construction of highway — Request for proposals restricting qualified bidders to six proponents — Province accepting bid from ineligible bidder — Exclusion clause protecting Province from liability arising from participation in tendering process — Whether Province breached terms of tendering contract in entertaining bid from ineligible bidder — If so, whether Province's conduct fell within terms of exclusion clause — If so, whether court should nevertheless refuse to enforce the exclusion clause because of unconscionability or some other contravention of public policy.

SOMMAIRE (Suite)

été décerné sur le fondement d'une dénonciation présentant des renseignements trompeurs, inexacts et incomplets? — La fouille de l'ordinateur a-t-elle porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le cas échéant, convient-il d'écartier les éléments de preuve en vertu de l'art. 24(2) de la Charte?

Droit criminel — Mandat de perquisition — Validité — Police ayant obtenu un mandat l'autorisant à fouiller l'ordinateur de l'accusé — Images pornographiques d'enfants trouvées, et accusé déclaré coupable de possession de pornographie juvénile — Des motifs raisonnables justifiaient-ils la délivrance du mandat de perquisition? — Le mandat de perquisition a-t-il été décerné sur le fondement d'une dénonciation présentant des renseignements trompeurs, inexacts et incomplets?

Droit criminel — Possession de pornographie juvénile — Éléments de l'infraction — Définition de la possession — La possession d'une image illégale dans un ordinateur s'entend-elle de la possession du fichier de données sous-jacent? — Peut-on établir la possession même si l'accusé n'a pas téléchargé l'image? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 4(3), 163.1(4).

R. c. Nasogaluak 206

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Conduite abusive des policiers — Les policiers ont-ils employé une force excessive pour procéder à l'arrestation de l'accusé? — Dans l'affirmative, la conduite des policiers constituait-elle une violation des droits que garantit à l'accusé l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Réduction de peine — Conduite abusive des policiers — Violation des droits constitutionnels de l'accusé au cours de l'arrestation et de la détention — La réduction de peine peut-elle constituer une réparation convenable et juste sous le régime de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés en cas de violation des droits constitutionnels de l'accusé? — Les dispositions du Code criminel relatives à la détermination de la peine peuvent-elles sanctionner les atteintes aux droits constitutionnels de l'accusé? — Limites du pouvoir discrétionnaire du juge qui prononce la peine de réduire celle-ci à titre de réparation fondée sur la Charte.

Droit criminel — Détermination de la peine — Réduction de la peine — Violation des droits constitutionnels de l'accusé — Recours à la force par des policiers au cours de l'arrestation de l'accusé — Les policiers ont-ils employé une force excessive? — Dans l'affirmative, la conduite des policiers constituait-elle une violation des droits constitutionnels de l'accusé? — Le juge qui prononce la peine peut-il tenir compte des actes répréhensibles des policiers pour réduire la peine de l'accusé? — Limites

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

du pouvoir discrétionnaire du juge qui prononce la peine de réduire celle-ci en vertu des dispositions sur la détermination de la peine prévues au Code criminel ou en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Les peines infligées à l'accusé ont-elles été réduites en toute légalité?

Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie) 69

Contrats—Inexécution—Appel d'offres—Soumissionnaire inadmissible — Clause de non-responsabilité — Principe d'inexécution fondamentale — Appel d'offres lancé par la province pour la construction d'une route — Demande de propositions tenant seulement six entreprises pour admissibles — Acceptation par la province de la proposition d'un soumissionnaire inadmissible — Clause de non-recours protégeant la province contre toute responsabilité découlant de la participation à l'appel d'offres — La province s'est-elle rendue coupable d'inexécution du contrat issu de l'appel d'offres en considérant la proposition d'un soumissionnaire inadmissible? — Dans l'affirmative, son comportement tombait-il sous le coup de la clause de non-recours? — Dans l'affirmative, un tribunal devrait-il néanmoins refuser de faire respecter la clause en raison de son iniquité ou pour quelque autre atteinte à l'ordre public?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 2010

1^{er} volume, 2010

J.Z.S. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Manitoba, Attorney General of Alberta and Justice for Children and Youth Intervenors

INDEXED AS: R. v. J.Z.S.

2010 SCC 1

File No.: 32942.

2010: January 19.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Accused convicted of sexual assault — Two children under 14 years of age testifying behind screen pursuant to s. 486.2 of Criminal Code — Section 16.1 of Canada Evidence Act presuming testimonial competence of witness under 14 years of age — Sections 486.2 and 16.1 not infringing s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486.2 — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.1.

Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Accused convicted of sexual assault — Two children under 14 years of age testifying behind screen pursuant to s. 486.2 of Criminal Code — Section 16.1 of Canada Evidence Act presuming testimonial competence of witness under 14 years of age — Sections 486.2 and 16.1 not infringing s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486.2 — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.1.

J.Z.S. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Manitoba, procureur général de l'Alberta et Justice for Children and Youth Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. J.Z.S.

2010 CSC 1

N° du greffe : 32942.

2010 : 19 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle — Deux enfants âgés de moins de 14 ans témoignant derrière un écran en application de l'art. 486.2 du Code criminel — Témoin âgé de moins de 14 ans présumé habile à témoigner aux termes de l'art. 16.1 de la Loi sur la preuve au Canada — Les articles 486.2 et 16.1 ne portent pas atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486.2 — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle — Deux enfants âgés de moins de 14 ans témoignant derrière un écran en application de l'art. 486.2 du Code criminel — Témoin âgé de moins de 14 ans présumé habile à témoigner aux termes de l'art. 16.1 de la Loi sur la preuve au Canada — Les articles 486.2 et 16.1 ne portent pas atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486.2 — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.1.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Levine, Chiasson and Smith J.J.A.), 2008 BCCA 401, 261 B.C.A.C. 52, 440 W.A.C. 52, 238 C.C.C. (3d) 522, 181 C.R.R. (2d) 31, 61 C.R. (6th) 282, [2008] B.C.J. No. 1915 (QL), 2008 CarswellBC 2132, affirming a judgment of Metzger J., 2007 BCSC 900, 222 C.C.C. (3d) 330, 48 C.R. (6th) 329, [2007] B.C.J. No. 1374 (QL), 2007 CarswellBC 1437, upholding the accused's convictions. Appeal dismissed.

Christopher W. A. Brennan, for the appellant.

Mary T. Ainslie, for the respondent.

Nancy Dennison and Cheryl J. Tobias, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Lisa Joyal and Joan Barrett, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Daniel Grégoire, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Michael Conner, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

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

Mary M. Birdsell and Andrea Gatti, for the intervener Justice for Children and Youth.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that this appeal must be dismissed for the reasons given by the British Columbia Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Christopher W. A. Brennan, Victoria.

Solicitor for the respondent: Ministry of the Attorney General, Vancouver.

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Levine, Chiasson et Smith), 2008 BCCA 401, 261 B.C.A.C. 52, 440 W.A.C. 52, 238 C.C.C. (3d) 522, 181 C.R.R. (2d) 31, 61 C.R. (6th) 282, [2008] B.C.J. No. 1915 (QL), 2008 CarswellBC 2132, qui a confirmé un jugement du juge Metzger, 2007 BCSC 900, 222 C.C.C. (3d) 330, 48 C.R. (6th) 329, [2007] B.C.J. No. 1374 (QL), 2007 CarswellBC 1437, qui avait confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé. Pourvoi rejeté.

Christopher W. A. Brennan, pour l'appelant.

Mary T. Ainslie, pour l'intimée.

Nancy Dennison et Cheryl J. Tobias, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Lisa Joyal et Joan Barrett, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Daniel Grégoire, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Michael Conner, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

Mary M. Birdsell et Andrea Gatti, pour l'intervenante Justice for Children and Youth.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs exposés par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant : Christopher W. A. Brennan, Victoria.

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général, Vancouver.

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

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener Justice for Children and Youth: Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Directeur des poursuites criminelles et pénales 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 l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenante Justice for Children and Youth : Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

MiningWatch Canada *Appellant*

v.

Minister of Fisheries and Oceans, Minister of Natural Resources and Attorney General of Canada *Respondents*

- and -

MiningWatch Canada *Appellant*

v.

Red Chris Development Company Ltd. and BCMetals Corporation *Respondents*

and

Mining Association of British Columbia, Association for Mineral Exploration British Columbia, Canadian Environmental Law Association, West Coast Environmental Law Association, Sierra Club of Canada, Quebec Environmental Law Centre, Friends of the Earth Canada and Interamerican Association for Environmental Defense *Interveners*

INDEXED AS: MININGWATCH CANADA v. CANADA (FISHERIES AND OCEANS)

2010 SCC 2

File No.: 32797.

2009: October 16; 2010: January 21.

Present: Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Environmental law — Federal environmental assessment process — Comprehensive study — Scope of project — Project as proposed by mining company requiring comprehensive environmental study — Responsible authority excluding certain aspects from scope of

Mines Alerte Canada *Appelante*

c.

Ministre des Pêches et des Océans, ministre des Ressources naturelles et procureur général du Canada *Intimés*

- et -

Mines Alerte Canada *Appelante*

c.

Red Chris Development Company Ltd. et BCMetals Corporation *Intimées*

et

Mining Association of British Columbia, Association for Mineral Exploration British Columbia, Association canadienne du droit de l'environnement, West Coast Environmental Law Association, Sierra Club du Canada, Centre québécois du droit de l'environnement, Les Amis de la Terre Canada et Interamerican Association for Environmental Defense *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : MINES ALERTE CANADA c. CANADA (PÊCHES ET OCÉANS)

2010 CSC 2

N° du greffe : 32797.

2009 : 16 octobre; 2010 : 21 janvier.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit de l'environnement — Processus fédéral d'évaluation environnementale — Étude approfondie — Portée du projet — Projet tel que proposé par une société minière nécessitant une étude environnementale approfondie — Décision de l'autorité responsable

project — Comprehensive study no longer necessary and assessment proceeding by way of screening — Whether environmental assessment should have proceeded by way of screening or comprehensive study — Whether federal environmental assessment track is determined by project as proposed by proponent or by discretionary scoping decision of responsible authority — Meaning of the word “project” — Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 15, 21.

Administrative law — Judicial review — Remedy — Federal environmental assessment process — Project as proposed by mining company requiring comprehensive environmental study — Responsible authority excluding certain aspects from scope of project — Comprehensive study no longer necessary and assessment proceeding by way of screening — Public interest litigant filing application for judicial review — Substantive decisions made by responsible authority not challenged — Judicial review brought as test case to determine federal government’s obligations under s. 21 of Canadian Environmental Assessment Act — Federal Court setting aside decision to proceed by way of screening, quashing decision to issue permits and approvals to proceed with the project and prohibiting issuance of such permits and approvals until completion of comprehensive study — Whether Federal Court granted broader relief than was appropriate — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1(3).

In order to develop a copper and gold open pit mining and milling operation in British Columbia, a mining company submitted a project description to the BC Environmental Assessment Office. Public comment was sought and the Office subsequently determined that the project was not likely to cause significant adverse, environmental, heritage, social, economic or health effects and issued a provincial environmental assessment certificate. The company also submitted to the federal Department of Fisheries and Oceans applications for dams required to create a tailings impoundment area. Initially, the Department stated that a comprehensive study was required because the project fell within the provisions of the *Comprehensive Study List Regulations* (“CSL”) promulgated under the *Canadian Environmental Assessment Act* (“CEAA”). It subsequently scoped the project as to exclude the mine

d’exclure certains aspects de la portée du projet — Étude approfondie plus nécessaire et évaluation par examen préalable — L’évaluation environnementale aurait-elle dû s’effectuer sous forme d’examen préalable ou sous forme d’étude approfondie? — La voie à suivre pour l’évaluation environnementale fédérale est-elle déterminée en fonction du projet tel qu’il est proposé par le promoteur ou en fonction de la décision que prend l’autorité responsable en vertu de son pouvoir discrétionnaire de définir la portée du projet? — Sens du mot « projet » — Loi canadienne sur l’évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 15, 21.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Réparation — Processus fédéral d’évaluation environnementale — Projet tel que proposé par une société minière nécessitant une étude environnementale approfondie — Décision de l’autorité responsable d’exclure certains aspects de la portée du projet — Étude approfondie plus nécessaire et évaluation par examen préalable — Demande de contrôle judiciaire déposée par une partie représentant l’intérêt public — Décisions de fond prises par l’autorité responsable incontestée — Demande de contrôle judiciaire présentée à titre de cause type à l’égard des obligations incombant au gouvernement fédéral selon l’art. 21 de la Loi canadienne sur l’évaluation environnementale — Cour fédérale infirmant la décision de procéder par examen préalable, annulant la décision de délivrer les permis et d’octroyer les approbations ou autorisations pour la mise en œuvre du projet et interdisant la délivrance de ces permis et l’octroi de ces approbations ou autorisations jusqu’à la réalisation d’une étude approfondie — La Cour fédérale a-t-elle accordé une réparation plus large que nécessaire? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1(3).

Pour établir une exploitation d’extraction minière à ciel ouvert et une usine de concentration en vue de la production de cuivre et d’or en Colombie-Britannique, une société minière a soumis une description de projet au BC Environmental Assessment Office (le « Bureau »). On a demandé au public de faire part de ses observations; par la suite, le Bureau a conclu que le projet n’était pas susceptible d’avoir des effets négatifs importants sur le plan environnemental, patrimonial, social, économique ou sanitaire et a délivré le certificat d’évaluation environnementale provinciale. La société minière a aussi présenté au ministère fédéral des Pêches et des Océans des demandes concernant la construction de bassins servant au dépôt de résidus miniers. Au départ, le ministère a conclu qu’une étude approfondie devait être menée parce que le projet était visé par le *Règlement sur la liste d’étude approfondie*

and mill and, given this, concluded that a comprehensive study was no longer necessary and that the assessment would proceed by way of screening. Additional public comment was not sought and the screening instead relied on information collected through the cooperative federal/provincial environmental assessment process. The federal screening report concluded that the project was not likely to cause significant adverse environmental effects and the responsible authority made the decision to allow the project to proceed. MiningWatch filed an application for judicial review of the decision to conduct a screening rather than a comprehensive study. The Federal Court allowed the application, concluding that the responsible authority had breached its duty under the CEAA by scoping the environmental assessment so that it only required a screening. The court quashed the decision to issue permits and approvals and prohibited further action by the responsible authority until it had conducted public consultation and completed a comprehensive study pursuant to s. 21 of the CEAA. The Federal Court of Appeal set aside the decision.

Held: The appeal should be allowed.

The CEAA and regulations require that the environmental assessment track be determined according to the project as proposed; it is generally not open to a responsible authority to change that level. An interpretation which provides that the word “project” in s. 21 of the CEAA means “project as proposed” by the proponent, rather than “project as scoped” by the responsible authority, is consistent with the statutory definition of that word in s. 2 of the CEAA, the language of the relevant regulations, and with Parliament’s intent as found in the respective roles of the responsible authority and the Minister in conducting environmental assessments under the CEAA. Where, as here, a project as proposed is listed in the CSL, the requirements in s. 21 are mandatory.

Tracking and scoping are distinct steps in the CEAA process. While the responsible authority does not have the discretion to determine the assessment track, once the appropriate track is determined, it has the discretion to determine the scope of the project for the purposes of assessment under s. 15(1)(a) of the CEAA. In the event that the project is referred to a mediator or a

(« LEA »), pris sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (« LCEE »). Par la suite, il a défini la portée du projet de manière à exclure la mine et l’usine de concentration et, de ce fait, a conclu qu’une étude approfondie n’était plus nécessaire et que l’évaluation se ferait plutôt par examen préalable. On n’a pas sollicité d’autres observations du public; l’examen préalable reposait plutôt sur des renseignements recueillis dans le cadre du processus fédéral-provincial d’évaluation environnementale coopérative. Le rapport d’examen préalable fédéral a conclu que le projet n’était pas susceptible d’entraîner des effets environnementaux négatifs importants, et l’autorité responsable a décidé d’autoriser la mise en œuvre du projet. Mines Alerte a déposé une demande de contrôle judiciaire de la décision d’effectuer un examen préalable au lieu d’une étude approfondie. La Cour fédérale a accueilli la demande, concluant que l’autorité responsable avait manqué à l’obligation imposée par la LCEE en limitant la portée de l’évaluation environnementale aux aspects du projet qui nécessitaient seulement un examen préalable. La cour a annulé la décision de délivrer les permis et d’accorder les approbations ou autorisations, et a interdit à l’autorité responsable de prendre toute autre mesure jusqu’à ce qu’elle ait tenu une consultation publique et effectué une étude approfondie conformément à l’art. 21 de la LCEE. La Cour d’appel fédérale a infirmé la décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La LCEE et son règlement exigent que la voie à suivre en matière d’évaluation environnementale soit déterminée selon le projet tel qu’il est proposé; en général, il n’appartient pas à l’autorité responsable de modifier ce niveau d’évaluation. L’interprétation selon laquelle le mot « projet » à l’art. 21 de la LCEE signifie « projet tel qu’il est proposé » par le promoteur, et non « projet dont la portée a été définie » par l’autorité responsable, est compatible avec la définition législative de ce terme à l’art. 2 de la LCEE, le texte du règlement pertinent et l’intention du législateur qui se dégage des fonctions respectives de l’autorité responsable et du ministre lors des évaluations environnementales effectuées en application de la LCEE. Si le projet tel qu’il est proposé est visé dans la LEA, comme c’est le cas en l’espèce, les exigences de l’art. 21 doivent être respectées.

Déterminer la voie à suivre et définir la portée constituent deux étapes distinctes dans le processus prévu par la LCEE. Certes, l’autorité responsable n’a pas le pouvoir discrétionnaire de déterminer la voie à suivre pour l’évaluation. Cependant, une fois cette voie déterminée, elle a le pouvoir discrétionnaire de définir la portée du projet pour l’évaluation en vertu du par. 15(1)

review panel under s. 21.1(1)(b), the scope of the project is determined by the Minister after consulting with the responsible authority pursuant to s. 15(1)(b). The presumed scope of the project to be assessed is the project as proposed by the proponent, but, as an exception to this general proposition, the responsible authority or Minister may enlarge the scope in the circumstances set out in s. 15(2) or (3). The responsible authority or Minister cannot reduce the scope of the project to less than what is proposed by the proponent. For a project subject to a comprehensive study, the responsible authority can, and should, minimize duplication by using the coordination mechanisms provided for in the CEEA. In particular, federal and provincial governments can adopt mutually agreeable terms for coordinating environmental assessments.

In the present case, the federal environmental assessment should have been conducted for the project as proposed by the proponent. Since the proposed project was described in the CSL, the requirements of s. 21 applied. The responsible authority was free to use any and all federal-provincial coordination tools available, but it was still required to comply with the provisions of the CEEA pertaining to comprehensive studies. By conducting a screening, the responsible authority acted without statutory authority.

In exercising his discretion to grant the relief he did, the trial judge did not take account of a number of relevant and significant considerations and granted broader relief than was appropriate. MiningWatch has no proprietary or pecuniary interest in the outcome of the proceedings and did not participate in the environmental assessment conducted by the provincial authority. No evidence of dissatisfaction with the environmental assessments conducted by the BC Environmental Assessment Office or the responsible authority and no evidence of dissatisfaction with the assessment process from anyone else was brought forward. MiningWatch has brought this judicial review as a test case of the federal government's obligations under s. 21. They made a strategic decision not to challenge the substantive scoping decision. When all the relevant considerations are taken into account, the appropriate relief is to allow the application for judicial review and declare that the responsible authority erred in failing to conduct a comprehensive study. No further relief is warranted. The focus of MiningWatch's interest as a public interest litigant is the legal point to which the declaration will respond and there is no justification in requiring the proponent of the project to repeat the environmental

de la LCEE. Si le projet est renvoyé à la médiation ou à l'examen par une commission conformément à l'al. 21.1(1)(b), le ministre en détermine la portée après consultation de l'autorité responsable conformément au par. 15(1). La portée présumée du projet à évaluer est la portée du projet tel qu'il est proposé par le promoteur, mais, comme exception à cette thèse générale, l'autorité responsable ou le ministre peut l'élargir dans les circonstances prévues aux par. 15(2) et (3). L'autorité responsable ou le ministre ne peut réduire la portée du projet au point que celle-ci devient plus restreinte que la portée proposée par le promoteur. Dans le cas d'un projet à l'égard duquel une étude approfondie doit être effectuée, l'autorité responsable peut et doit minimiser le double emploi en recourant aux mécanismes de coordination prévus par la LCEE. En particulier, les gouvernements fédéral et provincial peuvent adopter des modalités acceptables pour les deux parties pour coordonner les évaluations environnementales.

En l'espèce, le projet tel qu'il est proposé par le promoteur aurait dû faire l'objet d'une évaluation environnementale fédérale. Comme il est visé dans la LEA, les exigences de l'art. 21 s'appliquent. L'autorité responsable est libre d'utiliser tous les mécanismes de coordination fédéraux-provinciaux dont elle dispose, mais elle doit respecter les dispositions de la LCEE concernant les études approfondies. En effectuant un examen préalable, l'autorité responsable a outrepassé les pouvoirs qui lui sont reconnus par la loi.

Lorsqu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire en matière de réparation, le juge de première instance n'a pas tenu compte de plusieurs éléments pertinents et importants et a accordé une réparation plus large que nécessaire. Mines Alerte n'a aucun intérêt propriétaire ou pécuniaire dans l'issue de l'instance et n'a pas participé à l'évaluation environnementale réalisée par l'autorité provinciale. Elle n'a produit aucun élément de preuve établissant son insatisfaction à l'égard des évaluations environnementales effectuées par le Bureau ou l'autorité responsable, et personne d'autre n'a présenté la preuve de son insatisfaction à l'égard du processus d'évaluation. Mines Alerte a déposé cette demande de contrôle judiciaire à titre de cause type à l'égard des obligations qui incombent au gouvernement fédéral selon l'art. 21. Elle a pris la décision stratégique de ne pas contester la décision de fond concernant la détermination de la portée du projet. Compte tenu de tous les éléments pertinents, la réparation appropriée est d'accueillir la demande de contrôle judiciaire et de déclarer que l'autorité responsable a fait erreur en ne procédant pas à une étude approfondie. Il n'y a pas lieu d'accorder d'autre réparation. L'intérêt central de Mines Alerte, en tant que partie représentant l'intérêt public, est la

assessment process when there was no challenge to the substantive decisions made by the responsible authority.

Cases Cited

Referred to: *Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [2000] 2 F.C. 263; *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610, aff'g 2004 FC 1265, 257 F.T.R. 212; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, Preamble, ss. 1 to 60, 2 “project”, “responsible authority”, 5(1)(d), (2), 7(1), 12(4), 15, 16, 18, 21, 21.1, 22, 23, 24, 37, 58(1)(c), (d), (i), (1.1), 71, 72, 74, 76, 77.

Comprehensive Study List Regulations, SOR/94-638, Preamble, s. 3, Sch., s. 16.

Exclusion List Regulations, 2007, SOR/2007-108, s. 2, Sch. 1, s. 1.

Explosives Act, R.S.C. 1985, c. E-17.

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1(3).

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 15(2).

Regulations Respecting the Coordination by Federal Authorities of Environmental Assessment Procedures and Requirements, SOR/97-181.

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/94-636.

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 September 2009).

question de droit à laquelle répondra le jugement déclaratoire. Rien ne justifie que l'on exige du promoteur du projet qu'il recommence le processus d'évaluation environnementale alors que les décisions de fond prises par l'autorité responsable n'ont fait l'objet d'aucune contestation.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [2000] 2 C.F. 263; *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610, conf. 2004 CF 1265, [2004] A.C.F. n° 1518 (QL); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

Lois et règlements cités

Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, préambule, art. 1 à 60, 2 « projet », « autorité responsable », 5(1)d), (2), 7(1), 12(4), 15, 16, 18, 21, 21.1, 22, 23, 24, 37, 58(1)c), d), i), (1.1), 71, 72, 74, 76, 77.

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 15(2).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1(3).

Loi sur les explosifs, L.R.C. 1985, ch. E-17.

Règlement de 2007 sur la liste d'exclusion, DORS/2007-108, art. 2, ann. 1, art. 1.

Règlement sur la coordination par les autorités fédérales des procédures et des exigences en matière d'évaluation environnementale, DORS/97-181.

Règlement sur la liste d'étude approfondie, DORS/94-638, préambule, art. 3, ann., art. 16.

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/94-636.

Doctrine citée

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 September 2009).

Hobby, Beverly, et al. *Canadian Environmental Assessment Act: An Annotated Guide*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated 2008, release 9).

Multidictionnaire de la langue française, 5^e éd. Montréal: Québec Amérique, 2009, « projet ».

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Wade, Sir William, and Christopher Forsyth. *Administrative Law*, 10th ed. by Christopher Forsyth. Oxford: Oxford University Press, 2009.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Desjardins, Sexton and Evans J.J.A.), 2008 FCA 209, [2009] 2 F.C.R. 21, 379 N.R. 133, 36 C.E.L.R. (3d) 159, [2008] F.C.J. No. 945 (QL), 2008 CarswellNat 1699, setting aside a decision of Martineau J., 2007 FC 955, [2008] 3 F.C.R. 84, 33 C.E.L.R. (3d) 1, 318 F.T.R. 160, [2007] F.C.J. No. 1249 (QL), 2007 CarswellNat 3169. Appeal allowed.

Gregory J. McDade, Q.C., and *Lara Tessaro*, for the appellant.

Kirk Lambrecht, Q.C., and *Michele E. Annich*, for the respondents the Minister of Fisheries and Oceans, the Minister of Natural Resources and the Attorney General of Canada.

Brad Armstrong, Q.C., *Diana Valiela* and *Heather M. Cane*, for the respondents the Red Chris Development Company Ltd. and the BCMetals Corporation.

Gary A. Letcher and *Laura M. Gill*, for the interveners the Mining Association of British Columbia and the Association for Mineral Exploration British Columbia.

Richard D. Lindgren and *Kaitlyn Mitchell*, for the interveners the Canadian Environmental Law Association, the West Coast Environmental Law Association, the Sierra Club of Canada, the Quebec Environmental Law Centre, Friends of the Earth Canada and the Interamerican Association for Environmental Defense.

Hobby, Beverly, et al. *Canadian Environmental Assessment Act: An Annotated Guide*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated 2008, release 9).

Multidictionnaire de la langue française, 5^e éd. Montréal: Québec Amérique, 2009, « projet ».

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Wade, Sir William, and Christopher Forsyth. *Administrative Law*, 10th ed. by Christopher Forsyth. Oxford: Oxford University Press, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Desjardins, Sexton et Evans), 2008 CAF 209, [2009] 2 R.C.F. 21, 379 N.R. 133, 36 C.E.L.R. (3d) 159, [2008] A.C.F. n° 945 (QL), 2008 CarswellNat 3030, qui a infirmé une décision du juge Martineau, 2007 CF 955, [2008] 3 R.C.F. 84, 33 C.E.L.R. (3d) 1, 318 F.T.R. 160, [2007] A.C.F. n° 1249 (QL), 2007 CarswellNat 4635. Pourvoi accueilli.

Gregory J. McDade, c.r., et *Lara Tessaro*, pour l'appelante.

Kirk Lambrecht, c.r., et *Michele E. Annich*, pour les intimés le ministre des Pêches et des Océans, le ministre des Ressources naturelles et le procureur général du Canada.

Brad Armstrong, c.r., *Diana Valiela* et *Heather M. Cane*, pour les intimées Red Chris Development Company Ltd. et BCMetals Corporation.

Gary A. Letcher et *Laura M. Gill*, pour les intervenantes Mining Association of British Columbia et Association for Mineral Exploration British Columbia.

Richard D. Lindgren et *Kaitlyn Mitchell*, pour les intervenants l'Association canadienne du droit de l'environnement, West Coast Environmental Law Association, le Sierra Club du Canada, le Centre québécois du droit de l'environnement, Les Amis de la Terre Canada et Interamerican Association for Environmental Defense.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

1. Introduction

[1] The *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (“CEAA” or “Act”), is a detailed set of procedures that federal authorities must follow before projects that may adversely affect the environment are permitted to proceed. The Act and its regulations provide for different levels of intensity with which environmental assessments are to be performed depending upon the nature of the project under scrutiny. In practice, the intensity with which an environmental assessment should be conducted determines the “track” on which the assessment proceeds, whether by screening, comprehensive study, mediation or review panel.

[2] The issue in this appeal is whether the environmental assessment track is determined by the project as proposed by a proponent or by the discretionary scoping decision of the federal authority. In my opinion, the Act and regulations require that the environmental assessment track be determined according to the project as proposed; it is generally not open to a federal authority to change that level.

2. Facts

[3] Red Chris Development Company Ltd. and BCMetals Corporation (“Red Chris”) seek to develop a copper and gold open pit mining and milling operation in northwestern British Columbia. The appellant (MiningWatch) is a non-profit society interested in the environmental, social, economic, health and cultural effects of mining and in particular its effects on indigenous people.

A. *The Provincial Assessment Process*

[4] On October 27, 2003, Red Chris submitted a project description to the BC Environmental

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

1. Introduction

[1] La *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (« LCEE » ou « Loi »), constitue un ensemble détaillé de procédures auxquelles les autorités fédérales doivent se conformer avant que des projets susceptibles d'entraîner des effets environnementaux négatifs puissent être mis en œuvre. La Loi et ses règlements d'application prévoient différents niveaux d'évaluation environnementale, selon la nature du projet visé. En pratique, le niveau d'évaluation environnementale requis détermine la voie à suivre : examen préalable, étude approfondie, médiation ou examen par une commission.

[2] Il s'agit de décider en l'espèce si la voie à suivre en matière d'évaluation environnementale est déterminée en fonction du projet tel qu'il est proposé par le promoteur ou en fonction de la décision que prend une autorité fédérale en vertu de son pouvoir discrétionnaire de définir la portée du projet. À mon avis, la Loi et ses règlements exigent que la voie à suivre soit déterminée selon le projet tel qu'il est proposé; en général, il n'appartient pas à une autorité fédérale de modifier ce niveau d'évaluation.

2. Les faits

[3] Red Chris Development Company Ltd. et BCMetals Corporation (« Red Chris ») souhaitent établir une exploitation d'extraction minière à ciel ouvert et une usine de concentration en vue de la production de cuivre et d'or dans le nord-ouest de la Colombie-Britannique. L'appelante (Mines Alerte) est une société à but non lucratif qui s'intéresse aux effets de l'exploitation minière sur les plans environnemental, social, économique, sanitaire et culturel, en particulier à ses effets sur les peuples autochtones.

A. *Processus provincial d'évaluation*

[4] Le 27 octobre 2003, Red Chris a soumis une description de projet au British Columbia

Assessment Office (“BCEAO”). The BCEAO issued an order stating that the project would require an environmental assessment certificate before proceeding. The BC assessment proceeded smoothly. Red Chris prepared terms of reference covering all aspects of the project and made them available for comment by a working group (which included provincial and federal agencies, and the local First Nations groups). Red Chris also sought public comment on the project through several open house meetings. Once Red Chris submitted its application, the BCEAO posted the application online for public comment. Members of the public submitted several comments in response to the proponent’s application. On July 22, 2005, the BCEAO released its environmental assessment, concluding that the project “is not likely to cause significant adverse environmental, heritage, social, economic, or health effects”. On August 24, 2005, the province issued an assessment certificate.

B. *The Federal Assessment Process*

[5] On or about May 3, 2004, Red Chris triggered the federal environmental assessment process under ss. 5(1)(d) and 5(2) of the CEAA by submitting to the Department of Fisheries and Oceans (“DFO”) applications for dams required to create a tailings impoundment area (an area in a small valley to be used for the permanent storage of mining effluent). DFO concluded that a federal environmental assessment would be required. On or about May 21, 2004, a “Notice of Commencement of an environmental assessment” was posted on the Canadian Environmental Assessment Registry website stating that DFO, as a “responsible authority” (“RA”), would conduct a comprehensive study of the project and described the project as an

OPEN PIT MINE WITH ASSOCIATED INFRASTRUCTURE INCLUDING TAILINGS IMPOUNDMENT AREA, ACCESS

Environmental Assessment Office (« BCEAO »). Le BCEAO a ensuite délivré une ordonnance déclarant qu’il faudrait obtenir un certificat d’évaluation environnementale avant la mise en œuvre du projet. L’évaluation environnementale effectuée en Colombie-Britannique s’est bien déroulée. Red Chris a établi un cadre de référence couvrant tous les aspects du projet et l’a mis à la disposition d’un groupe de travail pour que ses membres (notamment des organismes provinciaux et fédéraux ainsi que des groupes des Premières nations) puissent présenter leurs observations. Red Chris a également tenu des consultations publiques sous forme de séances portes ouvertes au sujet du projet. Après que Red Chris a présenté sa demande, le BCEAO l’a mise en ligne pour obtenir des commentaires du public. Des membres du public ont fait plusieurs observations en réponse à la demande du promoteur. Le 22 juillet 2005, le BCEAO a rendu public son rapport d’évaluation environnementale, concluant que le projet [TRADUCTION] « n’était pas susceptible d’avoir des effets négatifs importants sur le plan environnemental, patrimonial, social, économique ou sanitaire ». Le 24 août 2005, la province a délivré le certificat d’évaluation environnementale.

B. *Processus fédéral d’évaluation*

[5] Le 3 mai 2004, ou vers cette date, Red Chris a déclenché le processus fédéral d’évaluation environnementale dans le cadre de l’al. 5(1)d) et du par. 5(2) de la LCEE lorsqu’elle a présenté au ministre des Pêches et des Océans (« MPO ») des demandes concernant la construction de bassins servant au dépôt de résidus miniers (un espace dans une petite vallée destiné au stockage permanent des effluents des mines). Le MPO a conclu qu’une évaluation environnementale fédérale devait être menée. Le 21 mai 2004, ou vers cette date, un « Avis de lancement d’une évaluation environnementale » a été affiché sur le site Web du Registre canadien d’évaluation environnementale, annonçant que le MPO, à titre d’« autorité responsable » (« AR »), procéderait à une étude approfondie et décrivant ainsi le projet :

MINE À CIEL OUVERT ET INSTALLATIONS CONNEXES, DONT UNE ZONE DE DÉPÔTS DE RÉSIDUS MINIERS,

ROADS, WATER INTAKE, TRANSMISSION LINES AND ACCESSORY BUILDINGS (E.G. MAINTENANCE, CAMPSITE) The scope of project will be added when available.

In a letter from DFO to other federal departments, DFO stated that a comprehensive study was required because the project's proposed ore production was great enough that it fell within the provisions of the *Comprehensive Study List Regulations*, SOR/94-638 ("CSL"), promulgated under the CEEA.

[6] On June 2, 2004, Natural Resources Canada ("NRCan") responded to this letter and announced that it was also an RA in addition to DFO because Red Chris required an approval under the *Explosives Act*, R.S.C. 1985, c. E-17. DFO and NRCan prepared to conduct a comprehensive study until December 9, 2004, when DFO wrote a letter to the Canadian Environmental Assessment Agency advising that it had scoped the project such that it excluded the mine and the mill. DFO later finalized the scope of the project as only including the tailings impoundment area, the water diversion system with ancillary facilities and the explosives storage and/or manufacturing facility. As a result, DFO determined that, as the mine and mill were no longer included in the project as scoped for environmental assessment, a comprehensive study was not necessary and the assessment would proceed by way of screening. On December 14, 2004, the online notice of commencement was retroactively amended to indicate that the project would be subject to a screening rather than a comprehensive study.

[7] On or about April 19, 2006, the federal screening report was released. The report stated that it was "based on information collected through the cooperative federal/provincial EA [environmental assessment] process". The RAs did not seek additional public comment, relying instead on the BC environmental assessment and the public notice and responses under it. The report concluded that the project is not likely to cause significant adverse environmental effects. On May 2, 2006, the RAs

DES ROUTES D'ACCÈS, UNE PRISE D'EAU, DES LIGNES DE TRANSMISSION ET DES BÂTIMENTS SECONDAIRES (NOTAMMENT POUR L'ENTRETIEN ET LES CAMPS) La portée du projet sera ajoutée lors de sa disponibilité.

Dans une lettre destinée à d'autres ministères fédéraux, le MPO a indiqué que le projet devait faire l'objet d'une étude approfondie, car la capacité de production de minerai proposée était suffisamment élevée pour être visée par le *Règlement sur la liste d'étude approfondie*, DORS/94-638 (la « LEA »), pris sous le régime de la LCEE.

[6] Le 2 juin 2004, Ressources naturelles Canada (« RNC ») a répondu à la lettre du MPO pour l'informer qu'il était également une AR parce que Red Chris devait obtenir une autorisation conformément à la *Loi sur les explosifs*, L.R.C. 1985, ch. E-17. Le MPO et RNC se préparaient à effectuer une étude approfondie jusqu'au 9 décembre 2004, date à laquelle le MPO a écrit à l'Agence canadienne d'évaluation environnementale pour l'aviser que, selon son évaluation, la portée du projet n'englobait ni la mine ni l'usine de concentration. Le MPO a ensuite finalisé la portée du projet en incluant uniquement le dépôt de résidus miniers, le système de dérivation d'eau et ses installations auxiliaires ainsi que l'installation de fabrication ou de stockage d'explosifs. Il a donc conclu que, comme la mine et l'usine de concentration ne faisaient plus partie du projet dont la portée a été définie pour l'évaluation environnementale, une étude approfondie n'était plus nécessaire et l'évaluation se ferait plutôt par un examen préalable. Le 14 décembre 2004, l'avis de lancement mis en ligne a été rétroactivement modifié de manière à indiquer que le projet ferait l'objet d'un examen préalable plutôt que d'une étude approfondie.

[7] Le 19 avril 2006, ou vers cette date, le rapport d'examen préalable fédéral a été publié. Il indiquait qu'il était [TRADUCTION] « fondé sur des renseignements recueillis dans le cadre du processus fédéral-provincial d'EE [évaluation environnementale] coopérative ». Les AR n'ont pas sollicité d'autres observations du public, s'appuyant plutôt sur l'évaluation environnementale du BCEAO ainsi que sur l'avis public et les réponses s'y rapportant. Le rapport a conclu que le projet n'est pas susceptible

made their decision to allow the project to proceed. A few days after this decision, the Screening Report was posted on the Canadian Environmental Assessment Registry website.

C. *Application for Judicial Review*

[8] On June 9, 2006, MiningWatch Canada filed an application in the Federal Court for judicial review of the decision to conduct a screening rather than a comprehensive study. It alleged a breach of the duty under the CEAA to conduct a comprehensive study and to consult the public on the scope of the assessment.

3. Judicial History

A. *Federal Court, 2007 FC 955, [2008] 3 F.C.R. 84*

[9] Martineau J. allowed the application for judicial review. He concluded that DFO had been correct in first determining that the project required a comprehensive study. He found that the language of s. 21 of the CEAA, as amended in 2003, made public consultation mandatory for comprehensive studies and that DFO and NRCan had breached their duty under the CEAA by scoping the environmental assessment to include only those aspects of the project that fell under federal jurisdiction.

[10] Martineau J. quashed the decision of DFO to issue permits and approvals to Red Chris and prohibited further action by DFO and NRCan until they had conducted public consultation under s. 21, completed a comprehensive study and complied with all other prerequisites to permit the project to be carried out.

B. *Federal Court of Appeal, 2008 FCA 209, [2009] 2 F.C.R. 21*

[11] Desjardins J.A., writing for a unanimous Federal Court of Appeal, allowed the appeal.

d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants. Le 2 mai 2006, les AR ont décidé d'autoriser la mise en œuvre du projet. Quelques jours après cette décision, le rapport d'examen préalable a été affiché sur le site Web du Registre canadien d'évaluation environnementale.

C. *Demande de contrôle judiciaire*

[8] Le 9 juin 2006, Mines Alerte Canada a déposé devant la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire de la décision d'effectuer un examen préalable au lieu d'une étude approfondie. Elle invoquait un manquement à l'obligation imposée par la LCEE d'effectuer une étude approfondie et de consulter le public au sujet de la portée de l'évaluation.

3. Historique judiciaire

A. *Cour fédérale, 2007 CF 955, [2008] 3 R.C.F. 84*

[9] Le juge Martineau a accueilli la demande de contrôle judiciaire. Il a conclu que le MPO avait eu raison de décider initialement que le projet devait faire l'objet d'une étude approfondie. Il a estimé que le texte de l'art. 21 de la LCEE, selon sa version modifiée de 2003, faisait en sorte que la consultation publique était obligatoire pour les études approfondies et que le MPO et RNC avaient manqué à l'obligation que leur impose la LCEE en limitant la portée de l'évaluation environnementale aux seuls aspects du projet relevant de la compétence fédérale.

[10] Le juge Martineau a annulé la décision du MPO de délivrer les permis et d'accorder les autorisations à Red Chris et a interdit au MPO et à RNC de prendre toute autre mesure à l'égard de la mise en œuvre du projet jusqu'à ce qu'ils aient tenu une consultation publique conformément à l'art. 21, qu'ils aient effectué une étude approfondie et qu'ils se soient conformés à toute autre condition préalable.

B. *Cour d'appel fédérale, 2008 CAF 209, [2009] 2 R.C.F. 21*

[11] La juge Desjardins, qui a rédigé la décision unanime de la Cour d'appel fédérale, a accueilli

The Court of Appeal found that “project” for federal environmental assessment purposes means “project as scoped” by a federal RA. Accordingly, a comprehensive study and public consultation are only mandatory where a project as scoped by the RA is listed in the CSL. Desjardins J.A. relied on the Federal Court of Appeal’s earlier decisions in *Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [2000] 2 F.C. 263 (“*Sunpine*”), and *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610 (“*TrueNorth*”), and its conclusion that “project” in s. 5(1)(d) and s. 15(3) of the Act means “project as scoped”. Despite a recent amendment to s. 21, Desjardins J.A. found that *TrueNorth* was still binding because the introductory text in s. 21(1) was not altered by the amendment. The Federal Court of Appeal allowed the appeal, set aside Martineau J.’s order and dismissed the application for judicial review.

4. Issue

[12] The issue in the present case is whether DFO and NRCan, as responsible authorities under the CEAA, have been conferred discretion under the CEAA to determine whether an environmental assessment proceeds by way of a screening or comprehensive study.

5. Analysis

[13] The relevant legislative and regulatory provisions are attached in the Appendix.

A. *Procedural Options Under the CEAA*

[14] The CEAA is, in the words of its formal title, “[a]n Act to establish a federal environmental assessment process”. It provides a process for integrating environmental considerations into planning and decision making (CEAA, Preamble; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 71). In broad overview, the Act sets forth five

l’appel. La Cour d’appel a conclu que le « projet » dans le cadre de l’évaluation environnementale fédérale s’entend du « projet dont la portée a été définie » par une AR fédérale. Par conséquent, une étude approfondie et une consultation publique ne sont obligatoires que si le projet dont la portée a été définie par l’AR est visé dans la LEA. La juge Desjardins s’est appuyée sur les décisions antérieures de la Cour d’appel fédérale dans *Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [2000] 2 C.F. 263 (« *Sunpine* »), et *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610 (« *TrueNorth* »), ainsi que sur la conclusion de la cour que la mention de « projet » à l’al. 5(1)d) et au par. 15(3) de la Loi s’entend du « projet dont la portée a été définie ». Malgré une modification récemment apportée à l’art. 21, la juge Desjardins a conclu que l’arrêt *TrueNorth* était toujours applicable, car la partie introductive du par. 21(1) était demeurée inchangée. La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel, annulé l’ordonnance du juge Martineau et rejeté la demande de contrôle judiciaire.

4. Question en litige

[12] Il s’agit en l’espèce de décider si le MPO et RNC, à titre d’AR prévues par la LCEE, ont le pouvoir discrétionnaire en vertu de la LCEE de déterminer si l’évaluation environnementale doit s’effectuer sous forme d’examen préalable ou d’étude approfondie.

5. Analyse

[13] Les dispositions législatives et réglementaires pertinentes sont jointes à l’annexe.

A. *Procédures prévues par la LCEE*

[14] La LCEE est, comme l’indique son titre officiel, une « [l]oi de mise en œuvre du processus fédéral d’évaluation environnementale ». Elle prévoit un mécanisme permettant de prendre en compte des facteurs environnementaux dans la planification et la prise de décisions (preamble de la LCEE; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 71).

potential procedural options or tracks for environmental assessment depending upon the nature of the project, i.e. the physical work or physical activity to be reviewed. These five tracks vary in levels of intensity of assessment:

1. No Assessment
2. Screening
3. Comprehensive Study
4. Mediation
5. Review Panel

(1) No Assessment

[15] Section 7(1) provides that if a project is described on the *Exclusion List Regulations, 2007*, SOR/2007-108, or is required in response to an emergency, no environmental assessment need be carried out. Projects on this list are considered to have insignificant environmental effects. Projects in the *Exclusion List Regulations, 2007* include, for example, the proposed maintenance or repair of a physical work (so long as it is not carried out in a national park, park reserve, national historic site or historic canal) (Sch. 1, s. 1).

(2) Screening

[16] The least intense environmental assessment track is termed a “screening”. If a proposed project does not appear in the exclusion list or the comprehensive study list (discussed below), then a screening is required pursuant to s. 18 of the Act. Projects requiring a screening are those considered to have some potential for adverse environmental effects, but those effects are not considered to be significant enough to warrant the more intense assessments discussed below.

(3) Comprehensive Study, Mediation, and Review Panel

[17] Finally, comprehensive studies, mediation and review panels all arise from the listing of a proposed project in the CSL. Under s. 21.1(1) of the Act,

En termes très généraux, la Loi prévoit cinq procédures ou voies possibles dans le cadre de l'évaluation environnementale, selon la nature du projet, c'est-à-dire l'ouvrage ou l'activité concrète à examiner. Elles varient selon le niveau d'évaluation :

1. Aucune évaluation
2. Examen préalable
3. Étude approfondie
4. Médiation
5. Examen par une commission

(1) Aucune évaluation

[15] Le paragraphe 7(1) dispose que les projets visés par le *Règlement de 2007 sur la liste d'exclusion*, DORS/2007-108, ou mis en œuvre en réaction à une situation d'urgence n'ont pas à faire l'objet d'une évaluation. On considère que les projets sur cette liste ont des effets environnementaux négligeables. Il s'agit, par exemple, de projets d'entretien ou de réparation d'un ouvrage (pourvu qu'ils soient réalisés dans des lieux autres que des parcs nationaux, des réserves, des lieux historiques nationaux ou des canaux historiques) (*Règlement de 2007 sur la liste d'exclusion*, ann. 1, art. 1).

(2) Examen préalable

[16] C'est le plus bas niveau d'évaluation environnementale. Les projets non visés dans la liste d'exclusion ou dans la liste d'étude approfondie (dont il sera question plus loin) doivent faire l'objet d'un examen préalable en application de l'art. 18 de la Loi. Il s'agit de projets dont on considère que la réalisation peut entraîner des effets environnementaux négatifs, qui ne sont toutefois pas jugés suffisamment graves pour justifier les évaluations plus poussées examinées ci-dessous.

(3) Étude approfondie, médiation et examen par une commission

[17] Enfin, l'étude approfondie, la médiation et l'examen par une commission découlent du fait que le projet proposé est visé dans la LEA. En effet, en

if a project is described in the CSL, the Minister of the Environment has three options. One is to refer the project to an RA (generally a federal department or agency) to proceed with a comprehensive study. A second is to refer the project to a mediator if all interested parties agree. A third is to refer the project to a review panel. Projects in the CSL are those considered likely to have significant adverse environmental effects (CSL, Preamble). A mine or mill with a proposed capacity above the specified threshold is listed in the CSL (CSL, Sch., s. 16).

[18] Some of the more important requirements pertaining to projects in the CSL that do not apply to projects that require only a screening assessment are:

- (1) Mandatory public consultation at the outset and throughout the environmental assessment process (ss. 21-23).
- (2) A government funding program to facilitate public participation in the environmental assessment process (s. 58(1.1)).
- (3) Determination by the Minister as to whether the environmental assessment should be conducted as a comprehensive study by the RA or be referred to mediation or to a review panel (s. 21.1).
- (4) Determination by the Minister rather than an RA as to whether the project will cause significant adverse effects to the environment (s. 23).
- (5) Assessment of the purpose of the project and consideration of alternative means of carrying out the project and the environmental effects of the alternatives (s. 16(2)).
- (6) The need for a follow-up program (s. 16(2)).
- (7) The capacity of affected renewable resources to meet present and future needs (s. 16(2)).

vertu du par. 21.1(1) de la Loi, dans le cas où un projet est visé dans la LEA, le ministre de l'Environnement a trois options. Il peut renvoyer le projet à une AR (généralement un ministère ou organisme fédéral) pour qu'elle effectue une étude approfondie, le renvoyer à la médiation si toutes les parties intéressées y consentent, ou le renvoyer à l'examen par une commission. Les projets dans la LEA sont ceux que l'on considère comme susceptibles d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants (préambule de la LEA). Une mine ou usine dont la capacité proposée excède le seuil prévu est visée dans la LEA (LEA, ann., art. 16).

[18] Voici certaines des exigences plus importantes relatives aux projets visés dans la LEA qui ne s'appliquent pas aux projets nécessitant seulement un examen préalable :

- (1) Consultation publique obligatoire au début et tout au long du processus d'évaluation environnementale (art. 21-23).
- (2) Programme d'aide financière gouvernementale pour faciliter la participation du public au processus d'évaluation environnementale (par. 58(1.1)).
- (3) Le ministre doit décider si l'évaluation environnementale doit être renvoyée à une AR pour qu'elle procède à l'étude approfondie, ou bien à la médiation ou à l'examen par une commission (art. 21.1).
- (4) Le ministre, et non une AR, doit décider si le projet entraînera des effets environnementaux négatifs importants (art. 23).
- (5) Évaluation des raisons d'être du projet et examen des solutions de rechange et de leurs effets environnementaux (par. 16(2)).
- (6) Nécessité d'un programme de suivi (par. 16(2)).
- (7) Capacité des ressources renouvelables touchées par le projet de répondre aux besoins du présent et à ceux des générations futures (par. 16(2)).

Generally speaking, in comparison to a screening, projects in the CSL are subjected to more intensive assessment, ministerial oversight and mandatory public consultation.

B. *Interpretation of Section 21*

[19] The provision under scrutiny in the present appeal is s. 21 of the CEEA. Section 21 initiates the set of procedures that RAs must follow when a project is listed in the CSL. The relevant portion of the section reads as follows:

21. (1) Where a project is described in the comprehensive study list, the responsible authority shall ensure public consultation with respect to the proposed scope of the project for the purposes of the environmental assessment, the factors proposed to be considered in its assessment, the proposed scope of those factors and the ability of the comprehensive study to address issues relating to the project.

[20] The decision of the Federal Court of Appeal and the positions of the government and Red Chris on the proper interpretation of s. 21 are largely based on their interpretation of the application of s. 15(1) of the CEEA. They argue that s. 15(1), which grants the discretion to “scope” the project (i.e. define what aspects of the project will be included in the federal environmental assessment), includes the discretion to “track” the project (i.e. determine the level of assessment). In other words, they argue that determining the assessment track and determining the scope of the project are the same step in the assessment process. The “scoping” provision, s. 15(1), provides:

15. (1) The scope of the project in relation to which an environmental assessment is to be conducted shall be determined by

- (a) the responsible authority; or
- (b) where the project is referred to a mediator or a review panel, the Minister, after consulting with the responsible authority.

D’une façon générale, par rapport aux projets nécessitant seulement l’examen préalable, ceux figurant dans la LEA doivent faire l’objet d’une évaluation plus approfondie, d’un contrôle ministériel et de consultations publiques.

B. *Interprétation de l’art. 21*

[19] La disposition litigieuse en l’espèce est l’art. 21 de la LCEE. Cette disposition établit l’ensemble des procédures que les AR doivent respecter lorsque le projet visé figure dans la LEA. Voici le texte de la partie pertinente de l’article :

21. (1) Dans le cas où le projet est visé dans la liste d’étude approfondie, l’autorité responsable veille à la tenue d’une consultation publique sur les propositions relatives à la portée du projet en matière d’évaluation environnementale, aux éléments à prendre en compte dans le cadre de l’évaluation et à la portée de ces éléments ainsi que sur la question de savoir si l’étude approfondie permet l’examen des questions soulevées par le projet.

[20] La décision de la Cour d’appel fédérale et les positions du gouvernement et de Red Chris quant à l’interprétation qu’il convient de donner à l’art. 21 sont largement fondées sur leur interprétation de l’application du par. 15(1) de la LCEE. Ils soutiennent que le par. 15(1), qui accorde le pouvoir discrétionnaire de « détermine[r] la portée » du projet (c.-à-d. de définir les aspects du projet à inclure dans l’évaluation environnementale fédérale), comprend celui de décider de la voie à suivre pour le projet (c.-à-d. de déterminer le niveau d’évaluation). Autrement dit, selon eux, décider de la voie à suivre pour l’évaluation et déterminer la portée du projet constituent la même étape dans le processus d’évaluation. La disposition concernant la définition de la portée du projet, soit le par. 15(1), prévoit :

15. (1) L’autorité responsable ou, dans le cas où le projet est renvoyé à la médiation ou à l’examen par une commission, le ministre, après consultation de l’autorité responsable, détermine la portée du projet à l’égard duquel l’évaluation environnementale doit être effectuée.

[21] Red Chris and the government argue that s. 15(1) is of “general application” and confers on an RA the discretion to determine the scope of the project in relation to which an environmental assessment is to be conducted. Therefore, even though a project as proposed by a proponent (in this case a mine and mill) appears in the CSL, it is open to an RA to scope the project for federal environmental assessment purposes in a more limited way. The result is that the project as scoped by the RA is not in the CSL and therefore requires only a screening and not a comprehensive study. They, therefore, support the approach taken in this case by DFO and NRCan which scoped the project as the tailings impoundment area, water diversion system and explosives storage/manufacturing facility, none of which are listed in the CSL.

[22] They further point out that ss. 18 to 20 which set out the screening process and ss. 21 to 24 which set out the comprehensive study process follow s. 15. Section 18(1) commences with the words “[w]here a project is not described in the comprehensive study list”. Section 21(1) commences with the words “[w]here a project is is described in the comprehensive study list”. Red Chris and the government argue that these “screening” and “comprehensive study” provisions follow directly after the “general” provisions which include s. 15(1). Therefore, the reference to “project” in ss. 18 and 21 is subject to the scoping discretion in s. 15(1). In other words, s. 15(1) gives RAs the discretion to scope a project *and* determine the track for assessment. (See Red Chris factum, at paras. 71-73.)

[23] Red Chris and the government also argue that their interpretation provides the RAs with the flexibility required to address the specific circumstances of each project. This flexibility allows for the consideration of the nexus between the assessment and the federal authority, the area of expertise of the RA, the provincial assessment process, the coordination between the province and federal

[21] Selon Red Chris et le gouvernement, le par. 15(1) est une disposition « d'application générale » et il confère à l'AR le pouvoir discrétionnaire de déterminer la portée du projet à l'égard duquel l'évaluation environnementale doit être effectuée. Par conséquent, même si le projet tel qu'il est proposé par le promoteur (une mine et une usine en l'espèce) figure dans la LEA, il est loisible à l'AR d'en restreindre la portée pour l'évaluation environnementale fédérale. De ce fait, le projet dont la portée a été ainsi définie par l'AR n'est pas visé dans la LEA et, par conséquent, doit faire l'objet non pas d'une étude approfondie mais seulement d'un examen préalable. Cette thèse appuie donc l'approche adoptée en l'espèce par le MPO et RNC, qui ont déterminé que la portée du projet englobait le dépôt de résidus miniers, le système de dérivation d'eau et l'installation de fabrication ou de stockage d'explosifs, dont aucun ne figure dans la LEA.

[22] De plus, ils soulignent que les art. 18 à 20 (examen préalable) et les art. 21 à 24 (étude approfondie) suivent l'art. 15. Le paragraphe 18(1) commence par « [d]ans le cas où le projet n'est pas visé dans la liste d'étude approfondie ». Le paragraphe 21(1) commence par « [d]ans le cas où le projet est visé dans la liste d'étude approfondie ». Selon Red Chris et le gouvernement, ces dispositions sur « l'examen préalable » et « l'étude approfondie » viennent directement après les dispositions « d'application générale » dont fait partie le par. 15(1). Par conséquent, le « projet » dont il est question aux art. 18 et 21 est assujéti au pouvoir discrétionnaire de déterminer la portée qui est prévu au par. 15(1). En d'autres termes, le par. 15(1) confère aux AR le pouvoir discrétionnaire de déterminer la portée d'un projet *et* de déterminer la voie à suivre pour l'évaluation. (Voir mémoire de Red Chris, par. 71-73.)

[23] Red Chris et le gouvernement soutiennent également que leur interprétation fournit aux AR la flexibilité nécessaire pour étudier les circonstances particulières de chaque projet. Cette flexibilité permet d'examiner le lien entre l'évaluation et l'autorité fédérale, le domaine d'expertise de l'AR, le processus provincial d'évaluation et la coordination entre la province et les autorités fédérales,

authorities, and the elimination of duplication (Red Chris factum, at para. 97, and government factum, at para. 77). They argue that the appellant's interpretation, which provides that "project" means "project as proposed by the proponent", leads to a rigid, inflexible and arbitrary approach to environmental assessment (Red Chris factum, at para. 85).

[24] There is perhaps a rationale for the interpretation proposed by Red Chris and the government. Where projects are subject to environmental assessment by both provincial and federal authorities, it is not unreasonable to think that such projects should not be subject to two, duplicative, environmental assessments. Duplication could be minimized by scoping the project for federal environmental assessment purposes on a more limited basis than the project as proposed by the proponent, and by focussing on matters within federal jurisdiction and the specific approvals sought from the federal government by the proponents of the project.

[25] However, s. 12(4) of the CEEA provides that in such cases, a federal RA may cooperate with the province in respect of the environmental assessment. Detailed provisions for coordination are set out in the *Regulations Respecting the Coordination by Federal Authorities of Environmental Assessment Procedures and Requirements*, SOR/97-181, the *Canada-British Columbia Agreement for Environmental Assessment Cooperation* (2004), and similar provincial-federal harmonization agreements across the country. Thus, Red Chris and the government's policy arguments regarding duplication and coordination have been recognized in the CEEA and its regulations.

[26] Red Chris and the government rely heavily on two prior Federal Court of Appeal decisions, *TrueNorth* and *Sunpine*. In reaching its conclusion, the Federal Court of Appeal also relied on these prior decisions. However, I am of the opinion that the approach of the Federal Court of Appeal and that advocated by Red Chris and the government

ainsi que d'éliminer le double emploi (mémoire de Red Chris, par. 97, et mémoire du gouvernement, par. 77). Ils affirment que l'interprétation de l'appellante, selon laquelle « projet » s'entend du « projet tel qu'il est proposé par le promoteur », conduit à un processus d'évaluation environnementale rigide, inflexible et arbitraire (mémoire de Red Chris, par. 85).

[24] Il existe peut-être une raison justifiant l'interprétation proposée par Red Chris et le gouvernement. Il n'est pas déraisonnable de penser que les projets soumis à une évaluation environnementale tant par les autorités fédérales que provinciales ne devraient pas faire l'objet de deux évaluations environnementales, qui feraient double emploi. On pourrait minimiser celui-ci en restreignant la portée du projet pour l'évaluation environnementale fédérale par rapport au projet tel qu'il est proposé par le promoteur et en se concentrant sur les questions relevant de la compétence fédérale et sur les autorisations demandées par les promoteurs du projet au gouvernement fédéral.

[25] Toutefois, le par. 12(4) de la LCEE prévoit que, dans de tels cas, une AR fédérale peut coopérer avec la province pour l'évaluation environnementale. Des dispositions détaillées relatives à la coordination sont prévues dans le *Règlement sur la coordination par les autorités fédérales des procédures et des exigences en matière d'évaluation environnementale*, DORS/97-181, l'*Entente de collaboration entre le Canada et la Colombie-Britannique en matière d'évaluation environnementale* (2004), ainsi que dans les ententes d'harmonisation similaires entre le gouvernement fédéral et les provinces dans tout le pays. Ainsi, les arguments de principe de Red Chris et du gouvernement au sujet du double emploi et de la coordination ont été reconnus dans la LCEE et dans ses règlements.

[26] Red Chris et le gouvernement se fondent en grande partie sur deux arrêts antérieurs de la Cour d'appel fédérale, soit *TrueNorth* et *Sunpine*. En rendant sa décision dans la présente affaire, la Cour d'appel fédérale s'est également appuyée sur ces arrêts. Toutefois, j'estime que l'approche adoptée par la Cour d'appel fédérale et celle préconisée

cannot be sustained. To the extent that the decisions relied on by Red Chris, the government and the Federal Court of Appeal are inconsistent with the analysis that follows, these reasons now govern.

[27] The duty of this Court is to interpret the Act based on its text and context. A close reading of the relevant provisions of the CEAA leads to the conclusion that it is not within the discretion of the RA to conduct only a screening when a proposed project is listed in the CSL.

[28] The starting point in the statutory interpretation exercise is the definition section, s. 2, of the CEAA. “[P]roject” in relation to a physical work is defined in English as “any proposed construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work”. “*Projet*” is defined in French as “*Réalisation — y compris l’exploitation, la modification, la désaffectation ou la fermeture — d’un ouvrage ou proposition d’exercice d’une activité concrète, non liée à un ouvrage, désignée par règlement ou faisant partie d’une catégorie d’activités concrètes désignée par règlement aux termes de l’alinéa 59b*”. The English definition of “project” expressly uses the word “proposed” and therefore means “project as proposed by the proponent”. Although the French definition does not use the word “proposed”, implicit in the French meaning of the word “*projet*” is the notion of proposal: [TRANSLATION] “Idea of something one proposes to accomplish. . . . The word *projet* relates to something done before the project is carried out, unlike the English word, which covers both senses.” (*Multidictionnaire de la langue française* (5th ed. 2009), at p. 1313). In any event, even if “*projet*” were broader than the English equivalent, the common meaning would favour the more restricted meaning (see *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, at para. 56, *per* LeBel J.). Therefore, the starting point of this analysis is that the statutory definition of project is “project as proposed”.

par Red Chris et le gouvernement ne peuvent être retenues. En cas d’incompatibilité entre les arrêts invoqués et l’analyse qui suit, les présents motifs font autorité.

[27] La Cour doit interpréter la Loi d’après son texte et son contexte. Une lecture attentive des dispositions pertinentes de la LCEE nous amène à conclure qu’il ne relève pas du pouvoir discrétionnaire de l’AR d’effectuer seulement un examen préalable lorsque le projet proposé figure dans la LEA.

[28] L’interprétation législative doit commencer par l’examen de l’art. 2 de la LCEE, qui est l’article définitoire. Dans la version anglaise de la Loi, « *project* » s’entend, relativement à un ouvrage, de « *any proposed construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work* ». Dans la version française de la Loi, « projet » est ainsi défini : « *Réalisation — y compris l’exploitation, la modification, la désaffectation ou la fermeture — d’un ouvrage ou proposition d’exercice d’une activité concrète, non liée à un ouvrage, désignée par règlement ou faisant partie d’une catégorie d’activités concrètes désignée par règlement aux termes de l’alinéa 59b* ». La définition anglaise de « *project* » emploie expressément le mot « *proposed* » et signifie donc « projet tel qu’il est proposé par le promoteur ». Bien que « *proposed* » ne soit pas explicitement rendu en français, cette notion est implicite dans le mot « projet » : « *Idée d’une chose que l’on se propose d’exécuter. [. . .] Le projet se définit par un caractère d’antériorité à la réalisation, contrairement au terme anglais qui recouvre les deux acceptions* » (*Multidictionnaire de la langue française* (5^e éd. 2009), p. 1313). Quoi qu’il en soit, même si le mot « projet » de la version française avait un champ sémantique plus large que son équivalent anglais, le sens commun aux deux versions favorise le sens le plus restreint (voir *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, par. 56, le juge LeBel). Par conséquent, le point de départ de cette analyse est que, selon la définition législative de « projet », il s’agit du « projet tel qu’il est proposé ».

[29] It is certainly possible that this definition may not apply to every use of the term “project” in the statute — particularly in the case of the CEAA where the term “project” appears well over 300 times. But displacement of the defined term requires express words or necessarily implied context that Parliament did not intend for the definition to apply to that particular use of the term (*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 15(2); *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at p. 400; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 215). There is nothing in s. 18 or 21 to suggest that the term “project” as defined is not applicable or is displaced by the project as scoped by the RA under s. 15.

[30] The CSL itself provides some further support that “project” in s. 21 does not mean “project as scoped” by the RA. The English version of the CSL describes projects in terms of proposals. For example, the Schedule states:

16. The proposed construction, decommissioning or abandonment of

(a) a metal mine, other than a gold mine, with an ore production capacity of 3 000 t/d or more;

The French equivalent reads:

16. *Projet de construction, de désaffectation ou de fermeture :*

a) *d'une mine métallifère, autre qu'une mine d'or, d'une capacité de production de minerai de 3 000 t/d ou plus;*

Inclusion of the word “proposed” in the English version of the CSL suggests that the opening words of s. 21 should be interpreted as “[w]here a project [as proposed] is described in the comprehensive study list” and not “[w]here a project [as scoped by the RA] is described in the comprehensive study list”. While again the French regulation does not expressly refer to “proposed”, as discussed above, implicit in the French definition of “*projet*” is the notion of proposal. In any case, there is certainly

[29] Il est fort possible que cette définition ne s'applique pas à tous les emplois du mot « projet » dans la Loi, surtout que dans la LCEE le mot « projet » est employé plus de 300 fois. Toutefois, pour déroger à cette définition, le législateur doit avoir expressément indiqué son intention d'employer ce terme dans un sens différent ou cette intention doit ressortir implicitement du contexte (*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, par. 15(2); *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, p. 400; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 215). Rien aux art. 18 ou 21 ne permet de penser que le « projet », tel qu'il est défini, n'est pas applicable ou qu'il est remplacé par le projet dont la portée a été définie ou déterminée par l'AR conformément à l'art. 15.

[30] La LEA elle-même appuie la thèse que « projet » à l'art. 21 n'a pas le sens de « projet dont la portée a été définie » par l'AR. La version anglaise de la LEA décrit les projets comme étant des propositions. Par exemple, l'art. 16 de l'annexe :

16. *Projet de construction, de désaffectation ou de fermeture :*

a) *d'une mine métallifère, autre qu'une mine d'or, d'une capacité de production de minerai de 3 000 t/d ou plus;*

Version anglaise :

16. *The proposed construction, decommissioning or abandonment of*

(a) *a metal mine, other than a gold mine, with an ore production capacity of 3 000 t/d or more;*

L'emploi de « *proposed* » dans la version anglaise de la LEA permet de penser qu'il faut interpréter les premiers mots du texte de l'art. 21 comme signifiant « [d]ans le cas où le projet [tel qu'il est proposé] est visé dans la liste d'étude approfondie » et non « [d]ans le cas où le projet [dont la portée a été définie par l'AR] est visé dans la liste d'étude approfondie ». Encore une fois, même si la version française du règlement ne mentionne pas expressément « proposé », comme nous l'avons déjà indiqué,

nothing in the term “*projet*” that suggests it means “project as scoped”.

[31] While it would be inappropriate to solely rely on regulations to interpret a provision of the governing legislation, the language in the regulations in the present case is consistent with the interpretation gleaned from the Act itself. In addition, the CSL is tightly linked to the CEAA. The CSL is one of the “[f]our regulations . . . needed to make the Act work” (B. Hobby et al., *Canadian Environmental Assessment Act: An Annotated Guide* (loose-leaf), at p. III-1), and the proclamation of ss. 1 to 60, 71, 72, 74, 76 and 77 of the CEAA was delayed until the CSL and other key regulations were already in force (*Order Fixing January 19, 1995 as the Date of the Coming into Force of Certain Sections of the Act*, SI/95-11; CSL Registration date: October 7, 1994). In these circumstances it is appropriate to consider the regulations when interpreting the governing statute because “[w]hen regulations are made to complete the statutory scheme, they are clearly intended to operate together and to be mutually informing” (Sullivan, at p. 370). See also Binnie J. in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at para. 26, and Deschamps J. in *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152, at para. 35.

[32] A further indication that this interpretation is consistent with the intent of Parliament is found in the respective roles of the RA and the Minister in conducting environmental assessments under the CEAA. The CEAA grants the Minister the authority to prescribe that certain projects or classes of projects are subject to a comprehensive study. Section 58(1)(i) provides:

58. (1) For the purposes of this Act, the Minister may

la notion de proposition est implicite dans la définition de « projet ». Quoiqu’il en soit, il est certain que rien dans le mot « projet » ne permet de penser qu’il signifie « projet dont la portée a été définie ».

[31] Il serait déplacé de s’appuyer uniquement sur les règlements pour interpréter une disposition de la loi habilitante, mais le texte du règlement en l’espèce est conforme à l’interprétation dégagée de la Loi elle-même. De plus, la LEA est étroitement liée à la LCEE. La LEA est l’un des [TRADUCTION] « [q]uatre règlements [. . .] nécessaires à l’application de la Loi » (B. Hobby et autres, *Canadian Environmental Assessment Act: An Annotated Guide* (feuilles mobiles), p. III-1), et la proclamation des art. 1 à 60, 71, 72, 74, 76 et 77 de la LCEE a été reportée à l’entrée en vigueur de la LEA et d’autres règlements clés (*Décret fixant au 19 janvier 1995 la date d’entrée en vigueur de certains articles de la Loi*, TR/95-11; date d’enregistrement de la LEA : 7 octobre 1994). Dans ces circonstances, il convient d’examiner les règlements lors de l’interprétation de la loi habilitante, car, [TRADUCTION] « [l]orsqu’un règlement sert à compléter le régime législatif, il est clair que l’intention du législateur est que la loi et le règlement soient appliqués ensemble et forment un tout » (Sullivan, p. 370). Voir également les motifs du juge Binnie dans *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 26, et ceux de la juge Deschamps dans *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, par. 35.

[32] Une autre indication que cette interprétation est conforme à l’intention du législateur réside dans les fonctions respectives de l’AR et du ministre lors des évaluations environnementales effectuées en application de la LCEE. La LCEE accorde au ministre le pouvoir de désigner, par règlement, des projets ou des catégories de projets devant faire l’objet d’une étude approfondie. Voici le texte de l’al. 58(1)i) :

58. (1) Pour l’application de la présente loi, le ministre peut :

(i) make regulations prescribing any project or class of projects for which a comprehensive study is required where the Minister is satisfied that the project or any project within that class is likely to have significant adverse environmental effects.

Red Chris and the government's interpretation of s. 21 would render this authority subject to the overriding authority of the RA, presumably under s. 15(1), to determine on a case-by-case basis whether the project would be subject to a comprehensive study. In other words, decisions of the Minister would be subordinate to decisions of the RA. The presumption in Canada, with a democratically elected responsible government, must be the other way around.

[33] I am unable to agree with the Federal Court of Appeal's finding that there is "nothing in the context of the CEAA which indicates . . . a different interpretation from [the project as scoped by the RA]" (para. 49). The CSL includes classes of projects which the Minister has determined are likely to have significant adverse environmental effects (CEAA, s. 58(1)(i); CSL, Preamble). It would follow that by authorizing the Minister to make such regulations and thereby determine which projects require a comprehensive study, Parliament intended the Minister to determine which projects did or did not require comprehensive study, not the RA. The *Regulatory Impact Analysis Statement*, SOR/94-636, supports that view:

The Comprehensive Study List . . . supplies greater certainty and efficiency by identifying which major projects will automatically be assessed more extensively. [Emphasis added.]

[34] In sum, subject to my comments below about s. 15(2) and (3), when the term "project" in ss. 18 and 21 is considered in context, the correct interpretation is "project as proposed" and not "project as scoped". This means that the determination of whether a project requires a comprehensive study is not within the discretion of the RA. If the project as proposed is listed in the CSL, a comprehensive study is mandatory.

i) prendre des règlements désignant des projets ou des catégories de projets pour lesquels une étude approfondie est obligatoire, s'il est convaincu que ceux-ci sont susceptibles d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants.

L'interprétation de l'art. 21 par Red Chris et le gouvernement aurait pour effet d'assujettir au pouvoir prépondérant de l'AR, probablement selon le par. 15(1), le pouvoir du ministre de déterminer au cas par cas si un projet devrait faire l'objet d'une étude approfondie. En d'autres termes, les décisions du ministre seraient subordonnées à celles de l'AR. Au Canada, compte tenu du principe du gouvernement responsable démocratiquement élu, la présomption doit opérer en sens inverse.

[33] Je ne puis souscrire à la conclusion de la Cour d'appel fédérale qu'il n'y a « rien dans le contexte de la LCEE qui permette de penser qu'il faille s'inspirer d'une interprétation différente de celle [du projet dont la portée a été définie par l'AR] » (par. 49). La LEA comprend des catégories de projets qui, selon le ministre, sont susceptibles d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants (LCEE, al. 58(1)i; préambule de la LEA). Ainsi, en autorisant le ministre à prendre de tels règlements et donc à déterminer si les projets doivent faire l'objet d'une étude approfondie, le législateur entendait confier au ministre, et non à l'AR, le pouvoir de décider des projets nécessitant une étude approfondie. Le *Résumé de l'étude d'impact de la réglementation*, DORS/94-636, étaye ce point de vue :

La Liste d'étude approfondie [. . .] donne plus de certitude et d'efficacité en précisant quels types de grands projets nécessiteront automatiquement une étude plus poussée. [Je souligne.]

[34] En résumé, sous réserve de mes observations ci-dessous concernant les par. 15(2) et (3), l'interprétation qu'il convient de donner à « projet » aux art. 18 et 21 est « projet tel qu'il est proposé » et non « projet dont la portée a été définie ». Par conséquent, il ne relève pas du pouvoir discrétionnaire de l'AR de déterminer si un projet doit faire l'objet d'une étude approfondie. Si le projet tel qu'il est proposé est visé dans la LEA, l'étude approfondie est obligatoire.

C. *The Discretion to Scope*

[35] How, then, does the discretion conferred on the RA or Minister under s. 15(1) to determine the scope of a project for the environmental assessment fit within the scheme of the Act? I am of the opinion that tracking and scoping are distinct steps in the CEAA process. Generally, the RA *does not* have the discretion to determine the assessment track. However, once the appropriate track is determined, the RA *does* have the discretion to determine the scope of the project for the purposes of assessment.

[36] In the case of a project not in the CSL, a screening is conducted in accordance with the scope of the project as determined by the RA under s. 15(1)(a), subject to the requirements of s. 15(2) and (3). The RA's scoping decision is determinative.

[37] In the case of a project in the CSL, the answer is not as clear. However, I think it can be described in the following way. The RA, in its discretion under s. 15(1), and after ensuring public consultation in accordance with s. 21(1), determines the proposed scope of the project for purposes of the comprehensive study. Under s. 21(2)(a), the RA reports to the Minister on its determination of the scope of the project for the comprehensive study (and on the other matters on which the public was consulted under s. 21(1)) and recommends to the Minister to continue with the environmental assessment by means of a comprehensive study to be conducted by the RA, or alternatively that the Minister refer the project to a mediation or review panel under s. 21(2)(b).

[38] The Minister may remit the project to the RA to conduct the comprehensive study in accordance with its report on the scoping of the project under s. 21.1(1)(a), or refer the project to a mediator or to a review panel under s. 21.1(1)(b). In the event that the project is referred to a mediator or a review panel under s. 21.1(1)(b), the scope of the project is

C. *Le pouvoir discrétionnaire de déterminer la portée du projet*

[35] Comment, alors, le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 15(1) à l'AR ou au ministre de déterminer la portée d'un projet pour l'évaluation environnementale entre-t-il dans le cadre de la Loi? À mon avis, déterminer la voie à suivre et définir la portée constituent deux étapes distinctes dans le processus prévu par la LCÉE. De façon générale, l'AR *n'a pas* le pouvoir discrétionnaire de déterminer la voie à suivre pour l'évaluation. Cependant, une fois cette voie déterminée, l'AR a *effectivement* le pouvoir de définir la portée du projet pour l'évaluation.

[36] Dans le cas d'un projet non visé dans la LEA, l'examen préalable est effectué selon la portée du projet tel qu'elle est déterminée par l'AR en vertu du par. 15(1), sous réserve des exigences des par. 15(2) et (3). La décision de l'AR à cet égard est déterminante.

[37] Dans le cas d'un projet visé dans la LEA, la réponse n'est pas claire. Je crois, toutefois, qu'on peut la décrire comme suit. En se fondant sur le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 15(1) et après avoir veillé à la tenue d'une consultation publique conformément au par. 21(1), l'AR détermine la portée proposée du projet pour les besoins de l'étude approfondie. Selon l'alinéa 21(2)a), l'AR fait rapport au ministre de sa décision sur la portée du projet pour l'étude approfondie (ainsi que d'autres questions pour lesquelles il y avait consultation publique conformément au par. 21(1)) et lui recommande de poursuivre l'évaluation environnementale par une étude approfondie qu'elle doit effectuer, ou de renvoyer le projet à un médiateur ou à une commission conformément à l'al. 21(2)b).

[38] Le ministre peut renvoyer le projet à l'AR pour qu'elle effectue l'étude approfondie recommandée dans son rapport sur la portée du projet conformément à l'al. 21.1(1)a), ou le renvoyer à la médiation ou à l'examen par une commission conformément à l'al. 21.1(1)b). Si le projet est renvoyé à la médiation ou à l'examen par une commission conformément

determined by the Minister after consulting with the RA pursuant to s. 15(1)(b).

D. Limits on the Discretion to Scope a Project

[39] Regardless of the assessment track, the RA or Minister's discretion to scope a project and to scope the environmental assessment is outlined in s. 15. Section 15(1) grants the discretion to scope to either the Minister, in the case of mediation or a review panel, or the RA. However, the exercise of this discretion is limited by s. 15(3). Section 15(3) provides that an environmental assessment of a physical work shall be conducted in respect of every "construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking" in relation to the project. Consistent with the view that the "project as proposed by the proponent" is to apply in the absence of text or context to the contrary, the scoping of the project performed by the RA or Minister under s. 15(1) is subject to s. 15(3). In other words, the minimum scope is the project as proposed by the proponent, and the RA or Minister has the discretion to enlarge the scope when required by the facts and circumstances of the project. The RA or Minister is also granted further discretion by s. 15(2) to combine related proposed projects into a single project for the purposes of assessment. In sum, while the presumed scope of the project to be assessed is the project as proposed by the proponent, under s. 15(2) or (3), the RA or Minister may enlarge the scope in the appropriate circumstances.

[40] It follows, then, that the scoping discretion under s. 15(2) and (3) acts as an exception to the general proposition that the level of assessment is determined solely based on the project as proposed by the proponent. The Act assumes that the proponent will represent the entirety of the proposed project in relation to a physical work. However, as noted by the government, a proponent could engage in "project splitting" by representing part of a project as the whole, or proposing several parts

à l'al. 21.1(1)b), le ministre en détermine la portée après consultation de l'AR conformément au par. 15(1).

D. Limite du pouvoir discrétionnaire de déterminer la portée du projet

[39] Quelle que soit la voie à suivre dans le cadre de l'évaluation, le pouvoir discrétionnaire de l'AR ou du ministre de déterminer la portée du projet et de définir l'évaluation environnementale est décrit à l'art. 15. Le paragraphe 15(1) accorde le pouvoir discrétionnaire de déterminer la portée du projet soit au ministre, dans le cas où le projet est renvoyé à la médiation ou à l'examen par une commission, soit à l'AR. Toutefois, l'exercice de ce pouvoir est limité par le par. 15(3). Ce paragraphe prévoit l'évaluation environnementale obligatoire « de toute opération — construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre — constituant un projet lié à un ouvrage ». Selon l'opinion que le « projet tel qu'il est proposé par le promoteur » s'applique en l'absence de texte ou contexte à l'effet contraire, la détermination de la portée du projet par l'AR ou le ministre en vertu du par. 15(1) est assujettie au par. 15(3). En d'autres termes, la portée minimale du projet est celle du projet tel qu'il est proposé par le promoteur, et l'AR ou le ministre a le pouvoir de l'élargir lorsque les faits et circonstances du projet le justifient. Ils ont aussi le pouvoir discrétionnaire, en vertu du par. 15(2), de combiner des projets connexes en un seul projet pour l'évaluation. En somme, bien que la portée présumée du projet à évaluer soit la portée du projet tel qu'il est proposé par le promoteur, l'AR ou le ministre peut, en vertu des par. 15(2) et (3), l'élargir si les circonstances le justifient.

[40] Ainsi, le pouvoir discrétionnaire de déterminer la portée du projet en vertu des par. 15(2) et (3) constitue une exception à la thèse générale que le niveau d'évaluation est déterminé uniquement en fonction du projet tel qu'il est proposé par le promoteur. La Loi présume que le promoteur représentera la totalité du projet proposé lié à un ouvrage. Or, comme l'a souligné le gouvernement, un promoteur pourrait vouloir « fractionner le projet » en en présentant une partie au lieu de la totalité, ou

of a project as independent projects in order to circumvent additional assessment obligations (see government factum, at para. 73). Where the RA or Minister decides to combine projects or to enlarge the scope under s. 15(2) or (3), it is conceivable that the project as proposed by the proponent might have only required a screening. However, when the RA or Minister considers all matters in relation to the project as proposed, the resulting scope places the project in the CSL. Where this occurs, the project would be subject to a comprehensive study.

[41] I should note that while, for federal environmental assessment purposes, a project will include the entire project as proposed, the RAs can, and should, minimize duplication by using the coordination mechanisms provided for in the Act. In particular, federal and provincial governments can adopt mutually agreeable terms for coordinating environmental assessments (s. 58(1)(c) and (d)). Full use of this authority would serve to reduce unnecessary, costly and inefficient duplication. Cooperation and coordination are the procedures expressed in the CEEA (see s. 12(4)).

[42] In the present case, the federal environmental assessment should have been conducted for the project as proposed by Red Chris. The proposed project was described in the CSL. Therefore, the requirements of s. 21 applied. The RAs were free to use any and all federal-provincial coordination tools available, but they were still required to comply with the provisions of the CEEA pertaining to comprehensive studies. The RAs in this case acted without statutory authority by conducting a screening.

6. Remedy

[43] The remedy awarded by the trial judge was pursuant to the discretion conferred upon him under s. 18.1(3) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. Section 18.1(3) provides:

en présentant plusieurs parties d'un projet à titre de projets indépendants de façon à contourner des obligations additionnelles en matière d'évaluation (voir le mémoire du gouvernement, par. 73). Lorsque l'AR ou le ministre décide de combiner des projets ou d'élargir la portée d'un projet en vertu des par. 15(2) ou (3), il est concevable que le projet tel qu'il est proposé par le promoteur nécessite seulement un examen préalable. Toutefois, lorsque l'AR ou le ministre prend en compte toutes les questions liées au projet tel qu'il est proposé, il se peut que celui-ci devienne ainsi visé dans la LEA. Il devrait alors faire l'objet d'une étude approfondie.

[41] Je devrais souligner que même si, pour l'évaluation environnementale fédérale, un projet comprendra la totalité du projet tel qu'il est proposé, l'AR peut et doit minimiser le double emploi en recourant aux mécanismes de coordination prévus par la Loi. En particulier, les gouvernements fédéral et provincial peuvent adopter des modalités acceptables pour les deux parties pour coordonner les évaluations environnementales (al. 58(1)c) et d)). Le plein recours à ce pouvoir permet de réduire le double emploi inutile, coûteux et inefficace. Les procédures de collaboration et de coordination sont prévues dans la LCEE (voir par. 12(4)).

[42] En l'espèce, le projet tel qu'il est proposé par Red Chris aurait dû faire l'objet d'une évaluation environnementale fédérale. Comme il est visé dans la LEA, les exigences de l'art. 21 s'appliquent. Les AR sont libres d'utiliser tous les mécanismes de coordination fédéraux-provinciaux dont elles disposent, mais elles doivent respecter les dispositions de la LCEE concernant les études approfondies. En l'espèce, en effectuant un examen préalable, les AR ont outrepassé les pouvoirs qui leur sont reconnus par la loi.

6. Réparation

[43] Le juge de première instance a accordé la réparation en vertu du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le par. 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, dont voici le texte :

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

The question here is whether this Court may and should intervene with respect to remedy. The test for appellate review of the exercise of judicial discretion is whether the judge at first instance has given weight to all relevant considerations. See *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at p. 404, *Friends of the Oldman River Society*, at pp. 76-77, and *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at pp. 587-88.

[44] In my respectful view, in exercising his discretion to grant the broad relief he did, the learned trial judge did not take account of a number of relevant and significant considerations. Because of this, he granted broader relief than was appropriate.

[45] Martineau J. set aside the RAs' decision to proceed by way of screening and prohibited the issuing of permits and approvals under s. 5(1)(d) and s. 5(2) until the completion of a comprehensive study pursuant to s. 21 and, based thereon, a decision whether to permit the project to be carried out in whole or in part pursuant to s. 37. In simple terms, the parties have been ordered to substantially redo the environmental assessment. I do not think such relief is warranted.

[46] First, at para. 292, the trial judge states that "[i]t is not entirely clear to the Court why, once it had been determined the Project, as described by [Red Chris], was included in the CSL, the decision was subsequently made to downgrade the extent of the assessment required to that of a screening."

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

Il s'agit en l'espèce de décider si la Cour peut et devrait intervenir à l'égard de cette réparation. Le critère en matière de contrôle par une cour d'appel de l'exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire consiste à décider si le juge de première instance a accordé suffisamment d'importance à tous les éléments pertinents. Voir *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, p. 404, *Friends of the Oldman River Society*, p. 76-77, et *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 587-588.

[44] Soit dit en tout respect, lorsqu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation large comme il l'a fait, le juge de première instance n'a pas tenu compte de plusieurs éléments pertinents et importants. Pour cette raison, il a accordé une réparation plus large que nécessaire.

[45] Le juge Martineau a annulé la décision des AR de procéder par examen préalable et a interdit la délivrance des permis et l'octroi des autorisations ou approbations prévus à l'al. 5(1)d) et au par. 5(2), jusqu'à ce qu'une étude approfondie soit réalisée conformément à l'art. 21 et qu'il soit décidé, en fonction de cette étude, de mettre en œuvre le projet en tout ou en partie conformément à l'art. 37. Bref, on a ordonné aux parties de refaire en grande partie l'évaluation environnementale. Je ne crois pas qu'une telle réparation soit justifiée.

[46] Tout d'abord, au par. 292 de ses motifs, le juge de première instance déclare que « [l]a Cour ne saisit pas tout à fait pourquoi, une fois qu'il a été décidé que le projet, décrit par [Red Chris] était inclus dans la LEA, il a plus tard été décidé de déclasser au niveau d'un examen préalable le

While he says that he does not define the scoping decision to be “capricious and arbitrary” (para. 294), his reasons indicate a suspicion of the motive of the RAs. However, it is apparent that the environmental assessment was converted to a screening assessment on or about December 9, 2004, because of new information and because of the issuance of the *TrueNorth* decision by the Federal Court on September 16, 2004 (2004 FC 1265, 257 F.T.R. 212), after the initial scoping decision had been made. Indeed, the trial judge, in his reasons, quoted a letter of DFO dated December 9, 2004, to the Canadian Environmental Assessment Agency explaining that the RAs were influenced by new information and by the *TrueNorth* decision (para. 108). Yet, he still questioned the motives of the RAs in scoping. It is difficult to fault the RAs for following a decision of the Federal Court on the very matter with which they were dealing.

[47] Second, the trial judge does not appear to have considered that, although it is Red Chris that will be prejudiced by incurring further delay and costs as a result of his order, Red Chris did nothing wrong. The approach to the environmental assessment was determined by the government.

[48] Third, according to the evidence, Red Chris cooperated fully with the environmental assessment conducted by the BCEAO. It proposed terms of reference for a working group which included federal and provincial agencies and local First Nation groups. Red Chris sought public comment on the project through several open house meetings. Once Red Chris submitted its application for a provincial environmental assessment certificate, the BCEAO posted the application online for public comment, and members of the public submitted several comments in response to the Red Chris application. These facts do not appear to have been considered by the trial judge in exercising his discretion to grant relief.

degré d'évaluation requis. » Bien qu'il ait affirmé que la détermination de la portée du projet n'était pas une décision « arbitraire et abusive » (par. 294), ses motifs indiquent une certaine suspicion quant aux motifs des AR. Or, il est clair que l'évaluation environnementale a été changée pour un examen préalable le 9 décembre 2004, ou vers cette date, en raison de nouveaux renseignements et de l'arrêt *TrueNorth*, rendu par la Cour fédérale le 16 septembre 2004 (2004 CF 1265, [2004] A.C.F. n° 1518 (QL)), soit après la décision initiale concernant la détermination de la portée du projet. En effet, le juge de première instance a reproduit, dans ses motifs, un passage d'une lettre du MPO datée du 9 décembre 2004 et adressée à l'Agence canadienne d'évaluation environnementale expliquant que les AR avaient été influencées par de nouveaux renseignements et par l'arrêt *TrueNorth* (par. 108). Pourtant, il mettait toujours en doute les raisons ayant poussé les AR à déterminer ainsi la portée du projet. Il est difficile de reprocher aux AR d'avoir suivi un arrêt de la Cour fédérale portant sur la même question dont ils étaient saisis.

[47] Deuxièmement, le juge de première instance ne semble pas avoir pris en compte le fait que c'est Red Chris qui subira un préjudice en raison des retards et coûts supplémentaires par suite de son ordonnance, alors qu'elle n'a commis aucune faute. La méthode employée pour l'évaluation environnementale a été établie par le gouvernement.

[48] Troisièmement, il ressort de la preuve que Red Chris a pleinement collaboré à l'évaluation environnementale effectuée par le BCEAO. Elle a proposé un cadre de référence pour un groupe de travail composé d'organismes fédéraux et provinciaux et de groupes de Premières nations locaux. Red Chris a tenu des consultations publiques sur le projet dans le cadre de plusieurs séances portes ouvertes. Après que Red Chris a soumis sa demande de certificat d'évaluation environnementale provinciale, le BCEAO l'a mise en ligne pour consultation publique, et des membres du public ont présenté plusieurs observations en réponse à la demande de Red Chris. Le juge de première instance ne semble pas avoir pris en compte ces faits lorsqu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation.

[49] Further, in a letter to the Deputy Minister of Natural Resources Canada dated August 24, 2006, MiningWatch stated that it “brought this application as a test case of the federal government’s obligations under section 21”. It would be incorrect to say that the parties in test cases may not still be interested in preserving their claims that gave rise to the litigation in the first place. However, this is not such a case.

[50] MiningWatch says it has no proprietary or pecuniary interest in the outcome of the proceedings (affidavit of Joan Kuyek, A.R., vol. II, p. 1, at para. 32). MiningWatch did not participate in the environmental assessment conducted by the BCEAO. Its first involvement was in commencing judicial review in the Federal Court. It has not brought forward any evidence of dissatisfaction with the environmental assessments conducted by the BCEAO or the RAs; nor is there evidence of dissatisfaction with the assessment process from anyone else. MiningWatch says it has brought this judicial review as a test case of the federal government’s obligations under s. 21. Indeed, they made a strategic decision not to challenge the substantive scoping decision. This is an appropriate case in which to take the position expressed by MiningWatch at face value. A declaration as to the proper interpretation of s. 21 and the obligations of the federal government achieves MiningWatch’s stated objective and grants a substantial portion of the relief it requested.

[51] In my opinion, the appropriate relief in this case would be to allow the application for judicial review and declare that the RAs erred in failing to conduct a comprehensive study. Pursuant to s. 18.1(3) of the *Federal Courts Act*, I would decline to grant any further relief.

[52] I acknowledge that in exercising discretion to grant declaratory relief without requiring the parties to substantially redo the environmental assessment, the result is to allow a process found not to comply with the requirements of the CEAA to stand in this case. But the fact that an appellant would otherwise

[49] De plus, dans la lettre du 24 août 2006 adressée à la sous-ministre de Ressources naturelles Canada, Mines Alerte a déclaré qu’elle [TRADUCTION] « avait présenté cette demande à titre de cause type relativement aux obligations qui incombent au gouvernement fédéral selon l’article 21 ». Il serait inexact de dire que les parties dans une cause type n’ont jamais intérêt à faire valoir, telles quelles, les réclamations qui sont à l’origine du litige. Toutefois, tel n’est pas le cas en l’espèce.

[50] Mines Alerte dit n’avoir aucun intérêt propriétaire ou pécuniaire dans l’issue de l’instance (affidavit de Joan Kuyek, d.a., vol. II, p. 1, par. 32). Elle n’a pas participé à l’évaluation environnementale réalisée par le BCEAO. Sa participation a commencé au moment où elle a présenté une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Mines Alerte, pas plus que quiconque, n’a produit aucun élément de preuve établissant son insatisfaction à l’égard des évaluations environnementales effectuées par le BCEAO ou les AR. Elle affirme avoir déposé cette demande de contrôle judiciaire à titre de cause type à l’égard des obligations qui incombent au gouvernement fédéral selon l’art. 21. En fait, elle a pris la décision stratégique de ne pas contester la décision de fond concernant la détermination de la portée du projet. Il convient en l’espèce de ne pas mettre en doute sa position. Un jugement déclaratoire sur l’interprétation de l’art. 21 et des obligations du gouvernement fédéral répond à l’objectif déclaré de Mines Alerte et accorde à celle-ci une grande partie de la réparation qu’elle a demandée.

[51] À mon avis, la réparation appropriée en l’espèce consisterait à accueillir la demande de contrôle judiciaire et à déclarer que les AR ont fait erreur en ne procédant pas à une étude approfondie. En application du par. 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, je n’accorderais pas d’autre réparation.

[52] J’admets que l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’accorder réparation au moyen d’un jugement déclaratoire sans demander aux parties de refaire substantiellement l’évaluation environnementale a pour effet en l’espèce de confirmer la validité d’un processus par ailleurs jugé non

be entitled to a remedy does not alter the fact that the court has the power to exercise its discretion not to grant such a remedy, or at least not the entire remedy sought. However, because such discretionary power may make inroads upon the rule of law, it must be exercised with the greatest care. See Sir William Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (10th ed. 2009), at p. 599, and *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, at p. 361. In the exercise of that discretion to deny a portion of the relief sought, balance of convenience considerations are involved. See D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 3-88 and 3-89, referred to by Binnie J. in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 36. Such considerations will include any disproportionate impact on the parties or the interests of third parties (Brown and Evans, at p. 3-88, fn. 454). In my respectful opinion, that is the situation here. The focus of MiningWatch's interest as a public interest litigant is the legal point to which the declaration will respond. On the other hand, I can see no justification in requiring Red Chris to repeat the environmental assessment process when there was no challenge to the substantive decisions made by the RAs.

7. Disposition

[53] I would allow the appeal with costs throughout on a party and party basis, allow the application for judicial review and issue a declaration that the RAs erred in failing to use the project as proposed by Red Chris to determine whether the CEAA was triggered under s. 5, whether the *Exclusion List Regulations, 2007* applied, and if a federal environmental assessment was to be conducted, whether it was to proceed by way of a comprehensive study if the project was listed in the CSL and if not, by way of screening. I would decline to grant any further relief. Although requested by MiningWatch, this is not a case for solicitor-client costs. There is no misconduct or other reason for an award other than the

conforme aux exigences de la LCEE. Mais le fait qu'un appelant ait droit à une réparation ne change rien au fait que le tribunal peut exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder une telle réparation, ou du moins de ne pas accorder la totalité de la réparation demandée. Cependant, comme un tel pouvoir discrétionnaire peut empiéter sur le principe de la primauté du droit, il doit être exercé avec la plus grande diligence. Voir Sir William Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (10^e éd. 2009), p. 599, et *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, p. 361. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder une partie de la réparation demandée fait intervenir des considérations relatives à la prépondérance des inconvénients. Voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-88 et 3-89, cité par le juge Binnie dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 36. Il faut notamment tenir compte de tout impact disproportionné sur les parties ou les intérêts des tiers (Brown et Evans, p. 3-88, note 454). À mon avis, nous sommes en présence d'un tel cas ici. L'intérêt central de Mines Alerte, en tant que partie représentant l'intérêt public, est la question de droit à laquelle répondra le jugement déclaratoire. Par ailleurs, je ne vois aucune raison d'exiger que Red Chris recommence le processus d'évaluation environnementale alors que les décisions de fond prises par les AR n'ont fait l'objet d'aucune contestation.

7. Dispositif

[53] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours sur la base partie-partie, d'accueillir la demande de contrôle judiciaire et de rendre un jugement déclarant que les AR ont fait erreur en ne considérant pas le projet tel que proposé par Red Chris pour déterminer si l'application de la LCEE était déclenchée en vertu de l'art. 5, si le *Règlement de 2007 sur la liste d'exclusion* s'appliquait et s'il y avait lieu d'effectuer une évaluation environnementale fédérale, par une étude approfondie si le projet était visé dans la LEA, sinon par un examen préalable. Je n'accorderais pas d'autre réparation. Bien que Mines Alerte en ait fait la demande, il n'y a pas lieu en l'espèce

usual party-party award of costs that normally follows the event.

APPENDIX

Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37

WHEREAS environmental assessment provides an effective means of integrating environmental factors into planning and decision-making processes in a manner that promotes sustainable development;

2. (1) In this Act,

. . .

“project” means

(a) in relation to a physical work, any proposed construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work, or

(b) any proposed physical activity not relating to a physical work that is prescribed or is within a class of physical activities that is prescribed pursuant to regulations made under paragraph 59(b);

. . .

“responsible authority”, in relation to a project, means a federal authority that is required pursuant to subsection 11(1) to ensure that an environmental assessment of the project is conducted;

5. (1) [Projects requiring environmental assessment] An environmental assessment of a project is required before a federal authority exercises one of the following powers or performs one of the following duties or functions in respect of a project, namely, where a federal authority

. . .

d’attribuer des dépens avocat-client. Aucune faute n’a été commise et rien ne justifie l’adjudication de dépens autres que les habituels dépens entre parties qui suivent normalement le sort de l’affaire.

ANNEXE

Loi canadienne sur l’évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37

Attendu :

. . .

que l’évaluation environnementale constitue un outil efficace pour la prise en compte des facteurs environnementaux dans les processus de planification et de décision, de façon à promouvoir un développement durable;

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

. . .

« autorité responsable » L’autorité fédérale qui, en conformité avec le paragraphe 11(1), est tenue de veiller à ce qu’il soit procédé à l’évaluation environnementale d’un projet.

. . .

« projet » Réalisation — y compris l’exploitation, la modification, la désaffectation ou la fermeture — d’un ouvrage ou proposition d’exercice d’une activité concrète, non liée à un ouvrage, désignée par règlement ou faisant partie d’une catégorie d’activités concrètes désignée par règlement aux termes de l’alinéa 59b).

5. (1) [Projets visés] L’évaluation environnementale d’un projet est effectuée avant l’exercice d’une des attributions suivantes :

. . .

(d) under a provision prescribed pursuant to paragraph 59(f), issues a permit or licence, grants an approval or takes any other action for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part.

(2) [Projects requiring approval of Governor in Council] Notwithstanding any other provision of this Act,

(a) an environmental assessment of a project is required before the Governor in Council, under a provision prescribed pursuant to regulations made under paragraph 59(g), issues a permit or licence, grants an approval or takes any other action for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part;

7. (1) [Exclusions] An assessment of a project is not required under section 5 or sections 8 to 10.1, where

- (a) the project is described in an exclusion list;
- (b) the project is to be carried out in response to a national emergency for which special temporary measures are being taken under the *Emergencies Act*; or
- (c) the project is to be carried out in response to an emergency and carrying out the project forthwith is in the interest of preventing damage to property or the environment or is in the interest of public health or safety.

12. . . .

(4) [Cooperation with other jurisdictions] Where a screening or comprehensive study of a project is to be conducted and a jurisdiction has a responsibility or an authority to conduct an assessment of the environmental effects of the project or any part thereof, the responsible authority may cooperate with that jurisdiction respecting the environmental assessment of the project.

15. (1) [Scope of project] The scope of the project in relation to which an environmental assessment is to be conducted shall be determined by

- (a) the responsible authority; or
- (b) where the project is referred to a mediator or a review panel, the Minister, after consulting with the responsible authority.

d) une autorité fédérale, aux termes d'une disposition prévue par règlement pris en vertu de l'alinéa 59f), délivre un permis ou une licence, donne toute autorisation ou prend toute mesure en vue de permettre la mise en œuvre du projet en tout ou en partie.

(2) [Projets nécessitant l'approbation du gouverneur en conseil] Par dérogation à toute autre disposition de la présente loi :

a) l'évaluation environnementale d'un projet est obligatoire, avant que le gouverneur en conseil, en vertu d'une disposition désignée par règlement aux termes de l'alinéa 59g), prenne une mesure, notamment délivre un permis ou une licence ou accorde une approbation, autorisant la réalisation du projet en tout ou en partie;

7. (1) [Exclusions] N'ont pas à faire l'objet d'une évaluation en application des articles 5 ou 8 à 10.1 les projets :

- a) qui sont visés dans les listes d'exclusion;
- b) qui sont mis en œuvre en réaction à des situations de crise nationale pour lesquelles des mesures d'intervention sont prises aux termes de la *Loi sur les mesures d'urgence*;
- c) qui sont mis en œuvre en réaction à une situation d'urgence et qu'il importe, soit pour la protection de biens ou de l'environnement, soit pour la santé ou la sécurité publiques, de mettre en œuvre sans délai.

12. . . .

(4) [Collaboration] L'autorité responsable peut, dans le cadre de l'examen préalable ou de l'étude approfondie d'un projet, coopérer, pour l'évaluation environnementale de celui-ci, avec l'instance qui a la responsabilité ou le pouvoir d'effectuer l'évaluation des effets environnementaux de tout ou partie d'un projet.

15. (1) [Détermination de la portée du projet] L'autorité responsable ou, dans le cas où le projet est renvoyé à la médiation ou à l'examen par une commission, le ministre, après consultation de l'autorité responsable, détermine la portée du projet à l'égard duquel l'évaluation environnementale doit être effectuée.

(2) [Same assessment for related projects] For the purposes of conducting an environmental assessment in respect of two or more projects,

- (a) the responsible authority, or
- (b) where at least one of the projects is referred to a mediator or a review panel, the Minister, after consulting with the responsible authority,

may determine that the projects are so closely related that they can be considered to form a single project.

(3) [All proposed undertakings to be considered] Where a project is in relation to a physical work, an environmental assessment shall be conducted in respect of every construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work that is proposed by the proponent or that is, in the opinion of

- (a) the responsible authority, or
- (b) where the project is referred to a mediator or a review panel, the Minister, after consulting with the responsible authority,

likely to be carried out in relation to that physical work.

16. (1) [Factors to be considered] Every screening or comprehensive study of a project and every mediation or assessment by a review panel shall include a consideration of the following factors:

- (a) the environmental effects of the project, including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the project and any cumulative environmental effects that are likely to result from the project in combination with other projects or activities that have been or will be carried out;
- (b) the significance of the effects referred to in paragraph (a);
- (c) comments from the public that are received in accordance with this Act and the regulations;
- (d) measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects of the project; and
- (e) any other matter relevant to the screening, comprehensive study, mediation or assessment by a review panel, such as the need for the project and alternatives to the project, that the responsible

(2) [Pluralité de projets] Dans le cadre d'une évaluation environnementale de deux ou plusieurs projets, l'autorité responsable ou, si au moins un des projets est renvoyé à la médiation ou à l'examen par une commission, le ministre, après consultation de l'autorité responsable, peut décider que deux projets sont liés assez étroitement pour être considérés comme un seul projet.

(3) [Projet lié à un ouvrage] Est effectuée, dans l'un ou l'autre des cas suivants, l'évaluation environnementale de toute opération — construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre — constituant un projet lié à un ouvrage :

- a) l'opération est proposée par le promoteur;
- b) l'autorité responsable ou, dans le cadre d'une médiation ou de l'examen par une commission et après consultation de cette autorité, le ministre estime l'opération susceptible d'être réalisée en liaison avec l'ouvrage.

16. (1) [Éléments à examiner] L'examen préalable, l'étude approfondie, la médiation ou l'examen par une commission d'un projet portent notamment sur les éléments suivants :

- a) les effets environnementaux du projet, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en résulter, et les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à l'existence d'autres ouvrages ou à la réalisation d'autres projets ou activités, est susceptible de causer à l'environnement;
- b) l'importance des effets visés à l'alinéa a);
- c) les observations du public à cet égard, reçues conformément à la présente loi et aux règlements;
- d) les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux importants du projet;
- e) tout autre élément utile à l'examen préalable, à l'étude approfondie, à la médiation ou à l'examen par une commission, notamment la nécessité du projet et ses solutions de rechange, — dont l'autorité

authority or, except in the case of a screening, the Minister after consulting with the responsible authority, may require to be considered.

(2) [Additional factors] In addition to the factors set out in subsection (1), every comprehensive study of a project and every mediation or assessment by a review panel shall include a consideration of the following factors:

- (a) the purpose of the project;
- (b) alternative means of carrying out the project that are technically and economically feasible and the environmental effects of any such alternative means;
- (c) the need for, and the requirements of, any follow-up program in respect of the project; and
- (d) the capacity of renewable resources that are likely to be significantly affected by the project to meet the needs of the present and those of the future.

18. (1) [Screening] Where a project is not described in the comprehensive study list or the exclusion list made under paragraph 59(c), the responsible authority shall ensure that

- (a) a screening of the project is conducted; and
- (b) a screening report is prepared.

21. (1) [Public consultation] Where a project is described in the comprehensive study list, the responsible authority shall ensure public consultation with respect to the proposed scope of the project for the purposes of the environmental assessment, the factors proposed to be considered in its assessment, the proposed scope of those factors and the ability of the comprehensive study to address issues relating to the project.

(2) [Report and recommendation] After the public consultation, as soon as it is of the opinion that it has sufficient information to do so, the responsible authority shall

- (a) report to the Minister regarding
 - (i) the scope of the project, the factors to be considered in its assessment and the scope of those factors,
 - (ii) public concerns in relation to the project,
 - (iii) the potential of the project to cause adverse environmental effects, and
 - (iv) the ability of the comprehensive study to address issues relating to the project; and

responsable ou, sauf dans le cas d'un examen préalable, le ministre, après consultation de celle-ci, peut exiger la prise en compte.

(2) [Éléments supplémentaires] L'étude approfondie d'un projet et l'évaluation environnementale qui fait l'objet d'une médiation ou d'un examen par une commission portent également sur les éléments suivants :

- a) les raisons d'être du projet;
- b) les solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique, et leurs effets environnementaux;
- c) la nécessité d'un programme de suivi du projet, ainsi que ses modalités;
- d) la capacité des ressources renouvelables, risquant d'être touchées de façon importante par le projet, de répondre aux besoins du présent et à ceux des générations futures.

18. (1) [Examen préalable] Dans le cas où le projet n'est pas visé dans la liste d'étude approfondie ou dans la liste d'exclusion établie par règlement pris en vertu de l'alinéa 59c), l'autorité responsable veille :

- a) à ce qu'en soit effectué l'examen préalable;
- b) à ce que soit établi un rapport d'examen préalable.

21. (1) [Consultation] Dans le cas où le projet est visé dans la liste d'étude approfondie, l'autorité responsable veille à la tenue d'une consultation publique sur les propositions relatives à la portée du projet en matière d'évaluation environnementale, aux éléments à prendre en compte dans le cadre de l'évaluation et à la portée de ces éléments ainsi que sur la question de savoir si l'étude approfondie permet l'examen des questions soulevées par le projet.

(2) [Rapport et recommandation] L'autorité responsable, dès qu'elle estime disposer de suffisamment de renseignements et après avoir tenu la consultation publique :

- a) fait rapport au ministre de la portée du projet, des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'évaluation, de la portée de ceux-ci, des préoccupations du public, de la possibilité d'effets environnementaux négatifs et de la question de savoir si l'étude approfondie permet l'examen des questions soulevées par le projet;

(b) recommend to the Minister to continue with the environmental assessment by means of a comprehensive study, or to refer the project to a mediator or review panel in accordance with section 29.

21.1 (1) [Minister's decision] The Minister, taking into account the things with regard to which the responsible authority must report under paragraph 21(2)(a) and the recommendation of the responsible authority under paragraph 21(2)(b), shall, as the Minister considers appropriate,

(a) refer the project to the responsible authority so that it may continue the comprehensive study and ensure that a comprehensive study report is prepared and provided to the Minister and to the Agency; or

(b) refer the project to a mediator or review panel in accordance with section 29.

(2) [Decision final] Despite any other provision of this Act, if the Minister refers the project to a responsible authority under paragraph (1)(a), it may not be referred to a mediator or review panel in accordance with section 29.

22. (1) [Public notice] After receiving a comprehensive study report in respect of a project, the Agency shall, in any manner it considers appropriate to facilitate public access to the report, publish a notice setting out the following information:

(a) the date on which the comprehensive study report will be available to the public;

(b) the place at which copies of the report may be obtained; and

(c) the deadline and address for filing comments on the conclusions and recommendations of the report.

(2) [Public concerns] Prior to the deadline set out in the notice published by the Agency, any person may file comments with the Agency relating to the conclusions and recommendations and any other aspect of the comprehensive study report.

23. (1) [Decision of Minister] The Minister shall, after taking into consideration the comprehensive study report and any comments filed pursuant to subsection 22(2), refer the project back to the responsible authority for action under section 37 and issue an environmental assessment decision statement that

(a) sets out the Minister's opinion as to whether, taking into account the implementation of any mitigation measures that the Minister considers

b) lui recommande de poursuivre l'évaluation environnementale par étude approfondie ou de la renvoyer à un médiateur ou à une commission conformément à l'article 29.

21.1 (1) [Décision du ministre] Le ministre, prenant en compte tous les éléments qui doivent lui être signalés dans le cadre de l'alinéa 21(2)a) et les recommandations de l'autorité responsable et selon ce qu'il estime indiqué dans les circonstances :

a) renvoie le projet à l'autorité responsable pour qu'elle poursuive l'étude approfondie et qu'elle veille à ce qu'un rapport de cette étude lui soit présenté, de même qu'à l'Agence;

b) renvoie le projet à la médiation ou à l'examen par une commission conformément à l'article 29.

(2) [Caractère définitif de la décision] Malgré toute autre disposition de la présente loi, le projet que le ministre renvoie à l'autorité responsable au titre de l'alinéa (1)a) ne peut faire l'objet d'une médiation ou d'un examen par une commission conformément à l'article 29.

22. (1) [Avis public] Quand elle reçoit un rapport d'étude approfondie, l'Agence donne avis, de la façon qu'elle estime indiquée pour favoriser l'accès du public au rapport, des éléments suivants :

a) la date à laquelle le rapport d'étude approfondie sera accessible au public;

b) le lieu d'obtention d'exemplaires du rapport;

c) l'adresse et la date limite pour la réception par celle-ci d'observations sur les conclusions et recommandations du rapport.

(2) [Observations du public] Toute personne peut, dans le délai indiqué dans l'avis publié par l'Agence, lui présenter ses observations relativement aux conclusions ou recommandations issues de l'étude approfondie ou à tout autre aspect du rapport qui y fait suite.

23. (1) [Avis du ministre] Le ministre, après avoir pris en compte le rapport d'étude approfondie et les observations qui ont été présentées en vertu du paragraphe 22(2), renvoie le projet à l'autorité responsable pour qu'elle prenne une décision en application de l'article 37 et fait une déclaration dans laquelle :

a) il indique si, selon lui, le projet est susceptible ou non, compte tenu de la mise en œuvre des mesures d'atténuation qu'il estime appropriées,

appropriate, the project is or is not likely to cause significant adverse environmental effects; and

(b) sets out any mitigation measures or follow-up program that the Minister considers appropriate, after having taken into account the views of the responsible authorities and other federal authorities concerning the measures and program.

(2) [More information required] Before issuing the environmental assessment decision statement, the Minister shall, if the Minister is of the opinion that additional information is necessary or that there are public concerns that need to be further addressed, request that the federal authorities referred to in paragraph 12.3(a) or the proponent ensure that the necessary information is provided or actions are taken to address those public concerns.

(3) [Time for statement] The Minister shall not issue the environmental assessment decision statement before the 30th day after the inclusion on the Internet site of

(a) notice of the commencement of the environmental assessment;

(b) a description of the scope of the project;

(c) where the Minister, under paragraph 21.1(1)(a), refers a project to the responsible authority to continue a comprehensive study,

(i) notice of the Minister's decision to so refer the project, and

(ii) a description of the factors to be taken into consideration in the environmental assessment and of the scope of those factors or an indication of how such a description may be obtained; and

(d) the comprehensive study report that is to be taken into consideration by a responsible authority in making its decision under subsection 37(1) or a description of how a copy of the report may be obtained.

24. (1) [Use of previously conducted environmental assessment] Where a proponent proposes to carry out, in whole or in part, a project for which an environmental assessment was previously conducted and

(a) the project did not proceed after the assessment was completed,

d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants;

b) il indique, s'il y a lieu, les mesures d'atténuation et tout programme de suivi qu'il estime appropriés, compte tenu des observations des autorités responsables et des autorités fédérales concernant ces mesures ou programmes.

(2) [Renseignements supplémentaires] Avant de faire la déclaration, le ministre, s'il estime qu'il lui faut des renseignements supplémentaires ou qu'il convient de mieux répondre aux préoccupations du public, demande aux autorités fédérales visées à l'alinéa 12.3(a) ou au promoteur de veiller à ce que les renseignements nécessaires soient fournis ou à ce que les mesures nécessaires pour répondre aux préoccupations du public soient prises.

(3) [Versement préalable de documents] Le ministre ne peut faire la déclaration avant le trentième jour suivant la date à laquelle les documents suivants sont versés au site Internet :

a) l'avis du début de l'évaluation environnementale;

b) la description de la portée du projet;

c) dans le cas où il renvoie, au titre de l'alinéa 21.1(1)(a), le projet à l'autorité responsable pour qu'elle poursuive l'étude approfondie :

(i) l'avis de sa décision de renvoyer le projet,

(ii) la description des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'évaluation environnementale et de la portée de ceux-ci ou une indication de la façon d'obtenir copie de cette description;

d) le rapport de l'étude approfondie sur lequel se fonde la décision de l'autorité responsable au titre du paragraphe 37(1), ou une indication de la façon d'en obtenir copie.

24. (1) [Utilisation d'une évaluation antérieure] Si un promoteur se propose de mettre en œuvre, en tout ou en partie, un projet ayant déjà fait l'objet d'une évaluation environnementale, l'autorité responsable doit utiliser l'évaluation et le rapport correspondant dans la mesure appropriée pour l'application des articles 18 ou 21 dans chacun des cas suivants :

a) le projet n'a pas été mis en œuvre après l'achèvement de l'évaluation;

(b) in the case of a project that is in relation to a physical work, the proponent proposes an undertaking in relation to that work different from that proposed when the assessment was conducted,

(c) the manner in which the project is to be carried out has subsequently changed, or

(d) the renewal of a licence, permit, approval or other action under a prescribed provision is sought,

the responsible authority shall use that assessment and the report thereon to whatever extent is appropriate for the purpose of complying with section 18 or 21.

(2) [Necessary adjustments] Where a responsible authority uses an environmental assessment and the report thereon pursuant to subsection (1), the responsible authority shall ensure that any adjustments are made to the report that are necessary to take into account any significant changes in the environment and in the circumstances of the project and any significant new information relating to the environmental effects of the project.

37. (1) [Decision of responsible authority] Subject to subsections (1.1) to (1.3), the responsible authority shall take one of the following courses of action in respect of a project after taking into consideration the report submitted by a mediator or a review panel or, in the case of a project referred back to the responsible authority pursuant to subsection 23(1), the comprehensive study report:

(a) where, taking into account the implementation of any mitigation measures that the responsible authority considers appropriate,

(i) the project is not likely to cause significant adverse environmental effects, or

(ii) the project is likely to cause significant adverse environmental effects that can be justified in the circumstances,

the responsible authority may exercise any power or perform any duty or function that would permit the project to be carried out in whole or in part; or

(b) where, taking into account the implementation of any mitigation measures that the responsible authority considers appropriate, the project is likely to cause significant adverse environmental effects that cannot be justified in the circumstances, the responsible authority shall not exercise any power or perform any duty or function conferred on it by or under any Act of Parliament that would permit the project to be carried out in whole or in part.

b) le projet est lié à un ouvrage à l'égard duquel le promoteur propose une réalisation différente de celle qui était proposée au moment de l'évaluation;

c) les modalités de mise en œuvre du projet ont par la suite été modifiées;

d) il est demandé qu'un permis, une licence ou une autorisation soit renouvelé, ou qu'une autre mesure prévue par disposition réglementaire soit prise.

(2) [Adaptations nécessaires] Dans les cas visés au paragraphe (1), l'autorité responsable veille à ce que soient apportées au rapport les adaptations nécessaires à la prise en compte des changements importants de circonstances survenus depuis l'évaluation et de tous renseignements importants relatifs aux effets environnementaux du projet.

37. (1) [Autorité responsable] Sous réserve des paragraphes (1.1) à (1.3), l'autorité responsable, après avoir pris en compte le rapport du médiateur ou de la commission ou, si le projet lui est renvoyé aux termes du paragraphe 23(1), le rapport d'étude approfondie, prend l'une des décisions suivantes :

a) si, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle estime indiquées, la réalisation du projet n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants ou est susceptible d'en entraîner qui sont justifiables dans les circonstances, exercer ses attributions afin de permettre la mise en œuvre totale ou partielle du projet;

b) si, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle estime indiquées, la réalisation du projet est susceptible d'entraîner des effets environnementaux qui ne sont pas justifiables dans les circonstances, ne pas exercer les attributions qui lui sont conférées sous le régime d'une loi fédérale et qui pourraient permettre la mise en œuvre du projet en tout ou en partie.

58. (1) [Powers to facilitate environmental assessments] For the purposes of this Act, the Minister may

. . .

(c) enter into agreements or arrangements with any jurisdiction within the meaning of paragraph 40(1)(a), (b), (c) or (d) respecting assessments of environmental effects;

(d) enter into agreements or arrangements with any jurisdiction, within the meaning of subsection 40(1), for the purposes of coordination, consultation, exchange of information and the determination of factors to be considered in relation to the assessment of the environmental effects of projects of common interest;

. . .

(i) make regulations prescribing any project or class of projects for which a comprehensive study is required where the Minister is satisfied that the project or any project within that class is likely to have significant adverse environmental effects.

(1.1) [Participant funding] For the purposes of this Act, the Minister shall establish a participant funding program to facilitate the participation of the public in comprehensive studies, mediations and assessments by review panels established under either subsection 33(1) or 40(2).

Comprehensive Study List Regulations, SOR/94-638

Whereas the Governor in Council is satisfied that certain projects and classes of projects are likely to have significant adverse environmental effects;

. . .

REGULATIONS PRESCRIBING THOSE PROJECTS
AND CLASSES OF PROJECTS FOR WHICH A
COMPREHENSIVE STUDY IS REQUIRED

. . .

58. (1) [Évaluation environnementale] Pour l'application de la présente loi, le ministre peut :

. . .

c) conclure des accords avec toute instance au sens des alinéas 40(1)a), b), c) ou d) en matière d'évaluation des effets environnementaux;

d) conclure des accords avec toute instance, au sens du paragraphe 40(1), en matière de coordination, de consultation, d'échange d'information et de détermination des facteurs à considérer relativement à l'évaluation des effets environnementaux de projets d'intérêt commun;

. . .

i) prendre des règlements désignant des projets ou des catégories de projets pour lesquels une étude approfondie est obligatoire, s'il est convaincu que ceux-ci sont susceptibles d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants.

. . .

(1.1) [Fonds de participation] Le ministre crée, pour l'application de la présente loi, un programme d'aide financière pour faciliter la participation du public aux études approfondies, aux médiations et aux examens par une commission constituée dans le cadre des paragraphes 33(1) ou 40(2).

Règlement sur la liste d'étude approfondie, DORS/94-638

Attendu que le gouverneur en conseil est convaincu que certains projets et certaines catégories de projets sont susceptibles d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants . . .

. . .

RÈGLEMENT DÉSIGNANT LES PROJETS ET LES
CATÉGORIES DE PROJETS POUR LESQUELS UNE
ÉTUDE ENVIRONNEMENTALE APPROFONDIE EST
OBLIGATOIRE

. . .

GENERAL

3. The projects and classes of projects that are set out in the schedule are prescribed projects and classes of projects for which a comprehensive study is required.

SCHEDULE
(Section 3)

COMPREHENSIVE STUDY LIST

. . .

PART V

MINERALS AND MINERAL PROCESSING

16. The proposed construction, decommissioning or abandonment of

(a) a metal mine, other than a gold mine, with an ore production capacity of 3 000 t/d or more;

. . .

(c) a gold mine, other than a placer mine, with an ore production capacity of 600 t/d or more;

Exclusion List Regulations, 2007, SOR/2007-108

Whereas the Governor in Council is satisfied that the environmental effects of certain projects in relation to physical works are insignificant;

Therefore, Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of the Environment, pursuant to subparagraph 59(c)(ii) of the *Canadian Environmental Assessment Act*, hereby makes the annexed *Exclusion List Regulations, 2007*.

. . .

GENERAL

2. The projects and classes of projects that are set out in Schedule 1 and to be carried out in places other than a national park, park reserve, national historic site or historic canal are exempted from the requirement to conduct an assessment under the Act.

. . .

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

3. Les projets et les catégories de projets figurant à l'annexe sont ceux pour lesquels une étude approfondie est obligatoire.

ANNEXE
(article 3)

LISTE D'ÉTUDE APPROFONDIE

. . .

PARTIE V

MINÉRAIS ET TRAITEMENT DES MINÉRAIS

16. Projet de construction, de désaffectation ou de fermeture :

a) d'une mine métallifère, autre qu'une mine d'or, d'une capacité de production de minerai de 3 000 t/d ou plus;

. . .

c) d'une mine d'or, autre qu'un placer, d'une capacité de production de minerai de 600 t/d ou plus;

Règlement de 2007 sur la liste d'exclusion, DORS/2007-108

Attendu que la gouverneure en conseil est convaincue que les effets environnementaux de certains projets liés à un ouvrage ne sont pas importants,

À ces causes, sur recommandation du ministre de l'Environnement et en vertu du sous-alinéa 59c)(ii) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, Son Excellence la Gouverneure générale en conseil prend le *Règlement de 2007 sur la liste d'exclusion*, ci-après.

. . .

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

2. Les projets et les catégories de projets figurant à l'annexe 1 qui sont réalisés dans un lieu autre qu'un parc national, une réserve, un lieu historique national ou un canal historique sont soustraits à l'évaluation exigée par la Loi.

. . .

SCHEDULE 1
(Section 2)

EXCLUSION LIST FOR PLACES OTHER THAN
NATIONAL PARKS, PARK RESERVES, NATIONAL
HISTORIC SITES OR HISTORIC CANALS

PART 1

GENERAL PROJECTS

1. The proposed maintenance or repair of a physical work.

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7

18.1 . . .

(3) [Powers of Federal Court] On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21

15. (1) [Application of definitions and interpretation rules] Definitions or rules of interpretation in an enactment apply to all the provisions of the enactment, including the provisions that contain those definitions or rules of interpretation.

(2) [Interpretation sections subject to exceptions] Where an enactment contains an interpretation section or provision, it shall be read and construed

(a) as being applicable only if a contrary intention does not appear; and

(b) as being applicable to all other enactments relating to the same subject-matter unless a contrary intention appears.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Ecojustice Canada, Vancouver.

ANNEXE 1
(article 2)

LISTE D'EXCLUSION POUR LES LIEUX AUTRES
QUE LES PARCS NATIONAUX, LES RÉSERVES, LES
LIEUX HISTORIQUES NATIONAUX ET LES CANAUX
HISTORIQUES

PARTIE 1

PROJETS DE NATURE GÉNÉRALE

1. Projet d'entretien ou de réparation d'un ouvrage.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7

18.1 . . .

(3) [Pouvoirs de la Cour fédérale] Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21

15. (1) [Application] Les définitions ou les règles d'interprétation d'un texte s'appliquent tant aux dispositions où elles figurent qu'au reste du texte.

(2) [Restriction] Les dispositions définitives ou interprétatives d'un texte :

a) n'ont d'application qu'à défaut d'indication contraire;

b) s'appliquent, sauf indication contraire, aux autres textes portant sur un domaine identique.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Ecojustice Canada, Vancouver.

Solicitor for the respondents the Minister of Fisheries and Oceans, the Minister of Natural Resources and the Attorney General of Canada: Department of Justice Canada, Edmonton.

Solicitors for the respondents the Red Chris Development Company Ltd. and the BCMetals Corporation: Lawson Lundell, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Mining Association of British Columbia and the Association for Mineral Exploration British Columbia: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Canadian Environmental Law Association, the West Coast Environmental Law Association, the Sierra Club of Canada, the Quebec Environmental Law Centre, Friends of the Earth Canada and the Interamerican Association for Environmental Defense: Canadian Environmental Law Association, Toronto.

Procureur des intimés le ministre des Pêches et des Océans, le ministre des Ressources naturelles et le procureur général du Canada : Ministère de la Justice Canada, Edmonton.

Procureurs des intimées Red Chris Development Company Ltd. et BCMetals Corporation : Lawson Lundell, Vancouver.

Procureurs des intervenantes Mining Association of British Columbia et Association for Mineral Exploration British Columbia : Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne du droit de l'environnement, West Coast Environmental Law Association, le Sierra Club du Canada, le Centre québécois du droit de l'environnement, Les Amis de la Terre Canada et Interamerican Association for Environmental Defense : Canadian Environmental Law Association, Toronto.

Prime Minister of Canada, Minister of Foreign Affairs, Director of the Canadian Security Intelligence Service and Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police *Appellants*

v.

Omar Ahmed Khadr *Respondent*

and

Amnesty International (Canadian Section, English Branch), Human Rights Watch, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program, David Asper Centre for Constitutional Rights, Canadian Coalition for the Rights of Children, Justice for Children and Youth, British Columbia Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Bar Association, Lawyers Without Borders Canada, Barreau du Québec, Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval, Canadian Civil Liberties Association and National Council for the Protection of Canadians Abroad *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (PRIME MINISTER) v. KHADR

2010 SCC 3

File No.: 33289.

2009: November 13; 2010: January 29.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Canadian citizen detained by U.S. authorities at Guantanamo Bay — Canadian officials interviewing

Premier ministre du Canada, ministre des Affaires étrangères, directeur du Service canadien du renseignement de sécurité et commissaire de la Gendarmerie royale du Canada *Appellants*

c.

Omar Ahmed Khadr *Intimé*

et

Amnesty International (Canadian Section, English Branch), Human Rights Watch, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program, David Asper Centre for Constitutional Rights, Coalition canadienne pour les droits des enfants, Justice for Children and Youth, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association du Barreau canadien, Avocats sans frontières Canada, Barreau du Québec, Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval, Association canadienne des libertés civiles et National Council for the Protection of Canadians Abroad *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CANADA (PREMIER MINISTRE) c. KHADR

2010 CSC 3

N° du greffe : 33289.

2009 : 13 novembre; 2010 : 29 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Citoyen canadien détenu par les autorités américaines à Guantanamo — Interrogatoire d'un détenu

detainee knowing that he had been subjected to sleep deprivation and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Whether process in place at Guantanamo Bay at that time violated Canada's international human rights obligations — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to conduct of Canadian state officials alleged to have breached detainee's constitutional rights.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Canadian citizen detained by U.S. authorities at Guantanamo Bay — Canadian officials interviewing detainee knowing that he had been subjected to sleep deprivation and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Whether conduct of Canadian officials deprived detainee of his right to liberty and security of person — If so, whether deprivation of detainee's right is in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Request for repatriation — Canadian citizen detained by U.S. authorities at Guantanamo Bay — Canadian officials interviewing detainee knowing that he had been subjected to sleep deprivation and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Violation of detainee's right to liberty and security of person guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms — Detainee seeking order that Canada request his repatriation from Guantanamo Bay — Whether remedy sought is just and appropriate in circumstances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

Courts — Jurisdiction — Crown prerogative over foreign relations — Courts' power to review and intervene on matters of foreign affairs to ensure constitutionality of executive action.

K, a Canadian, has been detained by the U.S. military at Guantanamo Bay, Cuba, since 2002, when he was a minor. In 2004, he was charged with war crimes, but the U.S. trial is still pending. In 2003, agents from two Canadian intelligence services, CSIS and DFAIT, questioned K on matters connected to the charges pending against him, and shared the product of these interviews with U.S. authorities. In 2004, a DFAIT official interviewed K again, with knowledge that he had been subjected by U.S. authorities to a sleep deprivation

par des responsables canadiens qui savaient qu'il avait été privé de sommeil et communication du contenu des interrogatoires aux autorités américaines — Le processus en place à Guantanamo à l'époque violait-il les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne? — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à la conduite de responsables canadiens qui auraient violé les droits constitutionnels du détenu?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Citoyen canadien détenu par les autorités américaines à Guantanamo — Interrogatoire d'un détenu par des responsables canadiens qui savaient qu'il avait été privé de sommeil et communication du contenu des interrogatoires aux autorités américaines — La conduite des responsables canadiens a-t-elle porté atteinte aux droits du détenu à la liberté et à la sécurité de sa personne? — Si oui, l'atteinte était-elle compatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Demande de rapatriement — Citoyen canadien détenu par les autorités américaines à Guantanamo — Interrogatoire d'un détenu par des responsables canadiens qui savaient qu'il avait été privé de sommeil et communication du contenu des interrogatoires aux autorités américaines — Violation des droits du détenu à la liberté et à la sécurité de sa personne garantis par la Charte canadienne des droits et libertés — Sollicitation par le détenu d'une ordonnance intimant au Canada de demander son rapatriement — La réparation demandée est-elle juste et convenable eu égard aux circonstances? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

Tribunaux — Compétence — Prérogative royale en matière de relations internationales — Pouvoir des tribunaux d'examiner les questions relatives aux affaires étrangères et d'intervenir à leur égard pour s'assurer de la constitutionnalité de l'action de l'exécutif.

K, un Canadien, est détenu à Guantanamo par les autorités militaires américaines depuis 2002. Il était alors mineur. En 2004, il a été accusé de crimes de guerre, mais le procès qu'il doit subir aux États-Unis est toujours pendant. En 2003, des agents des services de renseignements du SCRS et du MAECI ont interrogé K sur des sujets liés aux accusations portées contre lui et ont relayé l'information recueillie aux autorités américaines. En 2004, un responsable du MAECI a interrogé K une nouvelle fois, en sachant que les autorités

technique, known as the “frequent flyer program”, to make him less resistant to interrogation. In 2008, in *Canada (Justice) v. Khadr* (“*Khadr 2008*”), this Court held that the regime in place at Guantanamo Bay constituted a clear violation of Canada’s international human rights obligations, and, under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ordered the Canadian government to disclose to K the transcripts of the interviews he had given to CSIS and DFAIT, which it did. After repeated requests by K that the Canadian government seek his repatriation, the Prime Minister announced his decision not to do so. K then applied to the Federal Court for judicial review, alleging that the decision violated his rights under s. 7 of the *Charter*. The Federal Court held that under the special circumstances of this case, Canada had a duty to protect K under s. 7 of the *Charter* and ordered the government to request his repatriation. The Federal Court of Appeal upheld the order, but stated that the s. 7 breach arose from the interrogation conducted in 2004 with the knowledge that K had been subjected to the “frequent flyer program”.

Held: The appeal should be allowed in part.

Canada actively participated in a process contrary to its international human rights obligations and contributed to K’s ongoing detention so as to deprive him of his right to liberty and security of the person, guaranteed by s. 7 of the *Charter*, not in accordance with the principles of fundamental justice. Though the process to which K is subject has changed, his claim is based upon the same underlying series of events considered in *Khadr 2008*. As held in that case, the *Charter* applies to the participation of Canadian officials in a regime later found to be in violation of fundamental rights protected by international law. There is a sufficient connection between the government’s participation in the illegal process and the deprivation of K’s liberty and security of the person. While the U.S. is the primary source of the deprivation, it is reasonable to infer from the uncontradicted evidence before the Court that the statements taken by Canadian officials are contributing to K’s continued detention. The deprivation of K’s right to liberty and security of the person is not in accordance with the principles of fundamental justice. The interrogation of a youth detained without access to counsel, to elicit statements about serious criminal charges while knowing that the youth had been subjected to sleep deprivation and while knowing that the

américaines l’avaient soumis à une technique de privation de sommeil connue sous le nom de « programme grand voyageur », dans le but d’amoinrir sa résistance lors des interrogatoires. En 2008, dans *Canada (Justice) c. Khadr* (« *Khadr 2008* »), la Cour a conclu que le régime en place à Guantanamo constituait une violation manifeste des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne et, se fondant sur l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, a ordonné au gouvernement canadien de communiquer à K les transcriptions des interrogatoires auxquels il avait été soumis par des agents du SCRS et du MAECI, ce qui fut fait. Après que K eut demandé à plusieurs reprises que le gouvernement canadien sollicite son rapatriement, le premier ministre a annoncé sa décision de ne pas le faire. K a alors présenté, à la Cour fédérale, une demande de contrôle judiciaire faisant valoir que la décision violait les droits qui lui sont garantis par l’art. 7 de la *Charte*. La Cour fédérale a conclu que, dans les circonstances particulières de l’espèce, le Canada avait l’obligation de protéger K en application de l’art. 7 de la *Charte* et a ordonné au gouvernement de demander son rapatriement. La Cour d’appel fédérale a confirmé l’ordonnance, mais a affirmé que l’atteinte à l’art. 7 découlait de l’interrogatoire mené en 2004 auquel on avait procédé en sachant que K avait été soumis au « programme grand voyageur ».

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

Le Canada a activement participé à un processus contraire aux obligations internationales qui lui incombent en matière de droits de la personne et a contribué à la détention continue de K, de telle sorte qu’il a porté atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantit l’art. 7 de la *Charte*, et ce, de manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. S’il est vrai que la procédure à laquelle est soumis K a changé, la demande qu’il formule repose sur la série de faits déjà examinée dans *Khadr 2008*. Comme la Cour l’a conclu dans cet arrêt, la *Charte* s’applique à la participation de responsables canadiens à un régime jugé ultérieurement en violation de droits fondamentaux protégés par le droit international. Il existe un lien suffisant entre la participation du gouvernement au processus illégal et l’atteinte à la liberté et à la sécurité de K. Même si les États-Unis sont la source première de l’atteinte, il est raisonnable de déduire de la preuve non contredite portée à notre connaissance que les déclarations recueillies par des responsables canadiens contribuent à la détention continue de K. L’atteinte aux droits de K à la liberté et à la sécurité de sa personne n’est pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Interroger un adolescent détenu sans qu’il ait pu consulter un avocat pour lui soutirer des déclarations

fruits of the interrogations would be shared with the prosecutors, offends the most basic Canadian standards about the treatment of detained youth suspects.

K is entitled to a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. The remedy sought by K — an order that Canada request his repatriation — is sufficiently connected to the *Charter* breach that occurred in 2003 and 2004 because of the continuing effect of this breach into the present and its possible effect on K's ultimate trial. While the government must have flexibility in deciding how its duties under the royal prerogative over foreign relations are discharged, the executive is not exempt from constitutional scrutiny. Courts have the jurisdiction and the duty to determine whether a prerogative power asserted by the Crown exists; if so, whether its exercise infringes the *Charter* or other constitutional norms; and, where necessary, to give specific direction to the executive branch of the government. Here, the trial judge misdirected himself in ordering the government to request K's repatriation, in view of the constitutional responsibility of the executive to make decisions on matters of foreign affairs and the inconclusive state of the record. The appropriate remedy in this case is to declare that K's *Charter* rights were violated, leaving it to the government to decide how best to respond in light of current information, its responsibility over foreign affairs, and the *Charter*.

Cases Cited

Applied: *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; **referred to:** *Khadr v. Canada*, 2005 FC 1076, [2006] 2 F.C.R. 505; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *Boumediene v. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *United States of America v. Jawad*, Military Commission, September 24, 2008, online: www.defense.gov/news/Ruling%20D-008.pdf; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Re*

relatives à des accusations criminelles sérieuses, tout en sachant qu'il a été privé de sommeil et que les fruits des interrogatoires seraient communiqués aux procureurs américains, contrevient aux normes canadiennes les plus élémentaires quant aux traitements à accorder aux suspects adolescents détenus.

K a droit à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. La réparation demandée par K — une ordonnance intimant au Canada de demander son rapatriement — est suffisamment liée à la violation de la *Charte* survenue en 2003 et 2004 parce que les incidences de cette violation persistent jusqu'à présent et pourraient influencer sur son procès lorsqu'il sera finalement tenu. Bien que le gouvernement doive disposer d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'il décide de quelle manière il doit s'acquitter des obligations relevant de sa prérogative en matière de relations étrangères, l'exécutif n'est pas à l'abri du contrôle constitutionnel. Les tribunaux ont compétence, et sont tenus d'exercer cette compétence, pour déterminer si la prérogative invoquée par la Couronne existe véritablement et, dans l'affirmative, pour décider si son exercice contrevient à la *Charte* ou à d'autres normes constitutionnelles. Lorsque cela s'avère nécessaire, les tribunaux ont aussi compétence pour donner à la branche exécutive du gouvernement des directives spécifiques. En l'espèce, le juge de première instance s'est fondé sur des considérations erronées en ordonnant au gouvernement de demander le rapatriement de K, compte tenu de la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif de prendre les décisions concernant les affaires étrangères et du dossier qui n'est pas suffisamment probant. La réparation appropriée, en l'espèce, consiste à déclarer que les droits de K garantis par la *Charte* ont été violés, et à laisser au gouvernement le soin de décider de quelle manière il convient de répondre à la lumière de l'information dont il dispose actuellement, de sa responsabilité en matière d'affaires étrangères et de la *Charte*.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *Khadr c. Canada*, 2005 CF 1076, [2006] 2 R.C.F. 505; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Hamdan c. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *Boumediene c. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *United States of America c. Jawad*, commission militaire, 24 septembre 2008, en ligne: www.defense.gov/news/Ruling%20D-008.pdf; *R. c. Collins*, [1987]

B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269; *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 199 D.L.R. (4th) 228; *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Kaunda v. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 136 I.L.R. 452; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).
Department of Foreign Affairs and International Trade Act, R.S.C. 1985, c. E-22, s. 10.
Detainee Treatment Act of 2005, Pub. L. 109-148, 119 Stat. 2739.
Military Commissions Act of 2006, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600.

Authors Cited

Canada. Security Intelligence Review Committee. *CSIS's Role in the Matter of Omar Khadr*. Ottawa: The Committee, 2009.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Evans and Sharlow J.J.A.), 2009 FCA 246, 310 D.L.R. (4th) 462, 393 N.R. 1, [2009] F.C.J. No. 893 (QL), 2009 CarswellNat 2364, affirming a decision of O'Reilly J., 2009 FC 405, 341 F.T.R. 300, 188 C.R.R. (2d) 342, [2009] F.C.J. No. 462 (QL), 2009 CarswellNat 1206. Appeal allowed in part.

Robert J. Frater, Doreen C. Mueller and Jeffrey G. Johnston, for the appellants.

Nathan J. Whitling and Dennis Edney, for the respondent.

Sacha R. Paul, Vanessa Gruben and Michael Bossin, for the intervener Amnesty International (Canadian Section, English Branch).

1 R.C.S. 265; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269; *Black c. Canada (Prime Minister)* (2001), 199 D.L.R. (4th) 228; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Kaunda c. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 136 I.L.R. 452; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).
Detainee Treatment Act of 2005, Pub. L. 109-148, 119 Stat. 2739.
Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, L.R.C. 1985, ch. E-22, art. 10.
Military Commissions Act of 2006, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600.

Doctrine citée

Canada. Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr*. Ottawa : Le comité, 2009.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Evans et Sharlow), 2009 CAF 246, 310 D.L.R. (4th) 462, 393 N.R. 1, [2009] A.C.F. n° 893 (QL), 2009 CarswellNat 2699, qui a confirmé une décision du juge O'Reilly, 2009 CF 405, 341 F.T.R. 300, 188 C.R.R. (2d) 342, [2009] A.C.F. n° 462 (QL), 2009 CarswellNat 1472. Pourvoi accueilli en partie.

Robert J. Frater, Doreen C. Mueller et Jeffrey G. Johnston, pour les appelants.

Nathan J. Whitling et Dennis Edney, pour l'intimé.

Sacha R. Paul, Vanessa Gruben et Michael Bossin, pour l'intervenante Amnesty International (Canadian Section, English Branch).

John Norris, Brydie Bethell and Audrey Macklin, for the interveners Human Rights Watch, the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program and the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Emily Chan and Martha Mackinnon, for the interveners the Canadian Coalition for the Rights of Children and Justice for Children and Youth.

Sujit Choudhry and Joseph J. Arvay, Q.C., for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Brian H. Greenspan, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Lorne Waldman and Jacqueline Swaisland, for the intervener the Canadian Bar Association.

Simon V. Potter, Pascal Paradis, Sylvie Champagne and Fannie Lafontaine, for the interveners Lawyers Without Borders Canada, Barreau du Québec and Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval.

Marlys A. Edwardh, Adriel Weaver and Jessica Orkin, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Dean Peroff, Chris MacLeod and H. Scott Fairley, for the intervener the National Council for the Protection of Canadians Abroad.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

[1] Omar Khadr, a Canadian citizen, has been detained by the United States government at Guantanamo Bay, Cuba, for over seven years. The Prime Minister asks this Court to reverse the decision of the Federal Court of Appeal requiring the Canadian government to request the United States to return Mr. Khadr from Guantanamo Bay to Canada.

John Norris, Brydie Bethell et Audrey Macklin, pour les intervenants Human Rights Watch, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program et David Asper Centre for Constitutional Rights.

Emily Chan et Martha Mackinnon, pour les intervenants la Coalition canadienne pour les droits des enfants et Justice for Children and Youth.

Sujit Choudhry et Joseph J. Arvay, c.r., pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Brian H. Greenspan, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Lorne Waldman et Jacqueline Swaisland, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Simon V. Potter, Pascal Paradis, Sylvie Champagne et Fannie Lafontaine, pour les intervenants Avocats sans frontières Canada, le Barreau du Québec et le Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval.

Marlys A. Edwardh, Adriel Weaver et Jessica Orkin, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Dean Peroff, Chris MacLeod et H. Scott Fairley, pour l'intervenant National Council for the Protection of Canadians Abroad.

Version française du jugement rendu par

LA COUR —

I. Introduction

[1] Omar Khadr, un citoyen canadien, est détenu à Guantanamo (Cuba) par le gouvernement des États-Unis depuis plus de sept ans. Le premier ministre voudrait que la Cour infirme la décision par laquelle la Cour d'appel fédérale a ordonné au gouvernement canadien de demander aux États-Unis le rapatriement de M. Khadr au Canada.

[2] For the reasons that follow, we agree with the courts below that Mr. Khadr's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated. However, we conclude that the order made by the lower courts that the government request Mr. Khadr's return to Canada is not an appropriate remedy for that breach under s. 24(1) of the *Charter*. Consistent with the separation of powers and the well-grounded reluctance of courts to intervene in matters of foreign relations, the proper remedy is to grant Mr. Khadr a declaration that his *Charter* rights have been infringed, while leaving the government a measure of discretion in deciding how best to respond. We would therefore allow the appeal in part.

II. Background

[3] Mr. Khadr was 15 years old when he was taken prisoner on July 27, 2002, by U.S. forces in Afghanistan. He was alleged to have thrown a grenade that killed an American soldier in the battle in which he was captured. About three months later, he was transferred to the U.S. military installation at Guantanamo Bay. He was placed in adult detention facilities.

[4] On September 7, 2004, Mr. Khadr was brought before a Combatant Status Review Tribunal which affirmed a previous determination that he was an "enemy combatant". He was subsequently charged with war crimes and held for trial before a military commission. In light of a number of procedural delays and setbacks, that trial is still pending.

[5] In February and September 2003, agents from the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS") and the Foreign Intelligence Division of the Department of Foreign Affairs and International Trade ("DFAIT") questioned Mr. Khadr on matters connected to the charges pending against him

[2] Pour les motifs exposés ci-après, nous estimons, à l'instar des juridictions inférieures, que les droits garantis à M. Khadr par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés. Nous arrivons toutefois à la conclusion que l'ordre donné par les tribunaux d'instances inférieures au gouvernement de demander le renvoi de M. Khadr au Canada ne constitue pas la réparation convenable de cette violation visée au par. 24(1) de la *Charte*. Conformément à la séparation des pouvoirs et à la réticence légitime des tribunaux à intervenir dans les questions relatives aux affaires étrangères, la réparation appropriée consiste à prononcer, en faveur de M. Khadr, un jugement déclaratoire confirmant la violation des droits qui lui sont garantis par la *Charte*, tout en laissant au gouvernement une certaine latitude pour décider de la manière dont il convient de répondre. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi en partie.

II. Le contexte

[3] M. Khadr était âgé de 15 ans lorsqu'il a été fait prisonnier par les forces américaines en Afghanistan, le 27 juillet 2002. Il lui est reproché d'avoir lancé une grenade qui a tué un soldat américain, lors du combat au cours duquel il a été capturé. Trois mois plus tard environ, il a été transféré aux installations militaires américaines à Guantanamo et placé dans un centre de détention pour adultes.

[4] Le 7 septembre 2004, M. Khadr a été traduit devant un tribunal d'examen du statut de combattant (*Combatant Status Review Tribunal*) qui a confirmé une décision antérieure selon laquelle il était un [TRADUCTION] « combattant ennemi ». Par la suite, il a été accusé de crimes de guerre et détenu en vue de la tenue d'un procès devant une commission militaire. Par suite de nombreux reports et obstacles de nature procédurale, ce procès est toujours pendant.

[5] En février et en septembre 2003, des agents du Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS ») et des membres de la Direction du renseignement extérieur du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (« MAECI ») ont interrogé M. Khadr sur des sujets

and shared the product of these interviews with U.S. authorities. In March 2004, a DFAIT official interviewed Mr. Khadr again, with the knowledge that he had been subjected by U.S. authorities to a sleep deprivation technique, known as the “frequent flyer program”, in an effort to make him less resistant to interrogation. During this interview, Mr. Khadr refused to answer questions. In 2005, von Finckenstein J. of the Federal Court issued an interim injunction preventing CSIS and DFAIT agents from further interviewing Mr. Khadr in order “to prevent a potential grave injustice” from occurring: *Khadr v. Canada*, 2005 FC 1076, [2006] 2 F.C.R. 505, at para. 46. In 2008, this Court ordered the Canadian government to disclose to Mr. Khadr the transcripts of the interviews he had given to CSIS and DFAIT in Guantanamo Bay, under s. 7 of the *Charter: Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125 (“*Khadr 2008*”).

[6] Mr. Khadr has repeatedly requested that the Government of Canada ask the United States to return him to Canada: in March 2005 during a Canadian consular visit; on December 15, 2005, when a welfare report noted that “[Mr. Khadr] wants his government to bring him back home” (Report of Welfare Visit, Exhibit “L” to Affidavit of Sean Robertson, December 15, 2005 (J.R., vol. IV, at p. 534)); and in a formal written request through counsel on July 28, 2008.

[7] The Prime Minister announced his decision not to request Mr. Khadr’s repatriation on July 10, 2008, during a media interview. The Prime Minister provided the following response to a journalist’s question, posed in French, regarding whether the government would seek repatriation:

[TRANSLATION] The answer is no, as I said the former Government, and our Government with the notification of the Minister of Justice had considered all these

liés aux accusations portées contre lui et ont relayé l’information recueillie aux autorités américaines. En mars 2004, un responsable du MAECI a interrogé M. Khadr une nouvelle fois, en sachant que les autorités américaines l’avaient soumis à une technique de privation de sommeil, connue sous le nom de « programme grand voyageur » (*frequent flyer program*), dans le but d’amoinrir sa résistance lors des interrogatoires. Durant cet interrogatoire, M. Khadr a refusé de répondre aux questions. En 2005, le juge von Finckenstein, de la Cour fédérale, interdisait par une injonction provisoire aux agents du SCRS et aux fonctionnaires du MAECI d’interroger M. Khadr de nouveau, « pour empêcher une éventuelle injustice grave » : *Khadr c. Canada*, 2005 CF 1076, [2006] 2 R.C.F. 505, par. 46. En 2008, notre Cour, se fondant sur l’art. 7 de la *Charte*, ordonnait au gouvernement canadien de communiquer à M. Khadr les transcriptions des interrogatoires auxquels il avait été soumis par des agents du SCRS et du MAECI à Guantanamo : *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125 (« *Khadr 2008* »).

[6] M. Khadr a demandé à plusieurs reprises que le gouvernement du Canada sollicite auprès des États-Unis son rapatriement au Canada : en mars 2005, lors d’une visite de responsables consulaires canadiens; le 15 décembre 2005, lorsqu’il a été indiqué dans un rapport sur le bien-être de M. Khadr que [TRADUCTION] « [ce dernier] veut que son gouvernement le ramène au pays » (*Rapport quant à une visite relative au bien-être*, pièce « L », jointe à l’affidavit de Sean Robertson, 15 décembre 2005 (D.C., vol. IV, p. 534)); et dans une demande écrite officielle présentée par l’intermédiaire de son avocat le 28 juillet 2008.

[7] Le 10 juillet 2008, lors d’une conférence de presse, le premier ministre a annoncé sa décision de ne pas demander le rapatriement de M. Khadr. À une question que lui a posée une journaliste en français pour savoir si le gouvernement allait demander le rapatriement, il a répondu ceci :

La réponse c’est non. Comme je l’ai dit, l’ancien gouvernement et notre gouvernement, avec l’avis du ministère de la Justice, ont considéré toutes ces questions-là et la

issues and the situation remains the same. . . . We keep on looking for [assurances] of good treatment of Mr. Khadr.

(<http://watch.ctv.ca/news/clip65783#clip65783>, at 3'3", referred to in Affidavit of April Bedard, August 8, 2008 (J.R., vol. II, at pp. 131-32).)

[8] On August 8, 2008, Mr. Khadr applied to the Federal Court for judicial review of the government's "ongoing decision and policy" not to seek his repatriation (Notice of Application filed by the respondent, August 8, 2008 (J.R., vol. II, at p. 113)). He alleged that the decision and policy infringed his rights under s. 7 of the *Charter*, which 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.

[9] After reviewing the history of Mr. Khadr's detention and applicable principles of Canadian and international law, O'Reilly J. concluded that in these special circumstances, Canada has a "duty to protect" Mr. Khadr (2009 FC 405, 341 F.T.R. 300). He found that "[t]he ongoing refusal of Canada to request Mr. Khadr's repatriation to Canada offends a principle of fundamental justice and violates Mr. Khadr's rights under s. 7 of the *Charter*" (para. 92). Also, he held that "[t]o mitigate the effect of that violation, Canada must present a request to the United States for Mr. Khadr's repatriation to Canada as soon as practicable" (para. 92).

[10] The majority judgment of the Federal Court of Appeal (*per* Evans and Sharlow JJ.A.) upheld O'Reilly J.'s order, but defined the s. 7 breach more narrowly. The majority of the Court of Appeal found that it arose from the March 2004 interrogation conducted with the knowledge that Mr. Khadr had been subject to the "frequent flyer program", characterized by the majority as involving cruel and abusive treatment contrary to the principles of fundamental justice: 2009 FCA 246, 310 D.L.R. (4th) 462. Dissenting, Nadon J.A. reviewed the many

situation reste la même. [. . .] Nous continuons à chercher des assurances de bon traitement de M. Khadr.

(<http://watch.ctv.ca/news/clip65783#clip65783>, à 3 min. 3 sec., auquel renvoie l'affidavit d'April Bedard, 8 août 2008 (D.C., vol. II, p. 131-132).)

[8] Le 8 août 2008, M. Khadr a présenté, à la Cour fédérale, une demande de contrôle judiciaire à l'égard de [TRADUCTION] « la décision et [de] la politique inchangée » (Avis de demande de l'intimé, 8 août 2008 (D.C., vol. II, p. 113)) du gouvernement de ne pas demander son rapatriement. Cette décision et cette politique violaient, selon lui, les droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la *Charte*, dont voici le texte :

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.

[9] Après avoir passé en revue l'historique de la détention de M. Khadr et les principes applicables du droit canadien et du droit international, le juge O'Reilly a conclu que, dans les circonstances particulières de l'espèce, le Canada avait « l'obligation de protéger » M. Khadr (2009 CF 405, [2009] A.C.F. n° 462 (QL)). Il a jugé que « [l]e refus constant du Canada de solliciter le rapatriement de M. Khadr est contraire à un principe de justice fondamentale et porte atteinte aux droits que l'article 7 de la *Charte* lui garantit » (par. 92). En outre, il a conclu que « [p]our atténuer l'effet de cette atteinte, le Canada [devait] demander le plus tôt possible aux États-Unis de rapatrier M. Khadr » (par. 92).

[10] Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale (les juges Evans et Sharlow) ont confirmé l'ordonnance du juge O'Reilly, tout en définissant cependant de façon plus étroite l'atteinte à l'art. 7. Ils ont jugé que cette atteinte découlait de l'interrogatoire de mars 2004 auquel on avait procédé en sachant que M. Khadr avait été soumis au « programme grand voyageur » qui, selon les juges majoritaires, constituait un traitement cruel et abusif contraire aux principes de justice fondamentale : 2009 CAF 246, [2009] A.C.F. n° 893 (QL).

steps the government had taken on Mr. Khadr's behalf and held that since the Constitution conferred jurisdiction over foreign affairs on the executive branch of government, the remedy sought was beyond the power of the courts to grant.

III. The Issues

[11] Mr. Khadr argues that the government has breached his rights under s. 7 of the *Charter*, and that the appropriate remedy for this breach is an order that the government request the United States to return him to Canada.

[12] Mr. Khadr does not suggest that the government is obliged to request the repatriation of all Canadian citizens held abroad in suspect circumstances. Rather, his contention is that the conduct of the government of Canada in connection with his detention by the U.S. military in Guantanamo Bay, and in particular Canada's collaboration with the U.S. government in 2003 and 2004, violated his rights under the *Charter*, and requires as a remedy that the government now request his return to Canada. The issues that flow from this claim may be summarized as follows:

- A. Was There a Breach of Section 7 of the *Charter*?
1. Does the *Charter* apply to the conduct of Canadian state officials alleged to have infringed Mr. Khadr's s. 7 *Charter* rights?
 2. If so, does the conduct of the Canadian government deprive Mr. Khadr of the right to life, liberty or security of the person?
 3. If so, does the deprivation accord with the principles of fundamental justice?

Le juge Nadon, dissident, a rappelé les nombreuses mesures que le gouvernement avait prises en faveur de M. Khadr. Il est arrivé à la conclusion que puisque la Constitution conférait à la branche exécutive du gouvernement la compétence en matière d'affaires étrangères, la réparation souhaitée allait au-delà de ce que les tribunaux avaient le pouvoir d'octroyer.

III. Les questions en litige

[11] M. Khadr soutient que le gouvernement a violé les droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte* et que la réparation convenable consiste à ordonner au gouvernement de demander aux États-Unis son rapatriement au Canada.

[12] M. Khadr ne prétend pas que le gouvernement est tenu de demander le rapatriement de tous les citoyens canadiens détenus à l'étranger dans des circonstances suspectes. Il soutient plutôt que la conduite du gouvernement du Canada à l'égard de sa détention à Guantanamo par les autorités militaires américaines, et en particulier la collaboration du Canada avec le gouvernement américain en 2003 et 2004, a porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte*. Il exige en outre, à titre de réparation, que le gouvernement demande maintenant son rapatriement au Canada. Les questions soulevées par cette demande peuvent être résumées de la façon suivante :

- A. Y a-t-il eu violation de l'art. 7 de la *Charte*?
1. La *Charte* s'applique-t-elle à la conduite des responsables canadiens qui, selon M. Khadr, ont porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*?
 2. Si tel est le cas, la conduite du gouvernement canadien porte-t-elle atteinte aux droits de M. Khadr à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne?
 3. Si tel est le cas, cette atteinte est-elle compatible avec les principes de justice fondamentale?

B. Is the Remedy Sought Appropriate and Just in All the Circumstances?

[13] We will consider each of these issues in turn.

A. *Was There a Breach of Section 7 of the Charter?*

1. Does the Canadian Charter Apply to the Conduct of the Canadian State Officials Alleged to Have Infringed Mr. Khadr's Section 7 Charter Rights?

[14] As a general rule, Canadians abroad are bound by the law of the country in which they find themselves and cannot avail themselves of their rights under the *Charter*. International customary law and the principle of comity of nations generally prevent the *Charter* from applying to the actions of Canadian officials operating outside of Canada: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 48, *per* LeBel J., citing *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at para. 123. The jurisprudence leaves the door open to an exception in the case of Canadian participation in activities of a foreign state or its agents that are contrary to Canada's international obligations or fundamental human rights norms: *Hape*, at para. 52, *per* LeBel J.; *Khadr 2008*, at para. 18.

[15] The question before us, then, is whether the rule against the extraterritorial application of the *Charter* prevents the *Charter* from applying to the actions of Canadian officials at Guantanamo Bay.

[16] This question was addressed in *Khadr 2008*, in which this Court held that the *Charter* applied to the actions of Canadian officials operating at Guantanamo Bay who handed the fruits of their interviews over to U.S. authorities. This Court held, at para. 26, that "the principles of international law and comity that might otherwise preclude application of the *Charter* to Canadian officials acting abroad do not apply to the assistance they gave to U.S. authorities at Guantanamo Bay", given holdings of the Supreme Court of the United

B. La réparation demandée est-elle convenable et juste eu égard à toutes les circonstances?

[13] Nous étudierons chacune de ces questions successivement.

A. *Y a-t-il eu violation de l'art. 7 de la Charte?*

1. La Charte canadienne s'applique-t-elle à la conduite des responsables canadiens qui, selon M. Khadr, ont porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la Charte?

[14] De manière générale, les Canadiens qui sont à l'étranger sont assujettis au droit du pays où ils se trouvent et ne peuvent pas se prévaloir des droits que leur garantit la *Charte*. Le droit international coutumier et le principe de la courtoisie entre les nations s'opposent, en règle générale, à l'application de la *Charte* aux actions des responsables canadiens en mission à l'étranger : *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 48, le juge LeBel citant *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 123. La jurisprudence prévoit une exception dans le cas d'une participation canadienne à des activités d'un État étranger ou de ses représentants qui sont contraires aux obligations internationales du Canada ou aux normes relatives aux droits fondamentaux de la personne : *Hape*, par. 52, le juge LeBel; *Khadr 2008*, par. 18.

[15] La question dont nous sommes saisis est donc celle de savoir si la règle excluant l'application extraterritoriale de la *Charte* empêche son application aux actions de responsables canadiens à Guantanamo.

[16] Statuant sur cette question dans *Khadr 2008*, la Cour a conclu que la *Charte* s'appliquait aux actions des responsables canadiens en mission à Guantanamo qui avaient transmis aux autorités américaines le fruit de leurs interrogatoires avec M. Khadr. La Cour a conclu, au par. 26, que « les principes du droit international et de la courtoisie entre les nations qui, dans d'autres circonstances, pourraient soustraire à l'application de la *Charte* les actes des responsables canadiens en mission à l'étranger ne s'appliquent pas à l'assistance fournie en l'espèce

States that the military commission regime then in place constituted a clear violation of fundamental human rights protected by international law: see *Khadr 2008*, at para. 24; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), and *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). The principles of fundamental justice thus required the Canadian officials who had interrogated Mr. Khadr to disclose to him the contents of the statements he had given them. The Canadian government complied with this Court's order.

[17] We note that the regime under which Mr. Khadr is currently detained has changed significantly in recent years. The U.S. Congress has legislated and the U.S. courts have acted with the aim of bringing the military processes at Guantanamo Bay in line with international law. (The *Detainee Treatment Act of 2005*, Pub. L. 109-148, 119 Stat. 2739, prohibited inhumane treatment of detainees and required interrogations to be performed according to the Army field manual. The *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600, attempted to legalize the Guantanamo regime after the U.S. Supreme Court's ruling in *Hamdan v. Rumsfeld*. However, on June 12, 2008, in *Boumediene v. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008), the U.S. Supreme Court held that Guantanamo Bay detainees have a constitutional right to *habeas corpus*, and struck down the provisions of the *Military Commissions Act of 2006* that suspended that right.)

[18] Though the process to which Mr. Khadr is subject has changed, his claim is based upon the same underlying series of events at Guantanamo Bay (the interviews and evidence-sharing of 2003 and 2004) that we considered in *Khadr 2008*. We are satisfied that the rationale in *Khadr 2008* for applying the *Charter* to the actions of Canadian officials at Guantanamo Bay governs this case as well.

aux autorités américaines à Guantanamo », étant donné les arrêts de la Cour suprême des États-Unis selon lesquels le régime de commission militaire alors en vigueur constituait une atteinte manifeste aux droits fondamentaux de la personne reconnus en droit international : *Khadr 2008*, par. 24; voir *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), et *Hamdan c. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). Selon les principes de justice fondamentale, les responsables canadiens qui avaient interrogé M. Khadr étaient donc tenus de lui révéler la teneur des déclarations qu'il leur avait faites. Le gouvernement canadien s'est conformé à l'ordonnance de la Cour.

[17] Nous constatons que le régime dans le cadre duquel M. Khadr est actuellement détenu a été modifié de façon notable au cours des dernières années. Le Congrès américain a adopté des lois et les tribunaux ont rendu des décisions visant à harmoniser les procédures militaires de Guantanamo avec le droit international. (La *Detainee Treatment Act of 2005*, Pub. L. 109-148, 119 Stat. 2739, interdit de soumettre les détenus à des traitements inhumains et exige que les interrogatoires soient menés en conformité avec le manuel de service de l'armée. Avec la *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600, le législateur a tenté de légaliser le régime de Guantanamo après l'arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Hamdan c. Rumsfeld*. Or, le 12 juin 2008, cette même cour a déclaré — dans *Boumediene c. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008) — que les détenus de Guantanamo ont le droit constitutionnel de faire contrôler la légalité de leur détention par voie d'*habeas corpus*, et a annulé les dispositions de la *Military Commissions Act of 2006* qui avaient suspendu ce droit.)

[18] S'il est vrai que la procédure à laquelle est soumis M. Khadr a changé, la demande qu'il formule repose sur la série de faits survenus à Guantanamo — les interrogatoires et la communication d'éléments de preuve ayant eu lieu en 2003 et 2004 — que nous avons déjà examinée dans *Khadr 2008*. Nous sommes convaincus que les arguments sur lesquels nous nous sommes fondés dans cet arrêt pour conclure à l'application de la *Charte* aux actions de responsables canadiens à Guantanamo valent également pour la présente affaire.

2. Does the Conduct of the Canadian Government Deprive Mr. Khadr of the Right to Life, Liberty or Security of the Person?

[19] The United States is holding Mr. Khadr for the purpose of trying him on charges of war crimes. The United States is thus the primary source of the deprivation of Mr. Khadr's liberty and security of the person. However, the allegation on which his claim rests is that Canada has also contributed to his past and continuing deprivation of liberty. To satisfy the requirements of s. 7, as stated by this Court in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, there must be "a sufficient causal connection between [the Canadian] government's participation and the deprivation [of liberty and security of the person] ultimately effected" (para. 54).

[20] The record suggests that the interviews conducted by CSIS and DFAIT provided significant evidence in relation to these charges. During the February and September 2003 interrogations, CSIS officials repeatedly questioned Mr. Khadr about the central events at issue in his prosecution, extracting statements from him that could potentially prove inculpatory in the U.S. proceedings against him (CSIS Document, Exhibit "U" to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, November 7, 2003 (J.R., vol. II, at p. 280); Interview Summary, Exhibit "AA" to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, February 24, 2003 (J.R., vol. III, at p. 289); Interview Summary, Exhibit "BB" to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, February 17, 2003 (J.R., vol. III, at p. 292); Interview Summary, Exhibit "DD" to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, April 20, 2004 (J.R., vol. III, at p. 296)). A report of the Security Intelligence Review Committee titled *CSIS's Role in the Matter of Omar Khadr* (July 8, 2009), further indicated that CSIS assessed the interrogations of Mr. Khadr as being "highly successful, as evidenced by the quality intelligence information" elicited from Mr. Khadr (p. 13). These statements were shared with U.S. authorities and were summarized in U.S. investigative reports (Report of Investigative

2. La conduite du gouvernement canadien porte-t-elle atteinte aux droits de M. Khadr à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne?

[19] Les États-Unis détiennent M. Khadr en vue de lui faire subir un procès pour des accusations de crimes de guerre. Ils sont donc la source première de la privation de sa liberté et de la sécurité de sa personne. Toutefois, la demande de M. Khadr repose sur l'allégation selon laquelle le Canada a lui aussi contribué à l'atteinte passée et présente à sa liberté. Pour qu'il soit satisfait aux exigences de l'art. 7, il doit exister — comme l'a indiqué la Cour dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 — un « lien causal suffisant entre la participation de notre gouvernement et l'atteinte [à la liberté et à la sécurité de la personne] qui survient en bout de ligne » (par. 54).

[20] Le dossier indique que les interrogatoires menés par le SCRS et le MAECI ont fourni des éléments de preuve importants au sujet des accusations dont M. Khadr fait l'objet. Durant les interrogatoires menés en février et septembre 2003, des agents du SCRS ont interrogé M. Khadr à plusieurs reprises sur les faits essentiels en cause dans le cadre de la poursuite intentée contre lui. Ils lui ont en outre soutiré des déclarations potentiellement inculpatives dans le cadre des instances introduites contre lui aux États-Unis (Document du SCRS, pièce « U », jointe à l'affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 7 novembre 2003 (D.C., vol. II, p. 280); Résumé de l'interrogatoire, pièce « AA », jointe à l'affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 24 février 2003 (D.C., vol. III, p. 289); Résumé de l'interrogatoire, pièce « BB », jointe à l'affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 17 février 2003 (D.C., vol. III, p. 292); Résumé de l'interrogatoire, pièce « DD », jointe à l'affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 20 avril 2004 (D.C., vol. III, p. 296)). Dans un rapport du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité intitulé *Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr* (8 juillet 2009), il est mentionné en outre que, selon le SCRS, les interrogatoires de M. Khadr ont été « très fructueux[x], comme le montrent les

Activity, Exhibit “AA” to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, February 24, 2003 (J.R., vol. III, at pp. 289 ff.)). Pursuant to the relaxed rules of evidence under the U.S. *Military Commissions Act of 2006*, Mr. Khadr’s statements to Canadian officials are potentially admissible against him in the U.S. proceedings, notwithstanding the oppressive circumstances under which they were obtained: see *United States of America v. Jawad*, Military Commission, September 24, 2008, D-008 Ruling on Defense Motion to Dismiss — Torture of the Detainee (online: <http://www.defense.gov/news/Ruling%20D-008.pdf>). The above interrogations also provided the context for the March 2004 interrogation, when a DFAIT official, knowing that Mr. Khadr had been subjected to the “frequent flyer program” to make him less resistant to interrogations, nevertheless proceeded with the interrogation of Mr. Khadr (Interview Summary, Exhibit “DD” to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, April 20, 2004 (J.R., vol. III, at p. 296)).

[21] An applicant for a *Charter* remedy must prove a *Charter* violation on a balance of probabilities (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 277). It is reasonable to infer from the uncontradicted evidence before us that the statements taken by Canadian officials are contributing to the continued detention of Mr. Khadr, thereby impacting his liberty and security interests. In the absence of any evidence to the contrary (or disclaimer rebutting this inference), we conclude on the record before us that Canada’s active participation in what was at the time an illegal regime has contributed and continues to contribute to Mr. Khadr’s current detention, which is the subject of his current claim. The causal connection demanded by *Suresh* between Canadian conduct and the deprivation of liberty and security of person is established.

renseignements secrets de qualité » qu’il a fournis (p. 14). Ces déclarations ont été communiquées aux autorités américaines et ont été résumées dans des rapports d’enquête américains (Rapport d’enquête, pièce « AA », jointe à l’affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 24 février 2003 (D.C., vol. III, p. 289 ff.)). Suivant les règles de preuve assouplies établies par la *Military Commissions Act of 2006* des États-Unis, les déclarations faites par M. Khadr aux responsables canadiens pourraient être admissibles dans le cadre des procédures intentées contre lui, en dépit des circonstances abusives dans lesquelles elles ont été obtenues : voir *United States of America c. Jawad*, commission militaire, 24 septembre 2008, Décision D-008 sur la requête en rejet présentée par la défense — Torture du détenu (en ligne : <http://www.defense.gov/news/Ruling%20D-008.pdf>). Les interrogatoires dont il a été question précédemment ont également préparé l’interrogatoire du mois de mars 2004 lors duquel un représentant du MAECI, sachant que M. Khadr avait été soumis au « programme grand voyageur » pour amoindrir sa résistance lors des interrogatoires, l’a néanmoins interrogé (Résumé de l’interrogatoire, pièce « DD », jointe à l’affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 20 avril 2004 (D.C., vol. III, p. 296)).

[21] Celui qui sollicite une réparation fondée sur la *Charte* doit prouver la violation de celle-ci selon la prépondérance des probabilités (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 277). Il est raisonnable de déduire de la preuve non contredite portée à notre connaissance que les déclarations recueillies par des responsables canadiens contribuent à la détention continue de M. Khadr, et ont ainsi une incidence sur ses droits à la liberté et à la sécurité. En l’absence d’éléments de preuve contraires (ou de dénégation réfutant cette inférence), nous concluons sur la foi du dossier dont nous sommes saisis que la participation active du Canada à un régime, illégal à l’époque, a contribué et continue de contribuer à la détention actuelle de M. Khadr, laquelle est l’objet de la demande sur laquelle nous sommes appelés à statuer. Le lien causal exigé par *Suresh* entre la conduite du Canada et la privation de la liberté et de la sécurité de la personne est établi.

3. Does the Deprivation Accord With the Principles of Fundamental Justice?

[22] We have concluded that the conduct of the Canadian government is sufficiently connected to the denial of Mr. Khadr's liberty and security of the person. This alone, however, does not establish a breach of Mr. Khadr's s. 7 rights under the *Charter*. To establish a breach, Mr. Khadr must show that this deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[23] The principles of fundamental justice "are to be found in the basic tenets of our legal system": *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. They are informed by Canadian experience and jurisprudence, and take into account Canada's obligations and values, as expressed in the various sources of international human rights law by which Canada is bound. In *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, at para. 46, the Court (Abella J. for the majority) restated the criteria for identifying a new principle of fundamental justice in the following manner:

- (1) It must be a legal principle.
- (2) There must be a consensus that the rule or principle is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate.
- (3) It must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person.

[24] We conclude that Canadian conduct in connection with Mr. Khadr's case did not conform to the principles of fundamental justice. That conduct may be briefly reviewed. The statements taken by CSIS and DFAIT were obtained through participation in a regime which was known at the time to have refused detainees the right to challenge the legality of detention by way of *habeas corpus*. It was also known that Mr. Khadr was 16 years old at the time

3. L'atteinte est-elle compatible avec les principes de justice fondamentale?

[22] Nous avons conclu à l'existence d'un lien suffisant entre la conduite du gouvernement canadien et la privation de la liberté et de la sécurité de sa personne subie par M. Khadr. Cela ne suffit cependant pas à établir une atteinte aux droits de ce dernier garantis par l'art. 7 de la *Charte*. En effet, pour prouver l'existence d'une atteinte, M. Khadr doit démontrer que la privation en question n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale.

[23] Les principes de justice fondamentale « se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique » : *Renvoi : Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503. Tirés de l'expérience et de la jurisprudence canadiennes, ils prennent en compte les obligations et les valeurs du Canada exprimées dans les diverses sources du droit international en matière de droits de la personne auxquelles le Canada est tenu de se conformer. Dans *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 46, la Cour a réitéré, dans les termes suivants (sous la plume de la juge Abella qui a rédigé les motifs des juges majoritaires), les critères selon lesquels on peut confirmer l'existence d'un nouveau principe de justice fondamentale :

- (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) Ce principe 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.

[24] Nous concluons que la conduite du Canada relative à la poursuite engagée contre M. Khadr a porté atteinte aux principes de justice fondamentale. Réexaminons brièvement cette conduite. Les déclarations recueillies par le SCRS et le MAECI ont été obtenues au moyen de la participation à un régime dont on savait à l'époque qu'il avait nié à des détenus le droit de contester la légalité de leur détention par voie d'*habeas corpus*. On savait

and that he had not had access to counsel or to any adult who had his best interests in mind. As held by this Court in *Khadr 2008*, Canada's participation in the illegal process in place at Guantanamo Bay clearly violated Canada's binding international obligations (*Khadr 2008*, at paras. 23-25; *Hamdan v. Rumsfeld*). In conducting their interviews, CSIS officials had control over the questions asked and the subject matter of the interviews (Transcript of cross-examination on Affidavit of Mr. Hooper, Exhibit "GG" to Affidavit of Lt. Cdr. William Kuebler, March 2, 2005 (J.R., vol. III, p. 313, at p. 22)). Canadian officials also knew that the U.S. authorities would have full access to the contents of the interrogations (as Canadian officials sought no restrictions on their use) by virtue of their audio and video recording (*CSIS's Role in the Matter of Omar Khadr*, at pp. 11-12). The purpose of the interviews was for intelligence gathering and not criminal investigation. While in some contexts there may be an important distinction between those interviews conducted for the purpose of intelligence gathering and those conducted in criminal investigations, here, the distinction loses its significance. Canadian officials questioned Mr. Khadr on matters that may have provided important evidence relating to his criminal proceedings, in circumstances where they knew that Mr. Khadr was being indefinitely detained, was a young person and was alone during the interrogations. Further, the March 2004 interview, where Mr. Khadr refused to answer questions, was conducted knowing that Mr. Khadr had been subjected to three weeks of scheduled sleep deprivation, a measure described by the U.S. Military Commission in *Jawad* as designed to "make [detainees] more compliant and break down their resistance to interrogation" (para. 4).

[25] This conduct establishes Canadian participation in state conduct that violates the principles of fundamental justice. Interrogation of a youth,

également que M. Khadr était alors âgé de 16 ans et qu'il n'avait pas pu consulter un avocat ou tout autre adulte qui aurait eu son intérêt à cœur. Comme l'a déclaré la Cour dans *Khadr 2008*, la participation du Canada à la procédure illégale engagée à Guantanamo contrevenait manifestement aux obligations internationales du Canada (*Khadr 2008*, par. 23-25; *Hamdan c. Rumsfeld*). En menant leurs interrogatoires, les agents du SCRS étaient ceux qui décidaient des questions posées et du sujet traité (Transcription du contre-interrogatoire relatif à l'affidavit de M. Hooper, pièce « GG », jointe à l'affidavit du Lt. Comm. William Kuebler, 2 mars 2005 (D.C., vol. III, p. 313, p. 22)). Les responsables canadiens savaient aussi que les autorités américaines auraient un accès illimité à la teneur des interrogatoires grâce aux enregistrements audio et vidéo qui en étaient faits, puisque les responsables canadiens n'ont pas cherché à en restreindre l'usage (*Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr*, p. 12-13). Les interrogatoires visaient à recueillir des renseignements secrets et non pas à faire progresser une enquête criminelle. Même si, dans certains contextes, il peut exister d'importantes différences entre les interrogatoires menés en vue de colliger des renseignements secrets et ceux menés dans le cadre d'enquêtes criminelles, en l'espèce, ces différences perdent leur importance. Les responsables canadiens ont interrogé M. Khadr sur des sujets qui pourraient avoir permis de recueillir des éléments de preuve importants pour les procédures criminelles intentées contre lui, dans des circonstances où ces responsables savaient que M. Khadr était détenu pour une période indéterminée, qu'il était un adolescent et qu'il était seul durant les interrogatoires. En outre, l'interrogatoire mené en mars 2004 — au cours duquel M. Khadr a refusé de répondre aux questions — s'est déroulé alors qu'on savait que celui-ci avait été soumis à trois semaines de privation planifiée de sommeil, une mesure décrite par la commission militaire américaine dans *Jawad* comme visant à [TRADUCTION] « rendre [les détenus] plus dociles et à venir à bout de leur résistance à l'interrogatoire » (par. 4).

[25] Ces faits établissent la participation du Canada à une conduite étatique violant les principes de justice fondamentale. Le fait d'avoir interrogé un

to elicit statements about the most serious criminal charges while detained in these conditions and without access to counsel, and while knowing that the fruits of the interrogations would be shared with the U.S. prosecutors, offends the most basic Canadian standards about the treatment of detained youth suspects.

[26] We conclude that Mr. Khadr has established that Canada violated his rights under s. 7 of the *Charter*.

B. Is the Remedy Sought Appropriate and Just in All the Circumstances?

[27] In previous proceedings (*Khadr 2008*), Mr. Khadr obtained the remedy of disclosure of the material gathered by Canadian officials against him through the interviews at Guantanamo Bay. The issue on this appeal is whether the breach of s. 7 of the *Charter* entitles Mr. Khadr to the remedy of an order that Canada request of the United States that he be returned to Canada. Two questions arise at this stage: (1) Is the remedy sought sufficiently connected to the breach? and (2) Is the remedy sought precluded by the fact that it touches on the Crown prerogative power over foreign affairs?

[28] The judge at first instance held that the remedy sought was open to him. The Federal Court of Appeal held that he did not abuse his remedial discretion. On the basis of our answer to the second of the foregoing questions, we conclude that the trial judge, on the record before us, erred in the exercise of his discretion in granting the remedy sought.

[29] First, is the remedy sought sufficiently connected to the breach? We have concluded that the Canadian government breached Mr. Khadr's s. 7 rights in 2003 and 2004 through its participation

adolescent, pour lui soutirer des déclarations relatives aux accusations criminelles les plus sérieuses qui soient, alors qu'il était détenu dans ces conditions et qu'il ne pouvait pas consulter un avocat et même si l'on savait que les fruits des interrogatoires seraient communiqués aux procureurs américains, contrevient aux normes canadiennes les plus élémentaires quant aux traitements à accorder aux suspects adolescents détenus.

[26] Nous concluons que M. Khadr a établi que le Canada a enfreint les droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la *Charte*.

B. La réparation demandée est-elle convenable et juste eu égard à toutes les circonstances?

[27] Dans une instance antérieure (*Khadr 2008*), M. Khadr a obtenu, à titre de réparation, la communication de l'information recueillie contre lui par des responsables canadiens à la faveur d'interrogatoires ayant eu lieu à Guantanamo. Dans le présent pourvoi, il s'agit de savoir si la violation de l'art. 7 de la *Charte* permet à M. Khadr d'obtenir la réparation consistant en une ordonnance intimant au Canada de demander aux États-Unis son renvoi au Canada. Deux questions se posent à ce stade : (1) Existe-t-il un lien causal suffisant entre la violation et la réparation demandée? (2) Le fait que la réparation sollicitée touche la prérogative royale en matière d'affaires étrangères fait-il obstacle à cette réparation?

[28] Le juge de première instance a conclu qu'il pouvait accorder la réparation demandée. La Cour d'appel fédérale a estimé qu'il n'avait pas abusé de son pouvoir discrétionnaire en matière de réparation. Étant donné notre réponse à la seconde des questions énoncées précédemment, nous arrivons à la conclusion que, sur la foi du dossier dont nous sommes saisis, le juge de première instance a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en accordant la réparation demandée.

[29] Premièrement, la réparation demandée a-t-elle un lien suffisant avec la violation? Nous avons conclu que le gouvernement canadien a violé les droits garantis à M. Khadr par l'art. 7, en raison

in the then-illegal military regime at Guantanamo Bay. The question at this point is whether the remedy now being sought — an order that the Canadian government ask the United States to return Mr. Khadr to Canada — is appropriate and just in the circumstances.

[30] An appropriate and just remedy is “one that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimants”: *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 55. The first hurdle facing Mr. Khadr, therefore, is to establish a sufficient connection between the breaches of s. 7 that occurred in 2003 and 2004 and the order sought in these judicial review proceedings. In our view, the sufficiency of this connection is established by the continuing effect of these breaches into the present. Mr. Khadr’s *Charter* rights were breached when Canadian officials contributed to his detention by virtue of their interrogations at Guantanamo Bay knowing Mr. Khadr was a youth, did not have access to legal counsel or *habeas corpus* at that time and, at the time of the interview in March 2004, had been subjected to improper treatment by the U.S. authorities. As the information obtained by Canadian officials during the course of their interrogations may be used in the U.S. proceedings against Mr. Khadr, the effect of the breaches cannot be said to have been spent. It continues to this day. As discussed earlier, the material that Canadian officials gathered and turned over to the U.S. military authorities may form part of the case upon which he is currently being held. The evidence before us suggests that the material produced was relevant and useful. There has been no suggestion that it does not form part of the case against Mr. Khadr or that it will not be put forward at his ultimate trial. We therefore find that the breach of Mr. Khadr’s s. 7 *Charter* rights remains ongoing and that the remedy sought could potentially vindicate those rights.

de sa participation, en 2003 et 2004, au régime militaire de Guantanamo, alors illégal. La question qui se pose à cette étape de l’analyse est celle de savoir si la réparation maintenant demandée — soit une ordonnance intimant au gouvernement canadien de demander aux États-Unis le renvoi de M. Khadr au Canada — est convenable et juste eu égard aux circonstances.

[30] Une réparation convenable et juste est « celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur » : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 55. Ainsi, M. Khadr doit tout d’abord réussir à établir l’existence d’un lien suffisant entre les violations de l’art. 7 survenues en 2003 et 2004 et l’ordonnance sollicitée dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire qu’il a formulée. Selon nous, l’existence d’un lien suffisant est établie par le fait que les incidences de ces violations persistent jusqu’à présent. Les droits de M. Khadr garantis par la *Charte* ont été violés lorsque des responsables canadiens ont contribué à sa détention par les interrogatoires qu’ils ont menés à Guantanamo, tout en sachant qu’il était un adolescent, qu’il n’avait alors pas accès à un avocat ou à un recours en *habeas corpus* et qu’au moment où s’est déroulé l’interrogatoire du mois de mars 2004, il avait été soumis à des traitements inappropriés par les autorités américaines. Comme l’information recueillie par les responsables canadiens lors de leurs interrogatoires pourrait être utilisée dans le cadre des procédures américaines engagées contre M. Khadr, on ne peut pas dire que les effets des violations ont cessé. Ils se poursuivent à ce jour. Comme nous l’avons indiqué, il est possible que l’information obtenue par les responsables canadiens et transmise aux autorités militaires américaines fasse partie du dossier en vertu duquel il est actuellement détenu. La preuve dont nous disposons donne à penser que l’information en question était pertinente et utile. Les parties n’ont pas suggéré qu’elle ne fait pas partie du dossier colligé contre M. Khadr ou qu’elle ne sera pas produite lorsque son procès sera finalement tenu. Nous concluons donc que la violation des droits garantis à M. Khadr par l’art. 7 de la *Charte* est toujours en cours et que la réparation sollicitée pourrait défendre ces droits.

[31] The acts that perpetrated the *Charter* breaches relied on in this appeal lie in the past. But their impact on Mr. Khadr's liberty and security continue to this day and may redound into the future. The impact of the breaches is thus perpetuated into the present. When past acts violate present liberties, a present remedy may be required.

[32] We conclude that the necessary connection between the breaches of s. 7 and the remedy sought has been established for the purpose of these judicial review proceedings.

[33] Second, is the remedy sought precluded by the fact that it touches on the Crown prerogative over foreign affairs? A connection between the remedy and the breach is not the only consideration. As stated in *Doucet-Boudreau*, an appropriate and just remedy is also one that "must employ means that are legitimate within the framework of our constitutional democracy" (para. 56) and must be a "judicial one which vindicates the right while invoking the function and powers of a court" (para. 57). The government argues that courts have no power under the Constitution of Canada to require the executive branch of government to do anything in the area of foreign policy. It submits that the decision not to request the repatriation of Mr. Khadr falls directly within the prerogative powers of the Crown to conduct foreign relations, including the right to speak freely with a foreign state on all such matters: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 1-19.

[34] The prerogative power is the "residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is legally left in the hands of the Crown": *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269, at p. 272, per Duff C.J., quoting A. V. Dicey, *Introduction to the Study*

[31] Les actions à l'origine des violations de la *Charte* invoquées dans le présent pourvoi appartiennent au passé. Mais leurs effets sur la liberté et la sécurité de M. Khadr persistent à ce jour et pourraient avoir des répercussions à l'avenir. Les effets des violations se perpétuent ainsi dans le présent. Lorsque des actions passées violent des libertés actuelles, une réparation actuelle peut être requise.

[32] Nous concluons que le lien nécessaire entre les violations de l'art. 7 et la réparation demandée a été établi aux fins de la présente demande de contrôle judiciaire.

[33] Deuxièmement, le fait que la réparation demandée touche la prérogative royale en matière d'affaires étrangères fait-il obstacle à cette réparation? L'existence d'un lien entre la réparation et la violation n'est pas le seul facteur à prendre en considération. Comme l'énonce l'arrêt *Doucet-Boudreau*, la réparation convenable et juste est celle qui, en outre, « fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle » (par. 56) et doit être une réparation « judiciaire qui défend le droit en cause tout en mettant à contribution le rôle et les pouvoirs d'un tribunal » (par. 57). Le gouvernement fait valoir que la Constitution du Canada ne confère pas aux tribunaux le pouvoir d'exiger de la branche exécutive du gouvernement qu'elle fasse quoi que ce soit dans le domaine de la politique étrangère. Selon lui, la décision de ne pas demander le rapatriement de M. Khadr relève directement de la prérogative de la Couronne de conduire les relations internationales, prérogative qui comprend le droit de parler librement avec un État étranger de toutes ces questions : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 1-19.

[34] La prérogative royale est [TRADUCTION] « le résidu du pouvoir discrétionnaire ou arbitraire dont la Couronne est légalement investie à tout moment » : *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269, p. 272, le juge en chef Duff, citant A. V. Dicey,

of the *Law of the Constitution* (8th ed. 1915), at p. 420. It is a limited source of non-statutory administrative power accorded by the common law to the Crown: Hogg, at p. 1-17.

[35] The prerogative power over foreign affairs has not been displaced by s. 10 of the *Department of Foreign Affairs and International Trade Act*, R.S.C. 1985, c. E-22, and continues to be exercised by the federal government. The Crown prerogative in foreign affairs includes the making of representations to a foreign government: *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 199 D.L.R. (4th) 228 (Ont. C.A.). We therefore agree with O'Reilly J.'s implicit finding (paras. 39, 40 and 49) that the decision not to request Mr. Khadr's repatriation was made in the exercise of the prerogative over foreign relations.

[36] In exercising its common law powers under the royal prerogative, the executive is not exempt from constitutional scrutiny: *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441. It is for the executive and not the courts to decide whether and how to exercise its powers, but the courts clearly have the jurisdiction and the duty to determine whether a prerogative power asserted by the Crown does in fact exist and, if so, whether its exercise infringes the *Charter* (*Operation Dismantle*) or other constitutional norms (*Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539).

[37] The limited power of the courts to review exercises of the prerogative power for constitutionality reflects the fact that in a constitutional democracy, all government power must be exercised in accordance with the Constitution. This said, judicial review of the exercise of the prerogative power for constitutionality remains sensitive to the fact that the executive branch of government is responsible for decisions under this power, and that the executive is better placed to make such decisions

Introduction to the Study of the Law of the Constitution (8^e éd. 1915), p. 420. Il s'agit d'une source limitée de pouvoir administratif ne découlant pas de la législation, que confère la common law à la Couronne : Hogg, p. 1-17.

[35] La prérogative royale en matière d'affaires étrangères n'a pas été supplantée par l'art. 10 de la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*, L.R.C. 1985, ch. E-22, et continue d'être exercée par le gouvernement fédéral. Elle comprend le pouvoir de faire des observations à un gouvernement étranger : *Black c. Canada (Prime Minister)* (2001), 199 D.L.R. (4th) 228 (C.A. Ont.). Nous sommes donc d'accord avec la conclusion implicite du juge O'Reilly (par. 39, 40 et 49) selon laquelle la décision de ne pas demander le rapatriement de M. Khadr a été prise dans l'exercice de la prérogative en matière de relations étrangères.

[36] Lorsqu'il exerce les pouvoirs que lui confère la common law en vertu de la prérogative royale, l'exécutif n'est toutefois pas à l'abri du contrôle constitutionnel : *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441. Certes, il revient à l'exécutif, et non aux tribunaux, de décider si et comment il exercera ses pouvoirs; mais les tribunaux ont indéniablement compétence pour déterminer si la prérogative invoquée par la Couronne existe véritablement et, dans l'affirmative, pour décider si son exercice contrevient à la *Charte* (*Operation Dismantle*) ou à d'autres normes constitutionnelles (*Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539) — ils sont d'ailleurs tenus d'exercer cette compétence.

[37] Le pouvoir restreint dont jouissent les tribunaux pour contrôler la constitutionnalité de l'exercice de la prérogative royale tient au fait que, dans une démocratie constitutionnelle, tout pouvoir gouvernemental doit être exercé en conformité avec la Constitution. Cela dit, le contrôle judiciaire de l'exercice de la prérogative sur le plan de sa constitutionnalité demeure tributaire du fait que la branche exécutive du gouvernement est responsable des décisions relevant de ce pouvoir, et que

within a range of constitutional options. The government must have flexibility in deciding how its duties under the power are to be discharged: see, e.g., *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 101-2. But it is for the courts to determine the legal and constitutional limits within which such decisions are to be taken. It follows that in the case of refusal by a government to abide by constitutional constraints, courts are empowered to make orders ensuring that the government's foreign affairs prerogative is exercised in accordance with the constitution: *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283.

[38] Having concluded that the courts possess a narrow power to review and intervene on matters of foreign affairs to ensure the constitutionality of executive action, the final question is whether O'Reilly J. misdirected himself in exercising that power in the circumstances of this case (*R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at para. 15; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at paras. 117-18). (In fairness to the trial judge, we note that the government proposed no alternative (trial judge's reasons, at para. 78).) If the record and legal principle support his decision, deference requires we not interfere. However, in our view that is not the case.

[39] Our first concern is that the remedy ordered below gives too little weight to the constitutional responsibility of the executive to make decisions on matters of foreign affairs in the context of complex and ever-changing circumstances, taking into account Canada's broader national interests. For the following reasons, we conclude that the appropriate remedy is to declare that, on the record before the Court, Canada infringed Mr. Khadr's s. 7 rights, and to leave it to the government to decide how best to respond to this judgment in light of

l'exécutif est mieux placé pour prendre ces décisions dans le cadre des choix constitutionnels possibles. Il faut que le gouvernement dispose d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'il décide de quelle manière il doit s'acquitter des obligations relevant de sa prérogative : voir, p. ex., *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 101-102. Il appartient cependant aux tribunaux de fixer les limites légales et constitutionnelles à l'intérieur desquelles ces décisions doivent être prises. Ainsi, lorsqu'un gouvernement refuse de se conformer aux contraintes constitutionnelles, les tribunaux ont le pouvoir de rendre des ordonnances qui garantissent que la prérogative du gouvernement en matière d'affaires étrangères est exercée en conformité avec la Constitution : *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283.

[38] Après avoir conclu que les tribunaux jouissent d'un pouvoir circonscrit pour examiner les questions relatives aux affaires étrangères et intervenir à leur égard — de façon à s'assurer de la constitutionnalité de l'action de l'exécutif — il nous reste une question à trancher : le juge O'Reilly s'est-il fondé sur des considérations erronées en exerçant ce pouvoir dans les circonstances de l'espèce? (*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. 117-118) (Par souci d'équité envers le juge du procès, nous précisons que le gouvernement n'a proposé aucune solution de rechange (motifs du juge du procès, par. 78).) Si sa décision est justifiable au regard du dossier et des principes de droit, la déférence nous oblige à ne pas intervenir. À notre avis, tel n'est toutefois pas le cas.

[39] Nous estimons tout d'abord que la réparation ordonnée par les juridictions d'instances inférieures accorde un poids insuffisant à la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif de prendre des décisions concernant les affaires étrangères dans le contexte de circonstances complexes et en fluctuation constante, en tenant compte des intérêts nationaux plus larges du Canada. Pour les motifs suivants, nous concluons que la réparation appropriée consiste, d'une part, à déclarer que, selon le dossier dont la Cour est saisie, le Canada a porté

current information, its responsibility for foreign affairs, and in conformity with the *Charter*.

[40] As discussed, the conduct of foreign affairs lies with the executive branch of government. The courts, however, are charged with adjudicating the claims of individuals who claim that their *Charter* rights have been or will be violated by the exercise of the government's discretionary powers: *Operation Dismantle*.

[41] In some situations, courts may give specific directions to the executive branch of the government on matters touching foreign policy. For example, in *Burns*, the Court held that it would offend s. 7 to extradite a fugitive from Canada without seeking and obtaining assurances from the requesting state that the death penalty would not be imposed. The Court gave due weight to the fact that seeking and obtaining those assurances were matters of Canadian foreign relations. Nevertheless, it ordered that the government seek them.

[42] The specific facts in *Burns* justified a more specific remedy. The fugitives were under the control of Canadian officials. It was clear that assurances would provide effective protection against the prospective *Charter* breaches: it was entirely within Canada's power to protect the fugitives against possible execution. Moreover, the Court noted that no public purpose would be served by extradition without assurances that would not be substantially served by extradition with assurances, and that there was nothing to suggest that seeking such assurances would undermine Canada's good relations with other states: *Burns*, at paras. 125 and 136.

[43] The present case differs from *Burns*. Mr. Khadr is not under the control of the Canadian

atteinte aux droits garantis à M. Khadr par l'art. 7, et, d'autre part, à laisser au gouvernement le soin de décider de quelle manière il convient de répondre au présent arrêt à la lumière de l'information dont il dispose actuellement et de sa responsabilité en matière d'affaires étrangères et ce, en conformité avec la *Charte*.

[40] Comme nous l'avons indiqué, la conduite des affaires étrangères relève de la branche exécutive du gouvernement. Il incombe en revanche aux tribunaux de statuer sur les actions intentées par des individus qui estiment que l'exercice par le gouvernement de ses pouvoirs discrétionnaires a porté ou portera atteinte à leurs droits garantis par la *Charte* : *Operation Dismantle*.

[41] Dans certaines situations, les tribunaux peuvent donner à la branche exécutive du gouvernement des directives spécifiques sur des questions ayant trait à la politique étrangère. À titre d'exemple, la Cour a conclu, dans *Burns*, qu'il serait contraire à l'art. 7 d'extrader un fugitif du Canada sans demander à l'État requérant, et sans obtenir de lui, la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée. Elle a dûment pris en compte le fait que la demande et l'obtention de telles assurances relevaient des relations étrangères du Canada. Elle a néanmoins ordonné au gouvernement de les demander.

[42] Les faits particuliers de l'affaire *Burns* justifiaient une réparation de nature plus spécifique. En effet, les fugitifs se trouvaient sous le contrôle des autorités canadiennes. Il était évident que les assurances conféreraient une protection efficace contre une violation éventuelle de la *Charte* : le Canada avait tout à fait le pouvoir de protéger les fugitifs contre une exécution possible. En outre, la Cour a signalé qu'aucun objectif d'intérêt public que servirait l'extradition sans assurances ne serait pas également servi de façon substantielle par une extradition assortie d'assurances; rien n'indiquait non plus que le fait de demander de telles assurances nuirait aux bonnes relations du Canada avec d'autres États : *Burns*, par. 125 et 136.

[43] La présente affaire est différente de *Burns*. L'intimé n'est pas sous le contrôle du gouvernement

government; the likelihood that the proposed remedy will be effective is unclear; and the impact on Canadian foreign relations of a repatriation request cannot be properly assessed by the Court.

[44] This brings us to our second concern: the inadequacy of the record. The record before us gives a necessarily incomplete picture of the range of considerations currently faced by the government in assessing Mr. Khadr's request. We do not know what negotiations may have taken place, or will take place, between the U.S. and Canadian governments over the fate of Mr. Khadr. As observed by Chaskalson C.J. in *Kaunda v. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 136 I.L.R. 452, at para. 77: "The timing of representations if they are to be made, the language in which they should be couched, and the sanctions (if any) which should follow if such representations are rejected are matters with which courts are ill-equipped to deal." It follows that in these circumstances, it would not be appropriate for the Court to give direction as to the diplomatic steps necessary to address the breaches of Mr. Khadr's *Charter* rights.

[45] Though Mr. Khadr has not been moved from Guantanamo Bay in over seven years, his legal predicament continues to evolve. During the hearing of this appeal, we were advised by counsel that the U.S. Department of Justice had decided that Mr. Khadr will continue to face trial by military commission, though other Guantanamo detainees will now be tried in a federal court in New York. How this latest development will affect Mr. Khadr's situation and any ongoing negotiations between the United States and Canada over his possible repatriation is unknown. But it signals caution in the exercise of the Court's remedial jurisdiction.

[46] In this case, the evidentiary uncertainties, the limitations of the Court's institutional competence,

canadien; l'efficacité de la réparation proposée est incertaine; et la Cour n'est pas en mesure d'évaluer correctement les conséquences d'une demande de rapatriement sur les relations étrangères du Canada.

[44] Cela nous amène à notre deuxième objection : le caractère inadéquat du dossier. Celui dont nous disposons nous donne une image forcément incomplète de l'ensemble des considérations auxquelles le gouvernement fait actuellement face pour juger de la demande de M. Khadr. Nous ne savons pas quelles négociations ont pu avoir lieu, ou auront lieu, entre les gouvernements des États-Unis et du Canada sur le sort de M. Khadr. Comme l'a observé le juge en chef Chaskalson dans *Kaunda c. President of the Republic of South Africa*, [2004] ZACC 5, 136 I.L.R. 452, par. 77 : [TRADUCTION] « Le moment choisi pour présenter des observations, s'il y a lieu d'en présenter, les termes dans lesquels elles devraient être formulées, et les sanctions qui (le cas échéant) devraient suivre si lesdites observations sont rejetées, sont des questions que les tribunaux ne sont pas véritablement en mesure de trancher. » Dans les circonstances, il ne serait donc pas opportun que la Cour donne des directives quant aux mesures diplomatiques qu'il faudrait prendre pour remédier aux violations des droits de l'intimé garantis par la *Charte*.

[45] Bien que M. Khadr soit détenu à Guantanamo depuis plus de sept ans, la situation juridique difficile dans laquelle il se trouve continue d'évoluer. Selon les représentations des avocats lors de l'audition du présent pourvoi, le ministère de la Justice des États-Unis a décidé que M. Khadr sera jugé, comme prévu, par une commission militaire, même si d'autres détenus de Guantanamo subiront plutôt leur procès devant une cour fédérale à New York. On ignore quelle sera l'incidence de ces nouvelles circonstances sur la situation de M. Khadr et sur les négociations qui pourraient être en cours entre les États-Unis et le Canada quant à son possible rapatriement. Ces faits incitent toutefois la Cour à faire preuve de prudence dans l'exercice de son pouvoir de réparation.

[46] En l'espèce, les incertitudes au chapitre de la preuve, les limites de la compétence institutionnelle

and the need to respect the prerogative powers of the executive, lead us to conclude that the proper remedy is declaratory relief. A declaration of unconstitutionality is a discretionary remedy: *Operation Dismantle*, at p. 481, citing *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821. It has been recognized by this Court as “an effective and flexible remedy for the settlement of real disputes”: *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at p. 649. A court can properly issue a declaratory remedy so long as it has the jurisdiction over the issue at bar, the question before the court is real and not theoretical, and the person raising it has a real interest to raise it. Such is the case here.

[47] The prudent course at this point, respectful of the responsibilities of the executive and the courts, is for this Court to allow Mr. Khadr’s application for judicial review in part and to grant him a declaration advising the government of its opinion on the records before it which, in turn, will provide the legal framework for the executive to exercise its functions and to consider what actions to take in respect of Mr. Khadr, in conformity with the *Charter*.

IV. Conclusion

[48] The appeal is allowed in part. Mr. Khadr’s application for judicial review is allowed in part. This Court declares that through the conduct of Canadian officials in the course of interrogations in 2003-2004, as established on the evidence before us, Canada actively participated in a process contrary to Canada’s international human rights obligations and contributed to Mr. Khadr’s ongoing detention so as to deprive him of his right to liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter*, contrary to the principles of fundamental justice. Costs are awarded to Mr. Khadr.

Appeal allowed in part with costs to the respondent.

de la Cour et la nécessité de respecter les prérogatives de l’exécutif nous amènent à conclure que la réparation appropriée est de nature déclaratoire. Le jugement déclaratoire d’inconstitutionnalité est un redressement discrétionnaire : *Operation Dismantle*, p. 481, citant *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821. Notre Cour a reconnu qu’il s’agit d’une « forme efficace et souple de règlement des véritables litiges » : *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, p. 649. Un tribunal peut, à juste titre, prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où il a compétence sur l’objet du litige, où la question dont il est saisi est une question réelle et non pas simplement théorique, et où la personne qui la soulève a véritablement intérêt à la soulever. C’est le cas en l’espèce.

[47] La solution à la fois prudente pour l’instant et respectueuse des responsabilités de l’exécutif et des tribunaux consiste à ce que la Cour fasse droit en partie à la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Khadr et prononce un jugement déclaratoire en sa faveur informant le gouvernement de son opinion sur le dossier dont elle est saisie, opinion qui fournira, pour sa part, à l’exécutif, le cadre juridique en vertu duquel il devra exercer ses fonctions et examiner les mesures qu’il conviendra de prendre à l’égard de M. Khadr, en conformité avec la *Charte*.

IV. Conclusion

[48] Le pourvoi est accueilli en partie. La demande de contrôle judiciaire de M. Khadr est accueillie en partie. La Cour déclare que, compte tenu de la conduite de responsables canadiens lors d’interrogatoires menés en 2003 et 2004, telle qu’elle est établie par la preuve, le Canada a activement participé à un processus contraire aux obligations internationales qui lui incombent en matière de droits de la personne et a contribué à la détention continue de M. Khadr, de telle sorte qu’il a porté atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantit l’art. 7 de la *Charte* et ce, de manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. M. Khadr a droit aux dépens.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens en faveur de l’intimé.

Solicitor for the appellants: Department of Justice, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Parlee McLaws, Edmonton.

Solicitors for the intervener Amnesty International (Canadian Section, English Branch): Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.

Solicitors for the interveners Human Rights Watch, the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program and the David Asper Centre for Constitutional Rights: John Norris, Brydie Bethell and Audrey Macklin, Toronto.

Solicitor for the interveners the Canadian Coalition for the Rights of Children and Justice for Children and Youth: Justice for Children and Youth Services, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitors for the interveners Lawyers Without Borders Canada, Barreau du Québec and Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

Solicitors for the intervener the National Council for the Protection of Canadians Abroad: Theall Group, Toronto; Amsterdam & Peroff, Toronto.

Procureur des appelants : Ministère de la Justice, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : Parlee McLaws, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Amnesty International (Canadian Section, English Branch) : Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.

Procureurs des intervenants Human Rights Watch, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program et David Asper Centre for Constitutional Rights : John Norris, Brydie Bethell et Audrey Macklin, Toronto.

Procureur des intervenants la Coalition canadienne pour les droits des enfants et Justice for Children and Youth : Justice for Children and Youth Services, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs des intervenants Avocats sans frontières Canada, le Barreau du Québec et le Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

Procureurs de l'intervenant National Council for the Protection of Canadians Abroad : Theall Group, Toronto; Amsterdam & Peroff, Toronto.

Tercon Contractors Ltd. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia, by her Ministry of Transportation and Highways *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: TERCON CONTRACTORS LTD. v. BRITISH COLUMBIA (TRANSPORTATION AND HIGHWAYS)

2010 SCC 4

File No.: 32460.

2009: March 23; 2010: February 12.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Contracts — Breach of terms — Tender — Ineligible bidder — Exclusion of liability clause — Doctrine of fundamental breach — Province issuing tender call for construction of highway — Request for proposals restricting qualified bidders to six proponents — Province accepting bid from ineligible bidder — Exclusion clause protecting Province from liability arising from participation in tendering process — Whether Province breached terms of tendering contract in entertaining bid from ineligible bidder — If so, whether Province's conduct fell within terms of exclusion clause — If so, whether court should nevertheless refuse to enforce the exclusion clause because of unconscionability or some other contravention of public policy.

The Province of British Columbia issued a request for expressions of interest ("RFEI") for the design and construction of a highway. Six teams responded with submissions including Tercon and Brentwood. A few months later, the Province informed the six proponents

Tercon Contractors Ltd. *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique, représentée par le ministère des Transports et de la Voirie *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : TERCON CONTRACTORS LTD. c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (TRANSPORTS ET VOIRIE)

2010 CSC 4

N^o du greffe : 32460.

2009 : 23 mars; 2010 : 12 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

Contrats — Inexécution — Appel d'offres — Soumissionnaire inadmissible — Clause de non-responsabilité — Principe d'inexécution fondamentale — Appel d'offres lancé par la province pour la construction d'une route — Demande de propositions tenant seulement six entreprises pour admissibles — Acceptation par la province de la proposition d'un soumissionnaire inadmissible — Clause de non-recours protégeant la province contre toute responsabilité découlant de la participation à l'appel d'offres — La province s'est-elle rendue coupable d'inexécution du contrat issu de l'appel d'offres en considérant la proposition d'un soumissionnaire inadmissible? — Dans l'affirmative, son comportement tombait-il sous le coup de la clause de non-recours? — Dans l'affirmative, un tribunal devrait-il néanmoins refuser de faire respecter la clause en raison de son iniquité ou pour quelque autre atteinte à l'ordre public?

La province de la Colombie-Britannique a lancé une demande d'expression d'intérêt (« DEI ») pour la conception et la construction d'une route. Elle a reçu six soumissions, dont celles de Tercon et de Brentwood. Quelques mois plus tard, la province a fait savoir aux

that it now intended to design the highway itself and issued a request for proposals (“RFP”) for its construction. The RFP set out a specifically defined project and contemplated that proposals would be evaluated according to specific criteria. Under its terms, only the six original proponents were eligible to submit a proposal; those received from any other party would not be considered. The RFP also included an exclusion of liability clause which provided: “Except as expressly and specifically permitted in these Instructions to Proponents, no Proponent shall have any claim for compensation of any kind whatsoever, as a result of participating in this RFP, and by submitting a Proposal each Proponent shall be deemed to have agreed that it has no claim.” As it lacked expertise in drilling and blasting, Brentwood entered into a pre-bidding agreement with another construction company (“EAC”), which was not a qualified bidder, to undertake the work as a joint venture. This arrangement allowed Brentwood to prepare a more competitive proposal. Ultimately, Brentwood submitted a bid in its own name with EAC listed as a “major member” of the team. Brentwood and Tercon were the two short-listed proponents and the Province selected Brentwood for the project. Tercon successfully brought an action in damages against the Province. The trial judge found that the Brentwood bid was, in fact, submitted by a joint venture of Brentwood and EAC and that the Province, which was aware of the situation, breached the express provisions of the tendering contract with Tercon by considering a bid from an ineligible bidder and by awarding it the work. She also held that, as a matter of construction, the exclusion clause did not bar recovery for the breaches she had found. The clause was ambiguous and she resolved this ambiguity in Tercon’s favour. She held that the Province’s breach was fundamental and that it was not fair or reasonable to enforce the exclusion clause in light of the Province’s breach. The Court of Appeal set aside the decision, holding that the exclusion clause was clear and unambiguous and barred compensation for all defaults.

Held (McLachlin C.J. and Binnie, Abella and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The Court agreed on the appropriate framework of analysis but divided on the applicability of the exclusion clause to the facts.

The Court: With respect to the appropriate framework of analysis the doctrine of fundamental breach

six entreprises intéressées qu’elle entendait désormais concevoir elle-même la route et demander des propositions pour sa construction. La demande de propositions (« DP ») décrivait un projet précis et indiquait que les propositions seraient considérées au regard de certains critères. Elle stipulait que seules les six entreprises intéressées initialement étaient admises à soumissionner et que les propositions présentées par d’autres personnes ne seraient pas examinées. La DP renfermait également une clause de non-recours, dont le texte était le suivant : « Sauf ce que prévoient expressément les présentes instructions, un proposant ne peut exercer aucun recours en indemnisation pour sa participation à la DP, ce qu’il est réputé accepter lorsqu’il présente une soumission. » Comme elle n’avait pas d’expertise dans le forage et le dynamitage, Brentwood a conclu avec une autre entreprise de construction (« EAC ») — qui n’était pas admise à soumissionner — une entente préalable à la soumission prévoyant qu’elles réaliseraient les travaux en coentreprise. De la sorte, elle pouvait présenter une proposition plus concurrentielle. Elle a finalement soumissionné en son nom, présentant EAC comme un « membre important » de son équipe. La liste des adjudicataires possibles a été ramenée à deux entreprises — Brentwood et Tercon —, puis le ministre a finalement opté pour la première. Tercon a intenté une action en dommages-intérêts contre la province et elle a eu gain de cause. La juge de première instance a conclu que la soumission de Brentwood était en fait celle de la coentreprise formée avec EAC, et que la province, qui le savait, avait contrevenu aux stipulations expresses du contrat intervenu avec Tercon en acceptant la soumission d’une autre entreprise qui n’était pas admissible, puis en confiant les travaux à cette même entreprise. Elle a aussi statué que le libellé de la clause de non-recours ne faisait pas obstacle à l’indemnisation pour les inexécutions relevées. La clause était équivoque et elle l’a interprétée en faveur de Tercon. Elle a estimé que l’inexécution reprochée à la province était fondamentale et qu’il n’était ni juste ni raisonnable de faire respecter la clause de non-recours étant donné la nature de l’inexécution. La Cour d’appel a annulé sa décision, statuant que la clause de non-recours était claire et non équivoque et qu’elle faisait obstacle à l’indemnisation pour toute inexécution.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Abella et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Les juges de la Cour conviennent du cadre de l’analyse qui s’impose, mais ils sont partagés sur l’applicabilité de la clause de non-recours aux faits de l’espèce.

La Cour : Pour ce qui concerne le cadre d’analyse approprié, il convient de donner le « coup de grâce » au

should be “laid to rest”. The following analysis should be applied when a plaintiff seeks to escape the effect of an exclusion clause or other contractual terms to which it had previously agreed. The first issue is whether, as a matter of interpretation, the exclusion clause even applies to the circumstances established in evidence. This will depend on the court’s interpretation of the intention of the parties as expressed in the contract. If the exclusion clause applies, the second issue is whether the exclusion clause was unconscionable and thus invalid at the time the contract was made. If the exclusion clause is held to be valid at the time of contract formation and applicable to the facts of the case, a third enquiry may be raised as to whether the court should nevertheless refuse to enforce the exclusion clause because of an overriding public policy. The burden of persuasion lies on the party seeking to avoid enforcement of the clause to demonstrate an abuse of the freedom of contract that outweighs the very strong public interest in their enforcement. Conduct approaching serious criminality or egregious fraud are but examples of well-accepted considerations of public policy that are substantially incontestable and may override the public policy of freedom to contract and disable the defendant from relying upon the exclusion clause. Despite agreement on the appropriate framework of analysis, the court divided on the applicability of the exclusion clause to the facts of this case as set out below.

Per LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Cromwell JJ.: The Province breached the express provisions of the tendering contract with Tercon by accepting a bid from a party who should not even have been permitted to participate in the tender process and by ultimately awarding the work to that ineligible bidder. This egregious conduct by the Province also breached the implied duty of fairness to bidders. The exclusion clause, which barred claims for compensation “as a result of participating” in the tendering process, did not, when properly interpreted, exclude Tercon’s claim for damages. By considering a bid from an ineligible bidder, the Province not only acted in a way that breached the express and implied terms of the contract, it did so in a manner that was an affront to the integrity and business efficacy of the tendering process.

Submitting a compliant bid in response to a tender call may give rise to “Contract A” between the bidder and the owner. Whether a Contract A arises and what its terms are depends on the express and implied terms and conditions of the tender call and the legal consequences of the parties’ actual dealings in each case.

principe de l’inexécution fondamentale. L’analyse qui suit vaut lorsque le demandeur tente de se soustraire à l’application d’une clause d’exonération ou d’une autre stipulation contractuelle dont il a précédemment convenu. Il faut d’abord déterminer, par voie d’interprétation, si la clause de non-recours s’applique aux faits mis en preuve, ce qui dépend de l’intention des parties qui se dégage du contrat. Lorsque la clause s’applique, il faut en deuxième lieu se demander si elle était inique et de ce fait invalide au moment de la formation du contrat. Lorsqu’elle est jugée valide au moment de la formation du contrat et applicable aux faits de l’espèce, le tribunal peut se demander dans un troisième temps s’il devrait tout de même refuser de la faire respecter en raison d’une considération d’ordre public prépondérante. Il incombe à la partie qui tente de se soustraire à l’application de la clause de prouver un abus de la liberté contractuelle qui l’emporte sur le très grand intérêt public lié au respect des contrats. Le comportement qui se rapproche de l’acte criminel grave ou de la fraude monumentale n’est qu’un exemple de considération d’ordre public bien établie et « foncièrement incontestable » pouvant primer la liberté contractuelle, elle aussi d’ordre public, et empêcher le défendeur de se retrancher derrière la clause de non-recours. Même si les juges de la Cour conviennent du cadre de l’analyse qui s’impose, ils sont partagés sur l’applicabilité de la clause de non-recours aux faits de l’espèce, comme il apparaît ci-après.

Les juges LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Cromwell : La province a contrevenu aux stipulations expresses du contrat issu de l’appel d’offres et intervenu avec Tercon en acceptant la proposition d’une entreprise qui n’était pas admise à prendre part au processus d’appel d’offres, puis en confiant les travaux à cette même entreprise inadmissible. Par ce comportement inacceptable, la province a également manqué à son obligation tacite d’équité envers les soumissionnaires. Correctement interprétée, la clause de non-recours, qui écartait toute demande d’indemnisation « pour [l]a participation » à l’appel d’offres, ne faisait pas obstacle au recours en dommages-intérêts de Tercon. En considérant l’offre d’un soumissionnaire inadmissible, la province a non seulement manqué à ses obligations contractuelles expresses et tacites, mais elle l’a fait d’une manière qui portait outrageusement atteinte à l’intégrité et à l’efficacité commerciale du processus d’appel d’offres.

Le dépôt d’une soumission conforme en réponse à un appel d’offres peut faire naître un « contrat A » entre le soumissionnaire et le propriétaire. L’existence d’un tel contrat et sa teneur dépendent des conditions expresses et tacites de l’appel d’offres ainsi que des conséquences juridiques des échanges intervenus entre les parties.

Here, there is no basis to interfere with the trial judge's findings that there was an intent to create contractual obligations upon submission of a compliant bid and that only the six original proponents that qualified through the RFEI process were eligible to submit a response to the RFP. The tender documents and the required ministerial approval of the process stated expressly that the Province was contractually bound to accept bids only from eligible bidders. Contract A therefore could not arise by the submission of a bid from any other party. The trial judge found that the joint venture of Brentwood and EAC was not eligible to bid as they had not simply changed the composition of their team but, in effect, had created a new bidder. The Province fully understood this and would not consider a bid from or award the work to that joint venture. The trial judge did not err in finding that in fact, if not in form, Brentwood's bid was on behalf of a joint venture between itself and EAC. The joint venture provided Brentwood with a competitive advantage in the bidding process and was a material consideration in favour of the Brentwood bid during the Province's evaluation process. Moreover, the Province took active steps to obfuscate the reality of the true nature of the Brentwood bid. The bid by the joint venture constituted "material non-compliance" with the tendering contract and breached both the express eligibility provisions of the tender documents, and the implied duty to act fairly towards all bidders.

When the exclusion clause is interpreted in harmony with the rest of the RFP and in light of the commercial context of the tendering process, it did not exclude a damages claim resulting from the Province unfairly permitting an ineligible bidder to participate in the tendering process. The closed list of bidders was the foundation of this RFP and the parties should, at the very least, be confident that their initial bids will not be skewed by some underlying advantage in the drafting of the call for tenders conferred only upon one potential bidder. The requirement that only compliant bids be considered and the implied obligation to treat bidders fairly are factors that contribute to the integrity and business efficacy of the tendering process. The parties did not intend, through the words found in this exclusion clause, to waive compensation for conduct, like that of the Province in this case, that strikes at the heart of the tendering process. Clear language would be necessary to exclude liability for breach of the implied obligation, particularly in the case of public procurement where

En l'espèce, il n'y a pas lieu de modifier la conclusion de la juge de première instance selon laquelle la présentation d'une soumission conforme était censée faire naître des obligations contractuelles et seules les six entreprises intéressées initialement, devenues admissibles à l'issue de la DEI, pouvaient donner suite à la DP. L'obligation de la province de considérer seulement les propositions de soumissionnaires admissibles figurait expressément dans le dossier d'appel d'offres et dans l'approbation ministérielle requise du processus. Un contrat A ne pouvait donc pas naître de la présentation d'une soumission par une autre personne. La juge de première instance a conclu que la coentreprise formée de Brentwood et d'EAC n'était pas un soumissionnaire admissible, car la composition de l'équipe n'était pas simplement modifiée, mais un nouveau soumissionnaire voyait en fait le jour. La province le savait bien et elle estimait qu'elle ne pouvait ni considérer la proposition de cette coentreprise ni adjuger le contrat à celle-ci. La juge de première instance n'a pas eu tort de conclure qu'en dépit des apparences, la soumission de Brentwood était en fait présentée par la coentreprise formée avec EAC. L'existence de la coentreprise a fait bénéficier Brentwood d'un avantage concurrentiel dans le processus d'appel d'offres, et la province l'a considérée comme un élément favorable à Brentwood lors de son processus d'évaluation. De plus, la province a pris des mesures pour masquer la véritable nature de la soumission de Brentwood. La présentation d'une proposition par une coentreprise constituait une « inexécution importante » du contrat issu de l'appel d'offres ainsi qu'une inobservation des conditions expresses d'admissibilité et de l'obligation tacite d'agir équitablement vis-à-vis de tous les soumissionnaires.

Interprétée en harmonie avec les autres conditions de la DP et eu égard au contexte commercial de l'appel d'offres, la clause de non-recours n'écartait pas le recours en dommages-intérêts intenté au motif que la province avait inéquitablement permis à une entreprise inadmissible de prendre part au processus. La limitation du nombre de soumissionnaires admissibles constituait l'assise de la DP, et un soumissionnaire devait à tout le moins être assuré que l'évaluation de sa soumission initiale ne serait pas biaisée par quelque avantage sous-entendu dans le dossier d'appel d'offres et dont ne bénéficiait qu'un seul soumissionnaire éventuel. L'exigence que seules soient examinées des soumissions conformes et l'obligation tacite de traiter tous les soumissionnaires équitablement sont généralement considérées comme des éléments contribuant à l'intégrité et à l'efficacité commerciale du processus d'appel d'offres. Les parties n'ont pas voulu, en employant le libellé de la clause de non-recours, écarter toute indemnisation pour un comportement comme celui reproché à la province

transparency is essential. Furthermore, the restriction on eligibility of bidders was a key element of the alternative process approved by the Minister. When the statutory provisions which governed the tendering process in this case are considered, it seems unlikely that the parties intended through this exclusion clause to effectively gut a key aspect of the approved process. The text of the exclusion clause in the RFP addresses claims that result from “participating in this RFP”. Central to “participating in this RFP” was participating in a contest among those eligible to participate. A process involving other bidders — the process followed by the Province — is not the process called for by “this RFP” and being part of that other process is not in any meaningful sense “participating in this RFP”.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Abella and Rothstein JJ. (dissenting): The Ministry’s conduct, while in breach of its contractual obligations, fell within the terms of the exclusion compensation clause. The clause is clear and unambiguous and no legal ground or rule of law permits a court to override the freedom of the parties to contract with respect to this particular term, or to relieve Tercon against its operation in this case. A court has no discretion to refuse to enforce a valid and applicable contractual term unless the plaintiff can point to some paramount consideration of public policy sufficient to override the public interest in freedom of contract and defeat what would otherwise be the contractual rights of the parties. The public interest in the transparency and integrity of the government tendering process, while important, did not render unenforceable the terms of the contract Tercon agreed to.

Brentwood was a legitimate competitor in the RFP process and all bidders knew that the road contract would not be performed by the proponent alone and required a large “team” of different trades and personnel to perform. The issue was whether EAC would be on the job as a major sub-contractor or identified with Brentwood as a joint venture “proponent” with EAC. Tercon has legitimate reason to complain about the Ministry’s conduct, but its misconduct did not rise to the level where public policy would justify the court in depriving the Ministry of the protection of the exclusion of compensation clause freely agreed to by Tercon in the contract.

en l’espèce, un comportement qui porte directement atteinte à l’intégrité de l’appel d’offres. Seul un libellé clair peut écarter la responsabilité consécutive au non-respect de l’obligation tacite, spécialement dans le cas de la passation de marchés publics, où la transparence est de rigueur. Qui plus est, l’admissibilité restreinte constituait un élément essentiel de l’autre processus approuvé par le ministre. Au regard du cadre législatif régissant l’appel d’offres en l’espèce, il est peu probable que les parties aient vraiment voulu, en stipulant la clause de non-recours, supprimer un aspect essentiel de ce processus. Le texte de la clause de non-recours de la DP vise les demandes d’indemnisation d’un préjudice découlant de la « participation à la DP ». La participation à un concours ouvert aux seules personnes admises à y prendre part était donc au cœur de la « participation à la DP ». Un processus ouvert à d’autres entreprises — ce qui était le cas du processus suivi par la province — ne saurait s’entendre de « la DP », et le fait d’y prendre part ne saurait véritablement être considéré comme une « participation à la DP ».

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Abella et Rothstein (dissidents): Même s’il n’a pas respecté ses obligations contractuelles, le ministère bénéficie de la clause de non-recours en indemnisation. La clause est claire et non équivoque, et aucune règle de droit ou autre fondement juridique ne permet aux tribunaux de passer outre à la liberté des parties de convenir de cette condition ni de soustraire Tercon à son application en l’espèce. Le tribunal n’a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de faire respecter une clause contractuelle valide et applicable, sauf lorsque le demandeur fait valoir une considération d’ordre public prépondérante qui l’emporte sur l’intérêt public lié à la liberté de contracter et qui fait obstacle à ce qui, autrement, constitueraient les droits contractuels des parties. L’intérêt public lié à la transparence et à l’intégrité du processus gouvernemental d’appel d’offres, même s’il est important, n’a pas rendu inapplicables les clauses du contrat auxquelles Tercon avait consenti.

Brentwood était un concurrent légitime dans le processus de DP. Tous les soumissionnaires savaient que le contrat de construction routière ne serait pas exécuté seulement par le proponent retenu, mais bien par une grande « équipe » pluridisciplinaire. La question était celle de savoir si EAC serait sous-traitant principal ou « proposant » dans le cadre de la coentreprise avec Brentwood. Tercon a raison de dénoncer le comportement du ministère, mais celui-ci n’était pas répréhensible au point que l’ordre public justifie le tribunal de refuser au ministère la protection de la clause de non-recours en indemnisation à laquelle Tercon avait librement consenti.

Contract A is based not on some abstract externally imposed rule of law but on the presumed (and occasionally implied) intent of the parties. At issue is the intention of the actual parties not what the court may project in hindsight would have been the intention of reasonable parties. Only in rare circumstances will a court relieve a party from the bargain it has made.

The exclusion clause did not run afoul of the statutory requirements. While the *Ministry of Transportation and Highways Act* favours “the integrity of the tendering process”, it nowhere prohibits the parties from negotiating a “no claims” clause as part of their commercial agreement and cannot plausibly be interpreted to have that effect. Tercon — a sophisticated and experienced contractor — chose to bid on the project, including the risk posed by an exclusion of compensation clause, on the terms proposed by the Ministry. That was its prerogative and nothing in the “policy of the Act” barred the parties’ agreement on that point.

The trial judge found that Contract A was breached when the RFP process was not conducted by the Ministry with the degree of fairness and transparency that the terms of Contract A entitled Tercon to expect. The Ministry was at fault in its performance of the RFP, but the process did not thereby cease to be the RFP process in which Tercon had elected to participate.

The interpretation of the majority on this point is disagreed with. “[P]articipating in this RFP” began with “submitting a Proposal” for consideration. The RFP process consisted of more than the final selection of the winning bid and Tercon participated in it. Tercon’s bid was considered. To deny that such participation occurred on the ground that in the end the Ministry chose a Brentwood joint venture (an ineligible bidder) instead of Brentwood itself (an eligible bidder) would be to give the clause a strained and artificial interpretation in order, indirectly and obliquely, to avoid the impact of what may seem to the majority *ex post facto* to have been an unfair and unreasonable clause.

Moreover, the exclusion clause was not unconscionable. While the Ministry and Tercon do not exercise the same level of power and authority, Tercon is a major contractor and is well able to look after itself in a commercial context so there is no relevant imbalance of bargaining power. Further, the clause is not as draconian as Tercon portrays it. Other remedies for breach of Contract A were available. The parties expected, even if they did not like it, that the “no claims” clause would

L’assise du contrat A demeure l’intention présumée (et parfois inférée) des parties, et non quelque règle de droit abstraite imposée par un tiers. C’est l’intention des parties elles-mêmes qui importe, et non ce qui, à l’issue d’une analyse rétrospective du tribunal, aurait été l’intention de parties raisonnables. Ce n’est qu’en de rares circonstances que le tribunal relève une partie de ses engagements.

La clause de non-recours ne dérogeait pas aux exigences légales. La *Ministry of Transportation and Highways Act* favorise « l’intégrité du processus d’appel d’offres », mais aucune de ses dispositions n’empêche les parties de faire figurer dans leur accord commercial une clause « écartant toute indemnisation » ni ne peut vraisemblablement être interprétée comme ayant cet effet. Tercon — une entreprise avertie et expérimentée — a décidé de participer au processus aux conditions proposées par le ministère malgré le risque posé par la clause de non-recours en indemnisation. C’était sa décision, et la « raison d’être de la Loi » ne faisait aucunement obstacle à la convention des parties sur ce point.

La juge du procès a conclu à l’inexécution du contrat A du fait que, dans sa DP, le ministère n’a pas agi avec l’équité et la transparence auxquelles Tercon était en droit de s’attendre vu le libellé du contrat A. Le ministère a été fautif dans sa mise en œuvre de la DP, mais le processus n’a pas cessé pour autant d’être la DP à laquelle Tercon avait décidé de prendre part.

Les juges dissidents ne souscrivent pas à l’interprétation des juges majoritaires à cet égard. La « participation à la DP » a commencé par la « présentation d’une soumission ». Le processus de DP ne se résumait pas au choix final de l’adjudicataire, et Tercon y a participé. La soumission de Tercon a été considérée. Nier cette participation au motif que le ministère a finalement choisi la coentreprise inadmissible dont faisait partie Brentwood, et non Brentwood elle-même (qui était admissible), équivaut à une interprétation forcée et artificielle visant à éviter, par des moyens indirects et détournés, les conséquences de ce qui peut sembler aux juges majoritaires, *ex post facto*, avoir été une clause injuste et déraisonnable.

En outre, la clause de non-recours n’était pas inique. Tercon n’a ni le pouvoir ni l’autorité du ministère, mais c’est une entreprise importante parfaitement en mesure de défendre ses intérêts commerciaux. Il n’y avait donc pas d’inégalité déterminante du pouvoir de négociation. Aussi, la clause de non-recours n’est pas aussi draconienne que le laisse entendre Tercon. L’inexécution du contrat A donnait ouverture à d’autres recours. Les parties s’attendaient, même si cette éventualité ne les

operate even where the eligibility criteria in respect of the bid (including the bidder) were not complied with.

Finally, the Ministry's misconduct did not rise to the level where public policy would justify the court in depriving the Ministry of the protection of the exclusion of compensation clause freely agreed to by Tercon in the contract.

Cases Cited

By Cromwell J.

Applied: *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860; **considered:** *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Cahill (G.J.) & Co. (1979) Ltd. v. Newfoundland and Labrador (Minister of Municipal and Provincial Affairs)*, 2005 NLTD 129, 250 Nfld. & P.E.I.R. 145; *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *Fraser Jewellers (1982) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co. (1997)*, 34 O.R. (3d) 1; **referred to:** *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Double N Earthmovers Ltd. v. Edmonton (City)*, 2007 SCC 3, [2007] 1 S.C.R. 116; *Hillis Oil and Sales Ltd. v. Wynn's Canada, Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 57.

By Binnie J. (dissenting)

Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd., [1989] 1 S.C.R. 426; *The Queen in right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 SCC 58, [2001] 2 S.C.R. 943; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860; *Double N Earthmovers Ltd. v. Edmonton (City)*, 2007 SCC 3, [2007] 1 S.C.R. 116; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia* (1993), 9 C.L.R. (2d) 197, aff'd [1994] B.C.J. No. 2658 (QL); *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936; *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *ABB Inc. v. Domtar Inc.*, 2007 SCC 50, [2007] 3 S.C.R. 461; *Re Millar Estate*, [1938] S.C.R. 1; *Plas-Tex Canada Ltd. v. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 245 D.L.R. (4th) 650.

Statutes and Regulations Cited

Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1996, c. 311, ss. 4, 23.

enchantaît guère, à ce que la clause « écartant toute indemnisation » s'applique advenant même le non-respect des critères d'admissibilité de la soumission (et de son auteur).

Enfin, l'inconduite n'était pas répréhensible au point que l'ordre public justifie le tribunal de refuser au ministère la protection de la clause de non-recours en indemnisation à laquelle Tercon a librement consenti.

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Arrêts appliqués: *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860; **arrêts examinés:** *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Cahill (G.J.) & Co. (1979) Ltd. c. Newfoundland and Labrador (Minister of Municipal and Provincial Affairs)*, 2005 NLTD 129, 250 Nfld. & P.E.I.R. 145; *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *Fraser Jewellers (1982) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co. (1997)*, 34 O.R. (3d) 1; **arrêts mentionnés:** *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, 2007 CSC 3, [2007] 1 R.C.S. 116; *Hillis Oil and Sales Ltd. c. Wynn's Canada, Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 57.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée, [1989] 1 R.C.S. 426; *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 CSC 58, [2001] 2 R.C.S. 943; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860; *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, 2007 CSC 3, [2007] 1 R.C.S. 116; *Tercon Contractors Ltd. c. British Columbia* (1993), 9 C.L.R. (2d) 197, conf. par [1994] B.C.J. No. 2658 (QL); *Karsales (Harrow) Ltd. c. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936; *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, 2007 CSC 50, [2007] 3 R.C.S. 461; *Re Millar Estate*, [1938] R.C.S. 1; *Plas-Tex Canada Ltd. c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 245 D.L.R. (4th) 650.

Lois et règlements cités

Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1996, ch. 311, art. 4, 23.

Authors Cited

- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.
- Kain, Brandon, and Douglas T. Yoshida. "The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law", in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation*, 2007. Toronto: Thomson Carswell, 2007, 1.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*. Toronto: Irwin Law, 2005.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2005.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Mackenzie and Lowry J.J.A.), 2007 BCCA 592, 73 B.C.L.R. (4th) 201, 40 B.L.R. (4th) 26, 289 D.L.R. (4th) 647, [2008] 2 W.W.R. 410, 249 B.C.A.C. 103, 414 W.A.C. 103, 66 C.L.R. (3d) 1, [2007] B.C.J. No. 2558 (QL), 2007 CarswellBC 2880, setting aside a decision of Dillon J., 2006 BCSC 499, 53 B.C.L.R. (4th) 138, [2006] 6 W.W.R. 275, 18 B.L.R. (4th) 88, 51 C.L.R. (3d) 227, [2006] B.C.J. No. 657 (QL), 2006 CarswellBC 730. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Binnie, Abella and Rothstein J.J. dissenting.

Chris R. Armstrong, Brian G. McLean, William S. McLean and Marie-France Major, for the appellant.

J. Edward Gouge, Q.C., Jonathan Eades and Kate Hamm, for the respondent.

Malliha Wilson and Lucy McSweeney, for the intervener.

The judgment of LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Cromwell J.J. was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] The Province accepted a bid from a bidder who was not eligible to participate in the tender and then took steps to ensure that this fact was not disclosed. The main question on appeal, as I see it, is whether the Province succeeded in excluding

Doctrines citées

- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007.
- Kain, Brandon, and Douglas T. Yoshida. « The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law », in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation*, 2007. Toronto : Thomson Carswell, 2007, 1.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*. Toronto : Irwin Law, 2005.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 5th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Mackenzie et Lowry), 2007 BCCA 592, 73 B.C.L.R. (4th) 201, 40 B.L.R. (4th) 26, 289 D.L.R. (4th) 647, [2008] 2 W.W.R. 410, 249 B.C.A.C. 103, 414 W.A.C. 103, 66 C.L.R. (3d) 1, [2007] B.C.J. No. 2558 (QL), 2007 CarswellBC 2880, qui a infirmé une décision de la juge Dillon, 2006 BCSC 499, 53 B.C.L.R. (4th) 138, [2006] 6 W.W.R. 275, 18 B.L.R. (4th) 88, 51 C.L.R. (3d) 227, [2006] B.C.J. No. 657 (QL), 2006 CarswellBC 730. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Abella et Rothstein sont dissidents.

Chris R. Armstrong, Brian G. McLean, William S. McLean et Marie-France Major, pour l'appelant.

J. Edward Gouge, c.r., Jonathan Eades et Kate Hamm, pour l'intimée.

Malliha Wilson et Lucy McSweeney, pour l'intervenant.

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Cromwell rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] La province a accepté la soumission d'une entreprise non admise à participer à l'appel d'offres, puis elle a pris des mesures pour dissimuler ce fait. De mon point de vue, la principale question que soulève le pourvoi est celle de savoir si, grâce à

its liability for damages flowing from this conduct through an exclusion clause it inserted into the contract. I share the view of the trial judge that it did not.

[2] The appeal arises out of a tendering contract between the appellant, Tercon Contractors Ltd., who was the bidder, and the respondent, Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia, who issued the tender call. The case turns on the interpretation of provisions in the contract relating to eligibility to bid and exclusion of compensation resulting from participation in the tendering process.

[3] The trial judge found that the respondent (which I will refer to as the Province) breached the express provisions of the tendering contract with Tercon by accepting a bid from another party who was not eligible to bid and by ultimately awarding the work to that ineligible bidder. In short, a bid was accepted and the work awarded to a party who should not even have been permitted to participate in the tender process. The judge also found that this and related conduct by the Province breached the implied duty of fairness to bidders, holding that the Province had acted “egregiously” (2006 BCSC 499, 53 B.C.L.R. (4th) 138, at para. 150). The judge then turned to the Province’s defence based on an exclusion clause that barred claims for compensation “as a result of participating” in the tendering process. She held that this clause, properly interpreted, did not exclude Tercon’s claim for damages. In effect, she held that it was not within the contemplation of the parties that this clause would bar a remedy in damages arising from the Province’s unfair dealings with a party who was not entitled to participate in the tender in the first place.

[4] The Province appealed and the Court of Appeal reversed (2007 BCCA 592, 73 B.C.L.R. (4th) 201). Dealing only with the exclusion clause issue, it held that the clause was clear and unambiguous and barred compensation for all defaults.

la clause de non-recours en indemnisation (« clause de non-recours ») qu’elle a insérée dans le contrat, la province parvient à échapper à la responsabilité civile découlant de ces actes. À l’instar de la juge de première instance, je conclus par la négative.

[2] Le pourvoi fait suite au contrat issu de l’appel d’offres et intervenu entre l’appelante Tercon Contractors Ltd., le soumissionnaire, et l’intimée Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique (la « province »), l’auteur de l’appel d’offres. Le dénouement de l’affaire tient à l’interprétation des clauses du contrat relatives à l’admissibilité à soumissionner et à l’exclusion de toute indemnité pour la participation à la demande de propositions.

[3] La juge de première instance conclut que la province a contrevenu aux stipulations expresses du contrat intervenu avec Tercon en acceptant la proposition d’un autre soumissionnaire qui n’était pas admissible, puis en confiant les travaux à ce même soumissionnaire. Pour faire court, une proposition a été acceptée et le marché a été accordé à une entreprise qui n’aurait même pas dû être admise à participer au processus. La juge de première instance conclut également que par ces actes et d’autres mesures connexes, la province a manqué à son obligation tacite d’équité envers les soumissionnaires et qu’elle a agi [TRADUCTION] « de manière inacceptable » (2006 BCSC 499, 53 B.C.L.R. (4th) 138, par. 150). Elle se penche ensuite sur la clause de non-recours qui, selon la province, ferait obstacle à toute demande d’indemnisation [TRADUCTION] « pour [l]a participation » à l’appel d’offres. Elle estime que, correctement interprétée, la clause ne faisait pas obstacle au recours en dommages-intérêts de Tercon. Elle statue en effet que les parties n’ont pas envisagé que la clause empêche un tel recours intenté pour l’iniquité dont a fait preuve la province en se mettant en rapport avec une entreprise qui n’était même pas admise à soumissionner.

[4] La province s’est adressée à la Cour d’appel, qui lui a donné raison, se prononçant uniquement sur la clause de non-recours et statuant qu’elle était claire et non équivoque et qu’elle faisait obstacle à l’indemnisation pour toute inexécution (2007 BCCA 592, 73 B.C.L.R. (4th) 201).

[5] On Tercon's appeal to this Court, the questions for us are whether the successful bidder was eligible to participate in the request for proposals ("RFP") and, if not, whether Tercon's claim for damages is barred by the exclusion clause.

[6] In my respectful view, the trial judge reached the right result on both issues. The Province's attempts to persuade us that it did not breach the tendering contract are, in my view, wholly unsuccessful. The foundation of the tendering contract was that only six, pre-selected bidders would be permitted to participate in the bidding. As the trial judge held, the Province not only acted in a way that breached the express and implied terms of the contract by considering a bid from an ineligible bidder, it did so in a manner that was an affront to the integrity and business efficacy of the tendering process. One must not lose sight of the fact that the trial judge found that the Province acted egregiously by "ensuring that [the true bidder] was not disclosed" (para. 150) and that its breach "attacked" the underlying premise of the [tendering] process" (para. 146), a process which was set out in detail in the contract and, in addition, had been given ministerial approval as required by statute.

[7] As for its reliance on the exclusion clause, the Province submits that the parties were free to agree to limitations of liability and did so. Consideration of this submission requires an interpretation of the words of the clause to which the parties agreed in the context of the contract as a whole. My view is that, properly interpreted, the exclusion clause does not protect the Province from Tercon's damage claim which arises from the Province's dealings with a party not even eligible to bid, let alone from its breach of the implied duty of fairness to bidders. In other words, the Province's liability did not arise from Tercon's participation in the process that the Province established, but from the Province's unfair dealings with a party who was not entitled to participate in that process.

[8] I would allow the appeal and restore the judgment of the trial judge.

[5] Dans le pourvoi formé par Tercon, la Cour est appelée à déterminer si l'adjudicataire était admis à participer à la demande de propositions (« DP ») et, dans la négative, si la clause de non-recours fait obstacle au recours en dommages-intérêts de Tercon.

[6] En toute déférence, j'estime que la juge de première instance tranche correctement les deux questions. La province n'est pas du tout parvenue, selon moi, à convaincre la Cour qu'elle n'avait pas manqué à ses obligations contractuelles. Suivant le contrat issu de l'appel d'offres, seules six entreprises présélectionnées pouvaient prendre part à l'appel d'offres. La juge statue qu'en considérant l'offre d'un soumissionnaire inadmissible, la province a manqué à ses obligations contractuelles expresses et tacites, et ce, d'une manière qui portait outrageusement atteinte à l'intégrité et à l'efficacité commerciale du processus d'appel d'offres. Sans oublier qu'à son avis, la province a agi de manière inacceptable en [TRADUCTION] « veillant à ce que [l'identité du véritable soumissionnaire] ne soit pas révélée » (par. 150). La juge ajoute que cette inexécution [TRADUCTION] « a sapé l'assise du processus [d'appel d'offres] » (par. 146), lequel était décrit en détail dans le contrat et, qui plus est, avait obtenu l'approbation ministérielle exigée par la loi.

[7] Pour ce qui concerne l'application de la clause de non-recours, la province soutient que les parties étaient libres de limiter leur responsabilité comme elles l'ont fait. Statuer sur cette prétention exige que l'on interprète le libellé de la clause dont les parties ont convenu, au vu du contrat dans son entier. J'estime que, correctement interprétée, la clause de non-recours ne protège pas la province contre l'action en dommages-intérêts intentée par Tercon pour la mise en rapport de la province avec une entreprise qui n'était même pas admise à soumissionner, sans compter le manquement à son obligation tacite d'équité envers les soumissionnaires. Autrement dit, la responsabilité de la province ne résulte pas de la participation de Tercon au processus, mais bien de l'iniquité dont la province s'est rendue coupable en se mettant en rapport avec une entreprise non admise à prendre part à ce processus.

[8] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de première instance.

II. Brief Overview of the Facts

[9] I will have to set out more factual detail as part of my analysis. For now, a very brief summary will suffice. In 2000, the Ministry of Transportation and Highways (also referred to as the “Province”) issued a request for expressions of interest (“RFEI”) for designing and building a highway in northwestern British Columbia. Six teams made submissions, including Tercon and Brentwood Enterprises Ltd. Later that year, the Province informed the six proponents that it now intended to design the highway itself and would issue a RFP for its construction.

[10] The RFP was formally issued on January 15, 2001. Under its terms, only the six original proponents were eligible to submit a proposal. The RFP also included a clause excluding all claims for damages “as a result of participating in this RFP” (s. 2.10).

[11] Unable to submit a competitive bid on its own, Brentwood teamed up with Emil Anderson Construction Co. (“EAC”), which was not a qualified bidder, and together they submitted a bid in Brentwood’s name. Brentwood and Tercon were the two short-listed proponents and the Ministry ultimately selected Brentwood as the preferred proponent.

[12] Tercon brought an action seeking damages, alleging that the Ministry had considered and accepted an ineligible bid and that, but for that breach, it would have been awarded the contract. The trial judge agreed and awarded roughly \$3.5 million in damages and prejudgment interest. As noted, the Court of Appeal reversed and Tercon appeals by leave of the Court.

III. Issues

[13] The issues for decision are whether the trial judge erred in finding that:

1. the Province breached the tendering contract by entertaining a bid from an ineligible bidder.

II. Bref aperçu des faits

[9] Je reviendrai plus en détail sur les faits, mais pour l’heure, en voici un bref résumé. En 2000, le ministère des Transports et de la Voirie (également appelé la « province ») a lancé une demande d’expression d’intérêt (« DEI ») pour la conception et la construction d’une route dans le nord-ouest de la Colombie-Britannique. Elle a reçu six soumissions, dont celles de Tercon et de Brentwood Enterprises Ltd. Plus tard la même année, la province a fait savoir aux six entreprises intéressées qu’elle entendait désormais concevoir elle-même la route et demander des propositions pour sa construction.

[10] Lancée officiellement le 15 janvier 2001, la DP précisait que seules les six entreprises intéressées initialement étaient admises à soumissionner. Elle comportait aussi une clause écartant tout recours en indemnisation [TRADUCTION] « pour [l]a participation à la DP » (clause 2.10).

[11] Incapable de présenter seule une soumission concurrentielle, Brentwood s’est jointe à Emil Anderson Construction Co. (« EAC »), qui n’était pas un soumissionnaire admissible, et une proposition commune a été présentée au nom de Brentwood. La liste des adjudicataires possibles a été ramenée à deux entreprises — Brentwood et Tercon —, puis le ministère a finalement opté pour la première.

[12] Tercon a intenté une action en dommages-intérêts, alléguant que le ministère avait examiné puis accepté une soumission inadmissible et que, n’eût été ce manquement, elle aurait obtenu le contrat. Elle a eu gain de cause en première instance et obtenu une indemnité d’environ 3,5 millions de dollars plus l’intérêt avant jugement, mais elle a été déboutée en Cour d’appel. Tercon se pourvoit devant notre Cour sur autorisation.

III. Les questions en litige

[13] Notre Cour doit déterminer si la juge de première instance a eu tort ou non de tirer les conclusions suivantes :

1. la province a manqué à une obligation contractuelle en considérant la proposition d’un soumissionnaire inadmissible;

2. the exclusion clause does not bar the appellant's claim for damages for the breaches of the tendering contract found by the trial judge.

IV. Analysis

A. *Was the Brentwood Bid Ineligible?*

[14] The first issue is whether the Brentwood bid was from an eligible bidder. The judge found that the bid was in substance, although not in form, from a joint venture of Brentwood and EAC and that it was, therefore, an ineligible bid. The Province attacks this finding on three grounds:

- (i) a joint venture is not a legal person and therefore the Province could not and did not contract with a joint venture;
- (ii) it did not award the contract to EAC and EAC had no contractual responsibility to the Province for failure to perform the contract;
- (iii) there was no term of the RFP that restricted the right of proponents to enter into joint venture agreements with others; this arrangement merely left Brentwood, the original proponent, in place and allowed it to enhance its ability to perform the work.

[15] While these were the Province's main points, its position became more wide-ranging during oral argument, at times suggesting that it had no contractual obligation to deal only with eligible bidders. It is therefore necessary to take a step back and look at that threshold point before turning to the Province's more focussed submissions.

1. The Province's Contractual Obligations in the Bidding Process

[16] The judge found, and it was uncontested at trial, that only the six original proponents that

2. la clause de non-recours ne faisait pas obstacle au recours en dommages-intérêts de l'appelante pour les inexécutions contractuelles relevées par le tribunal.

IV. Analyse

A. *La proposition de Brentwood était-elle admissible?*

[14] La première question est celle de savoir si la proposition de Brentwood était présentée par un soumissionnaire admissible. La juge de première instance conclut que, malgré sa forme, la proposition provenait essentiellement d'une coentreprise formée de Brentwood et d'EAC et qu'elle était donc inadmissible. La province invoque trois motifs à l'encontre de cette conclusion :

- (i) une coentreprise étant dépourvue de la personnalité morale, elle ne pouvait contracter avec une telle entité et elle ne l'a pas fait;
- (ii) elle n'a pas adjugé le marché à EAC, et EAC n'avait envers elle aucune responsabilité en cas d'inexécution contractuelle;
- (iii) aucune disposition de la DP n'interdisait aux proposants de s'associer à des tiers en coentreprise : Brentwood, proposant initial, demeurait simplement en lice et accroissait sa capacité d'exécuter les travaux.

[15] Ce sont les principaux arguments invoqués par la province, mais celle-ci a défendu une thèse beaucoup plus large en plaidoirie orale, faisant valoir à certains moments qu'elle n'était pas contractuellement tenue de se mettre en rapport seulement avec des soumissionnaires admissibles. Il faut donc revenir sur cette question préliminaire avant d'analyser les points plus précis de son argumentation.

1. Les obligations contractuelles de la province dans le processus d'appel d'offres

[16] La juge de première instance conclut — ce qui n'a pas été contesté au procès — que seules les

qualified through the RFEI process were eligible to submit a response to the RFP. This finding is not challenged on appeal, although there was a passing suggestion during oral argument that there was no contractual obligation of this sort at all. The trial judge also held, noting that this point was untested, that a joint venture between Brentwood and EAC was ineligible to bid. This is also not contested on appeal. These two findings are critical to the case and provide important background for an issue that is in dispute, namely whether the Brentwood bid was ineligible. It is, therefore, worth reviewing the relevant background in detail. I first briefly set out the legal framework and then turn to the trial judge's findings.

2. Legal Principles

[17] Submitting a compliant bid in response to a tender call *may* give rise to a contract — called Contract A — between the bidder and the owner, the express terms of which are found in the tender documents. The contract may also have implied terms according to the principles set out in *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; see also *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, and *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860. The key word, however, is “may”. The Contract A/Contract B framework is one that arises, if at all, from the dealings between the parties. It is not an artificial construct imposed by the courts, but a description of the legal consequences of the parties' actual dealings. The Court emphasized in *M.J.B.* that whether Contract A arises and if it does, what its terms are, depend on the express and implied terms and conditions of the tender call in each case. As Iacobucci J. put it, at para. 19:

What is important . . . is that the submission of a tender in response to an invitation to tender may give

six entreprises intéressées initialement, devenues admissibles à l'issue de la DEI, pouvaient donner suite à la DP. Cette conclusion n'est pas contestée en appel même si, en plaidoirie orale, la province a laissé entendre qu'elle n'avait pas d'obligation contractuelle concomitante. La juge estime également — et relève l'absence de contestation sur ce point — que la coentreprise formée de Brentwood et d'EAC n'était pas un soumissionnaire admissible. Cette conclusion n'est pas non plus contestée en appel. Ces deux conclusions sont cruciales en l'espèce et elles offrent une toile de fond importante pour trancher une question en litige, à savoir l'admissibilité de la proposition de Brentwood. Il convient donc d'examiner ce contexte en détail. Je ferai brièvement état du cadre juridique applicable avant de me pencher sur les conclusions de la juge de première instance.

2. Les principes juridiques

[17] Le dépôt d'une soumission conforme en réponse à un appel d'offres *peut* faire naître entre le soumissionnaire et le propriétaire un contrat — le contrat A — dont les conditions sont celles figurant dans le dossier d'appel d'offres. Le contrat peut également comporter des clauses tacites, suivant les principes formulés dans l'arrêt *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; voir aussi les arrêts *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, et *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860. L'élément clé réside toutefois dans l'emploi du mot « peut ». L'existence d'un contrat A et d'un contrat B dépend entièrement des échanges entre les parties. Il ne s'agit pas d'une conception artificielle imposée par les tribunaux, mais d'une description des conséquences juridiques des échanges intervenus entre les parties. Dans l'arrêt *M.J.B.*, la Cour souligne que ce sont les conditions expresses et tacites de l'appel d'offres qui déterminent chaque fois s'il y a ou non un contrat A et, le cas échéant, quelles en sont les conditions. Comme le dit le juge Iacobucci au par. 19 :

L'important [. . .] c'est que la présentation d'une soumission en réponse à un appel d'offres peut donner

rise to contractual obligations, quite apart from the obligations associated with the construction contract to be entered into upon the acceptance of a tender, depending upon whether the parties intend to initiate contractual relations by the submission of a bid. If such a contract arises, its terms are governed by the terms and conditions of the tender call. [Emphasis added.]

3. The Trial Judge's Findings Concerning the Existence of Contract A

[18] The question of whether Tercon's submission of a compliant bid gave rise to contractual relations between it and the Province was contested by the Province at trial. The trial judge gave extensive reasons for finding against the Province on this issue. We are told that the Province did not pursue this point in the Court of Appeal but instead premised its submissions on the existence of Contract A. The Province took the same approach in its written submissions in this Court. However, during oral argument, there was some passing reference in response to questions that there was no Contract A. In light of the position taken by the Province on its appeal to the Court of Appeal and in its written submissions in this Court, it is now too late to revisit whether there were contractual duties between Tercon and the Province. Even if it were open to the Province to make this argument now, I can see no error in legal principle or any palpable and overriding error of fact in the trial judge's careful reasons on this point.

[19] The trial judge did not mechanically impose the Contract A/Contract B framework, but considered whether Contract A arose in light of her detailed analysis of the dealings between the parties. That was the right approach. She reviewed in detail the provisions of the RFP which supported her conclusion that there was an intent to create contractual relations upon submission of a compliant bid. She noted, for example, that bids were to be irrevocable for 60 days and that security of \$50,000 had to be paid by all proponents and was to be increased to \$200,000 by the successful proponent. Any revisions to proposals prior to the closing date had to be in writing, properly executed and received before the closing time. The RFP also set

naissance à des obligations contractuelles tout à fait distinctes des obligations découlant du contrat d'entreprise qui doit être conclu dès l'acceptation de la soumission, selon que les parties auront voulu établir des rapports contractuels par la présentation d'une soumission. Advenant la formation d'un tel contrat, ses modalités sont régies par les conditions de l'appel d'offres. [Je souligne.]

3. Les conclusions de la juge de première instance concernant l'existence du contrat A

[18] La province a nié au procès que la présentation d'une soumission conforme par Tercon a fait naître un lien contractuel entre elles. La juge du procès motive abondamment sa décision de donner tort à la province sur ce point. Il appert que la province n'aurait pas persisté dans cette voie devant la Cour d'appel, mais aurait plutôt invoqué l'existence d'un contrat A. La province défend la même thèse dans l'argumentation écrite présentée à notre Cour, mais en réponse à des questions posées lors de sa plaidoirie, elle a laissé entendre qu'il n'existait pas de contrat A. Vu la position de la province en Cour d'appel et l'argumentation écrite qu'elle nous a présentée, il est désormais trop tard pour revenir sur la question de l'existence d'obligations contractuelles entre Tercon et la province. Et même s'il était loisible à la province de faire valoir cet argument aujourd'hui, je ne relève pas d'erreur de droit ni d'erreur de fait manifeste et dominante dans les motifs soigneusement rédigés par la juge de première instance sur ce point.

[19] La juge de première instance n'a pas mécaniquement appliqué le modèle du contrat A et du contrat B. Elle s'est plutôt demandé si l'examen détaillé des échanges entre les parties révélait qu'un contrat A en avait résulté. C'est ce qu'il convenait de faire. Elle conclut à l'issue d'un examen minutieux des dispositions de la DP qu'il y avait intention que la présentation d'une soumission conforme crée un lien contractuel. Par exemple, elle relève que les soumissions devaient être irrévocables pendant 60 jours et que chaque soumissionnaire devait verser 50 000 \$ à titre de garantie, montant qui passait à 200 000 \$ si sa proposition était retenue. Toute modification de la proposition avant la date de clôture devait être faite par écrit, porter les

out detailed evaluation criteria and specified that they were to be the only criteria to be used to evaluate proposals. A specific form of alliance agreement was attached. There were detailed provisions about pricing that were fixed and non-negotiable. A proponent was required to accept this form of contract substantially, and security was lost if an agreement was not executed. The Ministry reserved a right to cancel the RFP under s. 2.9 but in such event was obliged to reimburse proponents for costs incurred in preparing their bids up to \$15,000 each. Proponents had to submit a signed proposal form, which established that they offered to execute an agreement substantially in the form included in the RFP package. Further, they acknowledged that the security could be forfeited if they were selected as the preferred proponent and failed to enter into good faith discussions with the Ministry to reach an agreement and sign the alliance agreement.

[20] In summary, as the trial judge found, the RFP set out a specifically defined project, invited proposals from a closed and specific list of eligible proponents, and contemplated that proposals would be evaluated according to specific criteria. Negotiation of the alliance construction contract was required, but the negotiation was constrained and did not go to the fundamental details of either the procurement process or the ultimate contract.

[21] There is, therefore, no basis to interfere with the judge's finding that there was an intent to create contractual obligations upon submission of a compliant bid. I add, however, that the tender call in this case did not give rise to the classic Contract A/Contract B framework in which the bidder submits an irrevocable bid and undertakes to enter into Contract B on those terms if it is accepted. The alliance model process which was used here was more complicated than that and involved good faith negotiations for a Contract B in the form set out in the tender documents. But in my view, this should not distract us from the main question here. We do not have to spell out all of the terms of Contract A, let alone of Contract B, so as to define all of the duties and obligations of both

signatures requises et être reçue avant cette date. La DP donnait en outre le détail des critères d'évaluation, précisant qu'il s'agissait des seuls applicables. L'ébauche d'un accord de partenariat y était jointe. Des dispositions précises et non négociables sur les coûts y étaient prévues. Le soumissionnaire devait adhérer en substance à cette forme de contrat, sinon il perdait le montant de la garantie. À la clause 2.9, le ministère se réservait le droit d'annuler la DP, mais il devait alors rembourser les proposants des frais engagés pour la préparation des propositions, jusqu'à concurrence de 15 000 \$ chacun. Le formulaire de proposition que devait signer le soumissionnaire portait qu'il s'engageait à signer un accord revêtant essentiellement la forme de celui compris dans les documents de la DP. Le proposant reconnaissait en outre que si son offre était retenue, l'omission de négocier de bonne foi avec le ministère en vue de la conclusion d'une entente et de signer l'accord de partenariat pouvait entraîner la perte du dépôt de garantie.

[20] En résumé, comme le conclut la juge, la DP décrivait un projet précis, invitait un certain nombre de proposants admissibles à soumissionner et indiquait que les propositions seraient considérées au regard de critères établis. Il devait y avoir négociation de l'accord de construction en partenariat, mais à l'intérieur de certaines limites et elle ne devait pas porter sur les éléments fondamentaux du processus d'appel d'offres ou du contrat final.

[21] Il n'y a donc pas lieu de modifier la conclusion de la juge selon laquelle il y avait intention de faire en sorte que la présentation d'une soumission conforme fasse naître des obligations contractuelles. J'ajoute cependant que l'appel d'offres considéré en l'espèce ne correspondait pas au modèle classique du contrat A et du contrat B où le soumissionnaire présente une offre irrévocable et s'engage à conclure le contrat B aux mêmes conditions s'il est choisi. Le modèle du partenariat adopté en l'espèce était plus complexe et supposait des négociations de bonne foi en vue de la conclusion du contrat B revêtant la forme indiquée dans les documents de l'appel d'offres. Toutefois, cette particularité ne doit pas nous faire perdre de vue la principale question en litige. Point n'est besoin d'exposer

the bidders and the Province. The question here is much narrower: did contractual obligations arise as a result of Tercon's compliant bid and, if so, was it a term of that contract that the Province would only entertain bids from eligible bidders? The trial judge found offer, acceptance and consideration in the invitation to tender and Tercon's bid. There is no basis, in my respectful view, to challenge that finding even if it were open to the Province to try to do so at this late stage of the litigation.

4. The Trial Judge's Finding Concerning Eligibility

[22] It was not contested at trial that only the six original proponents that qualified through the RFEI process were eligible to bid. This point is not in issue on appeal; the question is what this eligibility requirement means. It will be helpful, therefore, to set out the background about this limited eligibility to bid in this tendering process.

[23] To begin, it is worth repeating that there is no doubt that the Province was contractually bound to accept bids only from eligible bidders. This duty may be implied even absent express stipulation. For example, in *M.J.B.*, the Court found that an implied obligation to accept only compliant bids was necessary to give business efficacy to the tendering process, noting, at para. 41, that a bidder must expend effort and incur expense in preparing its bid and must submit bid security and that it is "obvious" that it makes "little sense" for the bidder to comply with these requirements if the owner "is allowed, in effect, to circumscribe this process and accept a non-compliant bid". But again, whether such a duty should be implied in any given case will depend on the dealings between the parties. Here, however, there is no need to rely on implied terms. The obligation to consider only bids from eligible bidders

toutes les conditions du contrat A, encore moins celles du contrat B, pour circonscrire les obligations respectives du soumissionnaire et de la province. La question qu'il nous faut trancher est beaucoup plus étroite : la présentation d'une soumission conforme par Tercon a-t-elle fait naître des obligations contractuelles et, dans l'affirmative, l'obligation que la province n'examine que les propositions de soumissionnaires admissibles en faisait-elle partie? La juge de première instance estime qu'il y a eu offre, acceptation et contrepartie dans l'appel d'offres et dans la présentation d'une soumission par Tercon. Même si la province pouvait contester cette conclusion à ce stade avancé de l'instance, elle n'aurait à mon avis aucun motif valable de le faire.

4. La conclusion de la juge de première instance sur l'admissibilité

[22] Nulle partie n'a contesté en première instance que seules les six entreprises intéressées initialement, qui s'étaient rendues admissibles en répondant à la DEI, étaient admises à soumissionner. Ce point échappe donc au présent pourvoi. La question est de savoir ce qu'il en est de cette condition d'admissibilité. Le contexte de cette limitation de l'admissibilité au processus d'appel d'offres est donc susceptible de nous éclairer.

[23] D'abord, il convient de répéter qu'il ne fait aucun doute que la province était contractuellement tenue de n'accepter que les propositions de soumissionnaires admissibles. Même en l'absence d'une stipulation expresse, cette obligation peut être inférée. Dans l'arrêt *M.J.B.*, par exemple, notre Cour a statué que l'obligation tacite de n'accepter que les soumissions conformes était nécessaire à l'efficacité commerciale du processus d'appel d'offres, signalant au par. 41 qu'un soumissionnaire doit consacrer efforts et sommes d'argent à la préparation de sa soumission et verser une garantie, de sorte qu'il est « évident » qu'il serait « déraisonnable » qu'il doive satisfaire à ces exigences si le propriétaire « peut, dans les faits, contourner ce processus et accepter une soumission non conforme ». Mais encore une fois, ce sont les échanges entre les parties qui déterminent s'il y a lieu d'inférer l'existence d'une telle

was stated expressly in the tender documents and in the required ministerial approval of the process which they described.

[24] As noted, in early 2000, the Province issued a RFEI based on a design-build model; the contractor would both design and build the highway. The RFEI contemplated that a short list of three qualified contractors, or teams composed of contractors and consultants, would be nominated as proponents. Each was to provide a description of the legal structure of the team and to describe the role of each team member along with the extent of involvement of each team member as a percentage of the total scope of the project and an organization chart showing each team member's role. Any change in team management or key positions required notice in writing to the Province which reserved the right to disqualify the proponent if the change materially and negatively affected the ability of the team to carry out the project.

[25] Expressions of interest ("EOI") were received from six teams including Tercon and Brentwood. The evaluation panel and independent review panel recommended a short list of three proponents with Tercon topping the evaluation. Brentwood was evaluated fifth and was not on the short list. Brentwood was known to lack expertise in drilling and blasting and so its EOI had included an outline of the key team members with that experience. EAC did not participate and had no role in the Brentwood submission. The results of this evaluation were not communicated and the process did not proceed because the Province decided to design the project itself and issue an RFP for an alliance model contract to construct the highway.

[26] It was clear from the outset that only those who had submitted proposals during the RFEI process would be eligible to submit proposals under the RFP. This was specified in the approval of the process by the Minister of Transportation and

obligation. Cependant, en l'espèce, toute inférence est inutile, car l'obligation de considérer seulement les propositions de soumissionnaires admissibles figurait expressément dans le dossier d'appel d'offres et dans l'approbation ministérielle requise du processus qui y était décrit.

[24] Rappelons qu'au début de l'année 2000, la province a lancé une DEI pour un projet où l'entrepreneur était appelé à concevoir une route puis à la construire. Suivant la DEI, le nombre de proposants devait être ramené à trois, qu'il s'agisse d'entrepreneurs ou d'équipes d'entrepreneurs et de consultants, tous qualifiés. Chaque proposant devait préciser la structure juridique de l'équipe, le rôle de chacun de ses membres ainsi que le pourcentage de sa contribution à l'ensemble du projet, et remettre un organigramme indiquant la tâche de chacun. Toute modification touchant la direction de l'équipe ou les postes clés devait être notifiée par écrit à la province, qui se réservait le droit d'écarter le proposant si la modification compromettrait substantiellement l'aptitude à mener le projet à bien.

[25] Six équipes, dont Tercon et Brentwood, ont manifesté leur intérêt. Le comité d'évaluation et le comité de révision indépendant ont recommandé de retenir trois proposants, dont Tercon en tête de liste. Classée cinquième, Brentwood ne figurait pas sur cette liste. Comme elle n'avait pas d'expertise dans les domaines du forage et du dynamitage, Brentwood avait énuméré les membres clés de son équipe dotés de cette expertise. EAC n'a pas participé au processus ni joué de rôle dans la soumission de Brentwood. Les résultats de cette évaluation n'ont pas été communiqués, et la province a mis fin au processus après avoir décidé de se charger elle-même de la conception du projet et de demander des propositions en vue de la mise sur pied d'un partenariat pour la construction de la route.

[26] Il était clair dès le départ que seules les entreprises qui avaient manifesté leur intérêt pourraient présenter une proposition. C'est ce que prévoyait l'approbation du processus donnée par le ministre des Transports et de la Voirie (« ministre ») avant le

Highways (“Minister”) before the RFP was issued. It is worth pausing here to briefly look at the Minister’s role.

[27] Pursuant to s. 23 of the *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1996, c. 311, the legislation in force at the relevant time, the Minister was required to invite public tenders for road construction unless he or she determined that another process would result in competitively established costs for the work. The section provided:

23 (1) The minister must invite tenders by public advertisement, or if that is impracticable, by public notice, for the construction and repair of all government buildings, highways and public works, except for the following:

. . . .

(c) if the minister determines that an alternative contracting process will result in competitively established costs for the performance of the work.

(2) The minister must cause all tenders received to be opened in public, at a time and place stated in the advertisement or notice.

(3) The prices must be made known at the time the tenders are opened.

(4) In all cases where the minister believes it is not expedient to let the work to the lowest bidder, the minister must report to and obtain the approval of the Lieutenant Governor in Council before passing by the lowest tender, except if delay would be injurious to the public interest.

. . . .

[28] These provisions make clear that the work in this case had to be awarded by public tender, absent the Minister’s approval of an alternative process, and had to be awarded to the lowest bidder, absent approval of the Lieutenant Governor in Council. As noted, ministerial approval was given for an alternative process under s. 23(1)(c). The Minister issued

lancement de la DP. Il convient de se pencher brièvement sur le rôle du ministre.

[27] Suivant l’article 23 de la loi applicable à l’époque — la *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 311 —, le ministre devait lancer un appel d’offres pour la construction d’une route, sauf s’il était d’avis qu’un autre moyen permettrait la réalisation des travaux à un coût concurrentiel. L’article prévoyait notamment ce qui suit :

[TRADUCTION]

23 (1) Le ministre procède à un appel d’offres par annonce publique ou, lorsque c’est impossible, par avis public, pour la construction et la réparation d’un immeuble gouvernemental, d’une route ou d’un ouvrage public, sauf dans les cas suivants :

. . . .

c) il estime qu’un autre processus d’adjudication de marché permettra la réalisation des travaux à un coût concurrentiel.

(2) Le ministre veille à ce que toutes les soumissions reçues soient ouvertes en public à la date, à l’heure et à l’endroit indiqués dans l’annonce ou dans l’avis.

(3) Les prix doivent être communiqués lors de l’ouverture des soumissions.

(4) Lorsqu’il estime qu’il n’est pas opportun d’adjudger le marché au soumissionnaire le moins disant, le ministre en informe le lieutenant-gouverneur en conseil et obtient l’autorisation de ne pas retenir ce soumissionnaire, sauf s’il en résulte un retard préjudiciable à l’intérêt public.

. . . .

[28] Il ressort de ces dispositions qu’à défaut de l’approbation d’un autre processus par le ministre, le marché devait en l’espèce être attribué par voie d’appel d’offres et que, sauf autorisation du lieutenant-gouverneur de choisir un autre adjudicataire, le marché devait être adjugé au soumissionnaire le moins disant. Un autre processus

a notice that, pursuant to that section, he approved the process set out in an attached document and had determined it to be an alternative contracting process that would result in competitively established costs for the performance of the work. The attached document outlined in seven numbered paragraphs the process that had been approved.

[29] The document described the background of the public RFEI (which I have set out earlier), noting that *only those firms identified through the EOI process would be eligible to submit proposals for the work* and that they would receive invitations to do so. The Minister's approval in fact referred to the firms who had been short-listed from the RFEI process as being eligible. If this were taken to refer only to the three proponents identified by the evaluation process of the RFEI, Tercon would be included but Brentwood would not. However, no one has suggested that anything turns on this and it seems clear that ultimately all six of the RFEI proponents — including both Tercon and Brentwood — were intended to be eligible. The ministerial approval then briefly set out the process. Proposals “by short-listed firms” were to be evaluated “using the considerations set out in the RFP”.

[30] It is clear, therefore, that participation in the RFP process approved by the Minister was limited to those who had participated in the RFEI process.

[31] The Province's factum implies that the Minister approved inclusion of the exclusion clause in the RFP. However, there is no evidence of this in the record before the Court. The Minister's approval is before us. It is dated as having been prepared on August 23, 2000 and signed on October 19, 2000, and approves a process outlined in a two-page document attached to it. It says nothing about exclusion of the Province's liability. The RFP, containing the exclusion clause in issue here, is dated January 15, 2001 and was sent out to eligible bidders under cover of a letter of the

d'adjudication a fait l'objet d'une approbation ministérielle conformément à l'al. 23(1)c). Le ministre a donné avis de son approbation, en vertu de cette disposition, du processus décrit dans un document joint en annexe et de sa conclusion qu'il s'agissait d'un processus d'adjudication de marché permettant la réalisation des travaux à un coût concurrentiel. Le document joint en annexe décrivait en sept paragraphes numérotés le processus approuvé.

[29] Ce document faisait état du contexte (mentionné précédemment) de la DEI publique, précisant que *seules les entreprises retenues à l'issue du processus d'expression d'intérêt pourraient présenter une proposition* et seraient invitées à le faire. L'approbation ministérielle visait en fait les entreprises jugées admissibles par suite de la DEI. S'il s'agissait seulement des trois proposant sélectionnés dans le cadre de cette première évaluation, Tercon en faisait partie, mais non Brentwood. Or, nul ne laisse entendre que ce point est décisif à quelque égard, et il semble clair que, finalement, les six entreprises ayant donné suite à la DEI, dont Tercon et Brentwood, étaient tenues pour admissibles. L'approbation ministérielle décrit ensuite brièvement le processus. Les propositions des entreprises présélectionnées devaient être évaluées [TRADUCTION] « en fonction des critères énoncés dans la DP ».

[30] Il ne fait donc aucun doute que la participation au processus de DP approuvé par le ministre était réservée aux entreprises qui avaient répondu à la DEI.

[31] Dans son mémoire, la province laisse entendre que le ministre a approuvé la clause de non-recours figurant dans la DP. Or, selon le dossier de la Cour, aucun élément n'étaye sa prétention. Nous disposons du texte de l'approbation ministérielle. Suivant la date qui y est apposée, elle aurait été rédigée le 23 août 2000 et signée le 19 octobre de la même année. Elle vise le processus énoncé dans le document de deux pages qui y est joint. Aucune mention n'y est faite de la non-responsabilité de la province. La DP, qui renferme la clause de non-recours litigieuse, porte la date du 15 janvier 2001

same date, some three months after the Minister's approval.

[32] The RFP is a lengthy document, containing detailed instructions to proponents, required forms, a time schedule of the work, detailed provisions concerning contract pricing, a draft of the ultimate construction contract and many other things. Most relevant for our purposes are the terms of the instructions to proponents and in particular the eligibility requirements for bidders.

[33] The RFP reiterates in unequivocal terms that eligibility to bid was restricted as set out in the ministerial approval. It also underlines the significance of the identity of the proponent. In s. 1.1, the RFP specifies that only the six teams involved in the RFEI would be eligible. The term "proponent", which refers to a bidder, is defined in s. 8 as "a team that has become eligible to respond to the RFP as described in Section 1.1 of the Instructions to Proponents". Section 2.8(a) of the RFP stipulates that *only* the six proponents qualified through the RFEI process were eligible and that *proposals received from any other party would not be considered*. In short, there were potentially only six participants and "Contract A" could not arise by the submission of a bid from any other party.

[34] The RFP also addressed material changes to the proponent, including changes in the proponent's team members and its financial ability to undertake and complete the work. Section 2.8(b) of the RFP provided in part as follows:

If in the opinion of the Ministry a material change has occurred to the Proponent since its qualification under the RFEI, including if the composition of the Proponent's team members has changed . . . or if, for financial or other reasons, the Proponent's ability to undertake and complete the Work has changed, then the

et elle a été envoyée aux soumissionnaires admissibles avec lettre d'accompagnement datée du même jour quelque trois mois après l'approbation ministérielle.

[32] La DP est un document volumineux renfermant des instructions détaillées à l'intention des proposants, des formulaires à remplir, un calendrier des travaux, des dispositions précises sur la fixation du prix du contrat, une ébauche de l'accord final de construction en partenariat et bien d'autres éléments. Toutefois, ce qui importe le plus pour les besoins du présent pourvoi c'est le libellé des instructions aux proposants et, plus particulièrement, les conditions d'admissibilité des soumissionnaires.

[33] La DP rappelle de manière non équivoque que l'admissibilité à soumissionner est limitée comme le prévoit l'approbation ministérielle. Elle souligne aussi que l'identité du proposant importe. Le paragraphe 1.1 dispose que seules les six équipes ayant répondu à la DEI sont admissibles. L'article 8 prévoit que [TRADUCTION] « proposant » — l'équivalent de « soumissionnaire » — [TRADUCTION] « s'entend d'une équipe admise à répondre à la DP suivant le libellé du par. 1.1 des instructions aux proposants ». L'alinéa 2.8a) de la DP précise que *seuls* les six proposants devenus admissibles en répondant à la DEI peuvent soumissionner et qu'*aucune proposition d'une autre personne ne sera examinée*. En somme, il ne pouvait y avoir que six participants, et le « contrat A » ne pouvait naître de la présentation d'une proposition présentée par une autre personne.

[34] La DP aborde aussi la question de la modification substantielle visant un proposant, notamment en ce qui concerne la composition de son équipe et son aptitude financière à entreprendre les travaux et à les mener à bien. L'alinéa 2.8b) prévoit notamment ce qui suit :

[TRADUCTION] Lorsque de l'avis du ministère, depuis que le proposant est devenu admissible en répondant à la DEI, une modification substantielle le concernant s'est produite, notamment en ce qui a trait à la composition de son équipe [. . .] ou à son aptitude financière ou autre à entreprendre les travaux ou à les mener à bien, il peut

Ministry may request the Proponent to submit further supporting information as the Ministry may request in support of the Proponent's qualification to perform the Work. If in the sole discretion of the Ministry as a result of the changes the Proponent is not sufficiently qualified to perform the Work then the Ministry reserves the right to disqualify that Proponent, and reject its Proposal.

[35] The proponent was to provide an organization chart outlining the proponent's team members, structure and roles. If the team members were different from the RFEI process submission, an explanation was to be provided for the changes: s. 4.2(b)i). A list of subcontractors and suppliers was also to be provided and the Ministry had to be notified of any changes: s. 4.2(e).

[36] The RFP provided proponents with a mechanism to determine whether they remained qualified to submit a proposal. If a proponent was concerned about its eligibility as a result of a material change, it could make a preliminary submission to the Ministry describing the nature of the changes and the Ministry would give a written decision as to whether the proponent was still qualified: s. 2.8(b).

[37] Brentwood tried to take advantage of this process. The trial judge thoroughly outlined this, at paras. 17-23 of her reasons. In brief, Brentwood lacked expertise in drilling and blasting and by the time the RFP was issued, it faced limited local bonding capacity due to commitments to other projects, a shorter construction period, the potential unavailability of subcontractors and limited equipment to perform the work. It in fact considered not bidding at all. Instead, however, it entered into a pre-bidding agreement with EAC that the work would be undertaken by a joint venture of Brentwood and EAC and that upon being awarded the work, they would enter into a joint venture agreement and would share 50/50 the costs, expenses, losses and gains. The trial judge noted that it was common in the industry for contractors to agree to a joint venture on the basis of a pre-bid agreement with the specifics of the joint venture to be worked out once the contract was awarded and that Brentwood and EAC

exiger du proposant d'autres renseignements établissant qu'il est en mesure d'exécuter les travaux. Lorsque, à son seul gré, il estime que la modification fait en sorte que le proposant n'est pas suffisamment apte à exécuter les travaux, le ministère se réserve le droit de l'écarter et de rejeter sa proposition.

[35] Le proposant devait fournir un organigramme indiquant la composition et la structure de son équipe et le rôle de ses membres. Lorsque les membres de son équipe n'étaient pas les mêmes que ceux mentionnés dans sa réponse à la DEI, il devait s'en expliquer : sous-al. 4.2b)i). Une liste de sous-traitants et de fournisseurs devait également être remise, et tout changement qui y était apporté devait être notifié au ministère : al. 4.2e).

[36] La DP prévoyait un mécanisme permettant au proposant de s'assurer qu'il était toujours admissible. Le proposant désireux de savoir si un changement substantiel compromettrait son admissibilité à soumissionner pouvait en communiquer la nature au ministère en vue d'obtenir une décision préalable confirmant ou non qu'il était toujours admissible : al. 2.8b).

[37] Brentwood a tenté de se prévaloir de ce mécanisme, et la juge de première instance relate sa démarche en détail aux par. 17 à 23 de ses motifs. Pour résumer, Brentwood n'avait pas d'expertise en matière de forage et de dynamitage et lorsque la DP a été lancée, le cautionnement qu'elle pouvait offrir était limité par d'autres engagements, la période de construction était écourtée, des sous-traitants pouvaient ne plus être disponibles et le matériel dont elle disposait pour exécuter les travaux était restreint. Elle a d'ailleurs envisagé de ne pas présenter de proposition du tout. Elle a cependant conclu avec EAC une entente préalable à la soumission prévoyant qu'elles réaliseraient les travaux en coentreprise et que, dès l'adjudication du marché, elles concluraient un accord de coentreprise et se répartiraient à parts égales les coûts, les dépenses, les pertes et les bénéfices. La juge signale qu'il est courant dans ce secteur d'activité qu'avant le dépôt d'une soumission, des entrepreneurs conviennent

acted consistently throughout in accordance with this industry standard.

[38] Brentwood sent the Province's project manager, Mr. Tasaka, a preliminary submission as provided for in s. 2.8(b) of the RFP, advising of a material change in its team's structure in that it wished to form a joint venture with EAC. This was done, the trial judge found, because Brentwood thought it would be disqualified if it submitted a proposal as a joint venture without the Ministry's prior approval under this section of the RFP. The Province never responded in writing as it ought to have according to s. 2.8(b).

[39] It seems to have been assumed by everyone that a joint venture of Brentwood and EAC was not eligible because this change would not simply be a change in the composition of the bidder's team, but in effect a new bidder. Without reviewing in detail all of the evidence referred to by the trial judge, it is fair to say that although Brentwood ultimately submitted a proposal in its own name, the proposal in substance was from the Brentwood/EAC joint venture and was evaluated as such. As the trial judge concluded:

The substance of the proposal was as a joint venture and this must have been apparent to all. The [project evaluation panel] approved Brentwood/EAC as joint venturers as the preferred proponent. The [panel] was satisfied that Tercon had the capacity and commitment to do the job but preferred the joint venture submission of Brentwood/EAC. [para. 53]

[40] There was some suggestion by the Province during oral argument that the trial judge had wrongly imposed on it a duty to investigate Brentwood's bid, a duty rejected by the majority of the Court in *Double N Earthmovers Ltd. v. Edmonton (City)*, 2007 SCC 3, [2007] 1 S.C.R. 116. In my view, the trial judge did no such thing. As her detailed findings make clear, the Province: (1) fully understood that the Brentwood bid was in fact on behalf of a joint venture of Brentwood and EAC; (2) thought

de la création d'une coentreprise dont les modalités seront arrêtées dès l'adjudication du contrat. Elle ajoute que Brentwood et EAC ont toujours agi dans le respect de cette pratique établie.

[38] Conformément à l'al. 2.8b) de la DP, Brentwood a fait parvenir au gestionnaire du projet, M. Tasaka, une proposition préliminaire qui signalait la modification substantielle de la structure de son équipe résultant de son intention de former une coentreprise avec EAC. Selon la juge de première instance, Brentwood l'a fait parce qu'elle pensait que sa proposition serait rejetée si elle était présentée au nom d'une coentreprise sans que le ministre n'ait donné son approbation au préalable en application de cette disposition de la DP. La province n'a jamais répondu par écrit comme elle était censée le faire suivant l'al. 2.8b).

[39] Tous les intéressés semblent avoir tenu la coentreprise Brentwood/EAC pour inadmissible du fait que la composition de l'équipe n'était pas simplement modifiée, mais qu'un nouveau soumissionnaire voyait en fait le jour. Sans analyser en détail tous les éléments de preuve mentionnés par la juge de première instance, on peut à juste titre affirmer que même si la proposition de Brentwood a été présentée en son seul nom, elle provenait essentiellement de la coentreprise Brentwood/EAC et elle a été considérée en conséquence. Selon la juge,

[TRADUCTION] [I]a proposition était essentiellement celle d'une coentreprise, ce qui a dû être évident pour tout le monde. Le [comité d'évaluation du projet] a arrêté son choix sur la coentreprise Brentwood/EAC. Il estimait que Tercon avait les moyens et la détermination nécessaires pour réaliser les travaux, mais il a préféré la proposition de Brentwood/EAC. [par. 53]

[40] Dans sa plaidoirie orale, la province a laissé entendre que la juge lui avait imputé à tort l'obligation de vérifier la soumission de Brentwood, ce qui allait à l'encontre de l'avis des juges majoritaires de notre Cour dans l'arrêt *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, 2007 CSC 3, [2007] 1 R.C.S. 116. Je ne crois pas que cela ait été le cas. Il ressort des conclusions détaillées de la juge que la province (1) savait pertinemment que la soumission de Brentwood était en fait celle d'une coentreprise

that a bid from that joint venture was not eligible; and (3) took active steps to obscure the reality of the situation. No investigation was required for the Province to know these things and the judge imposed no duty to engage in one.

5. The Province's Submissions

[41] I will address the Province's first two points together:

- (i) a joint venture is not a legal person and therefore the Province could not and did not contract with a joint venture; and
- (ii) it did not award the contract to EAC and EAC had no contractual responsibility to the Province for failure to perform the contract.

[42] I cannot accept these submissions. The issue is not, as these arguments assume, whether the Province contracted with a joint venture or whether EAC had contractual obligations to the Province. The issue is whether the Province considered an ineligible bid; the point of substance is whether the bid was from an eligible bidder.

[43] At trial there was no contest that a bid from a joint venture involving an ineligible bidder would be ineligible. The Province's position was that there was no need to look beyond the face of the bid to determine who was bidding: the proposal was in the name of Brentwood and therefore the bid was from a compliant bidder. Respectfully, I see no error in the trial judge's rejection of this position. There was a mountain of evidence to support the judge's conclusions that first, Brentwood's bid, in fact if not in form, was on behalf of a joint venture between itself and EAC; second, the Province knew this and took the position that it could not consider a bid from or award the work to that joint venture; third, the existence of the joint venture was a material consideration in favour of the Brentwood bid during the evaluation process; and finally, that steps were taken by revising and drafting documentation to obfuscate the reality of the situation.

formée avec EAC, (2) qu'elle estimait que la proposition de cette coentreprise était inadmissible et (3) qu'elle s'est activement employée à gommer ce fait. Nulle vérification ne s'imposait à cet égard, et la juge n'a pas imputé d'obligation de vérification à la province.

5. La thèse de la province

[41] Je me penche maintenant sur les deux premiers arguments de la province :

- (i) une coentreprise étant dépourvue de la personnalité morale, la province ne pouvait contracter avec elle et elle ne l'a pas fait;
- (ii) elle n'a pas adjugé le marché à EAC, et EAC n'avait envers elle aucune responsabilité en cas d'inexécution du contrat.

[42] Je ne peux faire droit à ces prétentions. Il ne s'agit pas de savoir si la province a contracté avec une coentreprise ou si EAC avait des obligations contractuelles envers elle, mais bien si la province a considéré une proposition inadmissible. Il faut déterminer si la proposition provenait d'un soumissionnaire admissible.

[43] Au procès, nul n'a contesté l'inadmissibilité d'une coentreprise comptant en son sein un soumissionnaire inadmissible. La province affirme qu'elle n'avait pas à se demander si la proposition provenait d'une autre entreprise que celle nommée : la proposition était présentée au nom de Brentwood, un soumissionnaire admissible. Je suis pourtant d'avis que la juge de première instance n'a pas eu tort d'écarter cet argument. Une preuve plus qu'abondante étayait ses conclusions selon lesquelles (1) la soumission de Brentwood, en dépit des apparences, était en fait présentée par la coentreprise avec EAC, (2) la province le savait et estimait qu'elle ne pouvait ni considérer la proposition de cette coentreprise ni adjuger le contrat à celle-ci, (3) l'existence de la coentreprise jouait en faveur de Brentwood dans le cadre du processus d'évaluation des propositions et, enfin, (4) la province s'est employée à masquer cette réalité en révisant et en rédigeant la documentation.

[44] Brentwood was one of the original RFEI proponents and was of course eligible to bid, subject to material changes in the composition of its team. EAC had not submitted a proposal during the RFEI process. It had been involved in advising the Ministry in relation to the project in 1998 and, in the fall of 2000, the Ministry had asked EAC to prepare an internal bid for comparison purposes (although EAC did not do so) as EAC was not entitled to bid on the Project.

[45] As noted earlier, after the RFP was issued, Brentwood and EAC entered into a pre-bidding agreement that provided that the work would be undertaken in the name of Brentwood/Anderson, a joint venture, that the work would be sponsored and managed by the joint venture and that upon being awarded the contract, the parties would enter into a joint venture agreement. Brentwood advised the Ministry in writing that it was forming a joint venture with EAC “to submit a more competitive price”; this fax was in effect a preliminary submission contemplated by s. 2.8(b) of the RFP and was written, as the trial judge found, because Brentwood assumed that it could be disqualified if it submitted a proposal as a joint venture unless prior arrangements had been made. The Province never responded in writing to this preliminary submission, as required by s. 2.8(b). There were, however, discussions with the Province’s project manager, Mr. Tasaka who, the trial judge found, understood that a joint venture from Brentwood and EAC would not be eligible. As the judge put it, the Province’s position appears to have been that the Brentwood/EAC proposal could proceed as long as the submission was in the name of Brentwood.

[46] In the result, EAC was listed in the ultimate submission as a “major member” of the team. The legal relationship with EAC was not specified and EAC was listed as a subcontractor even though, as the trial judge found, their relationship bore no resemblance to a standard subcontractor agreement. The trial judge found as facts — and these findings are not challenged — that Brentwood and EAC always intended between themselves to form a joint venture and to formalize that arrangement once the contract was secured, and further, that the

[44] Comme Brentwood faisait partie des entreprises ayant initialement répondu à la DEI, elle était bien sûr admise à soumissionner, sauf modification substantielle de la composition de son équipe. EAC n’avait pas donné suite à la DEI. En 1998, elle avait conseillé le ministère relativement au projet et, à l’automne 2000, ce dernier lui avait demandé de préparer une soumission interne aux fins de comparaison (ce qu’elle n’a cependant pas fait) puisqu’elle n’était pas admise à soumissionner.

[45] Rappelons qu’après le lancement de la DP, Brentwood et EAC ont conclu un accord préalable à la proposition prévoyant que les travaux seraient entrepris au nom de la coentreprise, que celle-ci les financerait et les gèrerait et qu’un accord de coentreprise interviendrait si le contrat leur était adjugé. Brentwood a informé le ministère par écrit qu’elle formait une coentreprise avec EAC [TRADUCTION] « afin de présenter une soumission plus concurrentielle ». Le document télécopié constituait en fait la proposition préliminaire visée à l’al. 2.8b) de la DP et, suivant la juge de première instance, Brentwood l’avait envoyé parce qu’elle pensait que faute de démarches préalables, la soumission présentée au nom de la coentreprise pouvait être rejetée. La province n’y a jamais donné suite par écrit comme l’exigeait l’al. 2.8b). Cependant, des discussions ont eu lieu avec le gestionnaire du projet, M. Tasaka, qui, selon la juge de première instance, était conscient de l’inadmissibilité d’une coentreprise formée de Brentwood et d’EAC. Comme le dit la juge, la province paraît avoir estimé que la soumission de Brentwood/EAC pouvait être considérée si elle était présentée au nom de Brentwood.

[46] Dans la proposition finale, EAC a donc été qualifiée de [TRADUCTION] « membre important » de l’équipe. Le lien juridique entre Brentwood et EAC n’était pas précisé, et EAC figurait dans la liste des sous-traitants, même si, comme l’indique la juge de première instance, la relation entre les deux parties ne s’apparentait en rien à celle créée par un contrat de sous-traitance. La juge conclut — et nul ne conteste — que Brentwood et EAC ont toujours eu l’intention commune de former une coentreprise et de rendre celle-ci officielle une fois le contrat

role of EAC was purposefully obfuscated in the bid to avoid an apparent conflict with s. 2.8(a) of the RFP.

[47] During the selection process, it became clear that the bid was in reality on behalf of a joint venture. The project evaluation panel (“PEP”) requested better information than provided in the bid about the structure of the business arrangements between Brentwood and EAC. Brentwood responded by disclosing the pre-bid agreement between them to form a 50/50 joint venture if successful. The PEP understood from this that Brentwood and EAC had a similar interest in the risk and reward under the contract and that this helped satisfy them that the “risk/reward” aspect of the alliance contract could be negotiated with them flexibly. The PEP clearly did not consider EAC to be a subcontractor although shown as such in the bid. In its step 6 report, the PEP consistently referred to the proponent as being a joint venture of Brentwood and EAC or as “Brentwood/EAC” and the trial judge found that it was on the basis that they were indeed a joint venture that PEP approved Brentwood/EAC as the preferred proponent. This step 6 report was ultimately revised to refer only to the Brentwood team as the official proponent. The trial judge found as a fact that this revision was made because “it was apparent that a joint venture was not eligible to submit a proposal” (para. 56).

[48] The findings of the trial judge and the record make it clear that it was no mere question of form rather than a matter of substance whether the bidder was Brentwood with other team members or, as it in fact was, the Brentwood/EAC joint venture. As she noted, at para. 121 of her reasons, the whole purpose of the joint venture was to allow submission of a more competitive price than it would have been able to do as a proponent with a team as allowed under s. 2.8(b) of the RFP. The joint venture permitted a 50/50 sharing of risk and reward and co-management of the project while at the same time avoiding the restrictions on subcontracting in the tendering documents. As the judge put it, the bid by the joint venture constituted “material non-compliance” with the tendering contract: “. . .

obtenu et que le rôle d’EAC a été occulté à dessein dans la proposition afin d’éviter toute inobservation apparente de l’al. 2.8a) de la DP.

[47] Il est apparu clairement au cours du processus de sélection que la soumission était en fait présentée au nom d’une coentreprise. Le comité d’évaluation du projet (« CEP ») a demandé plus de précisions sur les liens d’affaires entre Brentwood et EAC. Brentwood a alors révélé l’existence de l’accord préalable prévoyant la formation d’une coentreprise à parts égales si sa soumission était retenue. Le CEP en a déduit que Brentwood et EAC avaient une même participation aux risques et aux bénéfices découlant du marché, ce qui a contribué à le convaincre qu’elles pourraient faire preuve de souplesse dans la négociation du volet « risques/bénéfices » de l’accord de partenariat. Manifestement, le CEP n’a pas considéré EAC comme un sous-traitant même si elle était présentée de la sorte dans la soumission. Dans son rapport de l’étape 6, le CEP renvoie systématiquement à la coentreprise formée de Brentwood et d’EAC ou à « Brentwood/EAC » pour parler du proposant. La juge de première instance conclut que c’est bien parce qu’elles formaient une coentreprise que le CEP a arrêté son choix sur elles. Le rapport a par la suite été modifié de façon que seule l’équipe Brentwood y figure comme proposant officiel. La juge de première instance y voit [TRADUCTION] « l’évidence qu’une coentreprise n’était pas admissible à soumissionner » (par. 56).

[48] Il ressort des conclusions de la juge de première instance et du dossier que la question de savoir si le soumissionnaire était Brentwood avec l’appui des autres membres de l’équipe ou — comme c’était effectivement le cas —, la coentreprise, ne tenait pas seulement à la forme, mais également au fond. La juge indique au par. 121 de ses motifs que la raison d’être de la coentreprise était essentiellement d’arriver à un prix plus concurrentiel que celui qu’aurait pu offrir un proposant appuyé d’une équipe comme le permettait l’al. 2.8b) de la DP. La coentreprise rendait possible le partage à parts égales des risques et des bénéfices ainsi que de la gestion du projet tout en soustrayant le soumissionnaire aux limitations de la sous-traitance prévues dans le dossier d’appel d’offres. Comme

the joint venture with EAC allowed Brentwood to put forward a more competitive price than contemplated under the RFEI proposal. This went to the essence of the tendering process” (para. 126).

[49] The Province suggests that the trial judge’s reasons allow form to triumph over substance. In my view, it is the Province’s position that better deserves that description. It had a bid which it knew to be on behalf of a joint venture, encouraged the bid to proceed and took steps to obfuscate the reality that it was on behalf of a joint venture. Permitting the bid to proceed in this way gave the joint venture a competitive advantage in the bidding process, and the record could not be clearer that the joint venture nature of the bid was one of its attractions during the selection process. The Province nonetheless submits that so long as only the name of Brentwood appears on the bid and ultimate Contract B, all is well. If ever a submission advocated placing form above substance, this is it.

[50] It is true that the Province had legal advice and did not proceed in defiance of it. However, the facts as found by the trial judge about this legal advice hardly advance the Province’s position. The judge found that the Province’s lawyer was not aware of the background relevant to the question of whether the Brentwood bid was eligible, never reviewed the proponent eligibility requirements in the RFP and was not asked to and did not direct his mind to the question of eligibility. As the trial judge put it, the lawyer “appears to have operated on the assumption that Brentwood had been irreversibly selected” (para. 70).

[51] The Brentwood/EAC joint venture having been selected as the preferred proponent, negotiations for the alliance contract ensued. The trial judge found that by this time, all agreed that a joint venture

l’explique la juge, la présentation d’une proposition par une coentreprise constituait une [TRADUCTION] « inexécution importante » du contrat issu de l’appel d’offres : [TRADUCTION] « . . . en formant une coentreprise avec EAC, Brentwood pouvait proposer un prix plus concurrentiel que celui offert en réponse à la DEI, ce qui touchait à l’essence même du processus d’appel d’offres » (par. 126).

[49] La province reproche à la juge de première instance de faire primer la forme sur le fond. À mon avis, c’est plutôt à sa thèse qu’on peut imputer pareille dérive. Elle avait en main une soumission qu’elle savait provenir d’une coentreprise, elle a encouragé sa présentation et elle a pris des mesures pour masquer le fait qu’elle était formulée par une coentreprise. Elle a ainsi conféré un avantage concurrentiel à celle-ci dans le processus d’appel d’offres, et il appert on ne peut plus clairement du dossier que l’existence de la coentreprise a été considérée comme un atout lors du processus de sélection. La province soutient néanmoins qu’il n’y a là rien d’irrégulier dans la mesure où le nom de Brentwood figurait sur la soumission, puis dans le contrat B. S’il est un argument qui fait primer la forme sur le fond, c’est bien celui-là.

[50] Certes, la province avait obtenu un avis juridique et elle n’a pas agi à l’encontre de celui-ci. Or, les faits établis selon la juge de première instance relativement à cet avis juridique n’appuient pas vraiment la prétention de la province. La juge relève que le conseiller juridique de la province ne disposait pas des éléments de contexte nécessaires pour déterminer si la soumission de Brentwood était admissible, il n’a jamais examiné les conditions d’admissibilité à soumissionner énoncées dans la DP et on ne lui a pas demandé de se pencher sur la question de l’admissibilité, ce qu’il n’a pas fait de son propre chef non plus. Comme le dit la juge, le conseiller juridique [TRADUCTION] « paraît avoir supposé au départ que Brentwood avait été irrévocablement retenue » (par. 70).

[51] La proposition de la coentreprise Brentwood/EAC ayant été retenue, les négociations en vue de la conclusion de l’accord de partenariat ont commencé. De l’avis de la juge de première instance,

was not an eligible proponent and the Ministry was taking the position that the contract could not be in the name of the joint venture. Brentwood and EAC executed a revised pre-contract agreement that provided, notwithstanding the letter of intent from the Ministry addressed to Brentwood indicating that the legal relationship between them would be contractor/subcontractor, the contract would be performed and the profits shared equally between them. The work was to be managed by a committee with equal representation, the bond required by the owner was to be provided by both parties and EAC indemnified Brentwood against half of any loss or cost incurred as a result of performance of the work. According to schedule B4 of the RFP, all subcontracts were to be attached to the RFP but no contract between Brentwood and EAC was ever provided or attached to the proposal.

[52] The Province has identified no palpable and overriding error in these many findings of fact by the trial judge. I conclude, therefore, that we must approach the case on the basis of the judge's finding that the bid was in fact, if not in form, submitted by a joint venture of Brentwood and EAC, that the Ministry was well aware of this, that the existence of the joint venture was a material consideration in favour of the bid during the evaluation process and that by bidding as a joint venture, Brentwood was given a competitive advantage in the bidding process.

[53] I reject the Ministry's submissions that all that matters is the form and not the substance of the arrangement. In my view, the trial judge's finding that this bid was in fact on behalf of a joint venture is unassailable.

[54] I turn to the Province's third point:

(iii) there was no term of the RFP that restricted the right of proponents to enter into joint venture agreements with others; this arrangement merely left Brentwood, the original

tous convenaient alors que la coentreprise n'était pas un soumissionnaire admissible, et le ministère estimait que le contrat ne pouvait être conclu avec elle. Brentwood et EAC ont signé un accord préalable modifié stipulant que, malgré la lettre d'intention du ministère adressée à Brentwood et selon laquelle la relation juridique entre les deux entreprises serait celle existant entre un entrepreneur et un sous-traitant, le contrat serait exécuté par les deux entreprises, et les bénéfices partagés entre elles à parts égales. L'accord prévoyait aussi que la gestion des travaux relèverait d'un comité constitué d'un nombre égal de représentants des deux entreprises, que le cautionnement exigé par le propriétaire serait fourni par les deux entreprises et qu'EAC dédommagerait Brentwood de la moitié des pertes ou des coûts découlant de l'exécution des travaux. Suivant l'annexe B4 de la DP, tous les sous-contrats devaient être joints à la proposition, mais nul contrat intervenu entre Brentwood et EAC ne l'avait été.

[52] La province ne relève aucune erreur manifeste et dominante dans ces nombreuses conclusions de fait tirées en première instance. J'estime donc qu'il nous faut trancher en tenant pour acquis, conformément à ces conclusions, que malgré les apparences, le soumissionnaire était en fait la coentreprise formée de Brentwood et d'EAC, le ministère le savait, l'existence de la coentreprise a été considérée comme un atout lors du processus d'évaluation et la présentation d'une proposition par une coentreprise a fait bénéficier Brentwood d'un avantage concurrentiel dans le processus d'appel d'offres.

[53] La prétention du ministère voulant que tout ce qui importe c'est la forme de l'accord, et non sa teneur, ne saurait tenir. Je conviens avec la juge de première instance que la proposition était en fait présentée par une coentreprise. Sa conclusion est inattaquable.

[54] Je passe maintenant au troisième argument de la province :

(iii) aucune disposition de la DP n'empêchait un proposant de conclure un accord de coentreprise; cette mesure permettait seulement à Brentwood, l'un des proposants initiaux, de

proponent in place and allowed it to enhance its ability to perform the work.

[55] This submission addresses the question of whether the joint venture was an eligible bidder. The Province submits that it is, arguing that s. 2.8(b) of the RFP shows that the RFP contemplated that each proponent would be supported by a team, that the composition of the team might change and that the Province under that section retained the right to approve or reject changes in the team of any proponent. I cannot accept these submissions.

[56] Section 2.8 must be read as a whole and in light of the ministerial approval which I have described earlier. Section 2.8(a), consistent with that approval, stipulates that only the six proponents qualified through the RFEI process were eligible to submit responses and that proposals from any other party “shall not be considered”. The word “proponent” is defined in s. 8 as a team that has become eligible to respond to the RFP. The material change provisions in s. 2.8(b) should not be read as negating the express provisions of the RFP and the ministerial approval of the process. When read as a whole, the provisions about material change do not permit the addition of a new entity as occurred here. The process actually followed was not the one specified in the bidding contract and was not authorized by the statute because it was not the one approved by the Minister.

[57] Moreover, even if one were to conclude (and I would not) that this change from the Brentwood team that participated in the RFEI to the Brentwood/EAC joint venture by whom the bid was submitted could fall within the material change provisions of s. 2.8(b), the Province never gave a written decision to permit this change as required by that provision. As the trial judge noted, in fact the Province’s position was that such a bid would not be eligible and its agents took steps to obfuscate the true proponent in the relevant documentation.

[58] The trial judge also found that there was an implied obligation of good faith in the contract and

demeurer en lice et d’accroître sa capacité d’exécuter les travaux.

[55] L’argument soulève la question de savoir si la coentreprise était un soumissionnaire admissible. La province prétend que c’était le cas, car selon elle, il appert de l’al. 2.8b) de la DP que chacun des soumissionnaires bénéficierait de l’appui d’une équipe, que la composition de cette équipe pouvait changer et que la province se réservait le droit d’approuver ou non la modification d’une équipe. Je ne puis adhérer à ce raisonnement.

[56] Il faut considérer l’art. 2.8 dans son ensemble et au vu de l’approbation ministérielle dont il est question précédemment. Conformément à cette approbation, l’al. 2.8a) prévoit que seuls les six proposants tenus pour admissibles à l’issue de la DEI peuvent présenter une proposition et que les propositions présentées par d’autres personnes [TRADUCTION] « ne seront pas examinées ». Suivant l’article 8, [TRADUCTION] « proposant » s’entend d’une équipe admise à répondre à la DP. L’alinéa 2.8b) — relatif aux changements substantiels — ne saurait être interprété de façon à contrecarrer les dispositions expresses de la DP et l’approbation ministérielle du processus. Considérées globalement, les dispositions relatives aux changements substantiels ne permettent pas l’adjonction d’une nouvelle entité comme celle qui a eu lieu en l’espèce. La procédure suivie dans les faits n’a pas été celle prévue dans le dossier d’appel d’offres et, n’ayant pas été approuvée par le ministre, elle n’était pas légalement autorisée.

[57] Qui plus est, à supposer même (et je ne suis pas disposé à le faire) que le passage de l’équipe Brentwood ayant répondu à la DEI à la coentreprise Brentwood/EAC qui a présenté la soumission constituait un changement substantiel pour les besoins de l’al. 2.8b), il reste que la province ne l’a jamais avalisé par écrit comme l’exigeait cette disposition. La juge du procès fait observer que la province jugeait la soumission inadmissible et que ses préposés ont occulté la véritable identité du proposant dans les documents en cause.

[58] La juge de première instance conclut également qu’il y avait une obligation contractuelle

that the Province breached this obligation by failing to treat all bidders equally by changing the terms of eligibility to Brentwood's competitive advantage. This conclusion strongly reinforces the trial judge's decision about eligibility. Rather than repeating her detailed findings, I will simply quote her summary at para. 138:

The whole of [the Province's] conduct leaves me with no doubt that the [Province] breached the duty of fairness to [Tercon] by changing the terms of eligibility to Brentwood's competitive advantage. At best, [the Province] ignored significant information to its [i.e. Tercon's] detriment. At worst, the [Province] covered up its knowledge that the successful proponent was an ineligible joint venture. In the circumstances here, it is not open to the [Province] to say that a joint venture was only proposed. Nor can the [Province] say that it was unaware of the joint venture when it acted deliberately to structure contract B to include EAC as fully responsible within a separate contract with Brentwood, so minimizing the [Province's] risk that the contract would be unenforceable against EAC if arrangements did not work out. . . . The [Province] was . . . prepared to take the risk that unsuccessful bidders would sue: this risk did materialize.

[59] To conclude on this point, I find no fault with the trial judge's conclusion that the bid was in fact submitted on behalf of a joint venture of Brentwood and EAC which was an ineligible bidder under the terms of the RFP. This breached not only the express eligibility provisions of the tender documents, but also the implied duty to act fairly towards all bidders.

B. *The Exclusion Clause*

1. Introduction

[60] As noted, the RFP includes an exclusion clause which reads as follows:

2.10 . . .

Except as expressly and specifically permitted in these Instructions to Proponents, no Proponent shall

tacite d'agir de bonne foi et que la province a manqué à cette obligation en ne traitant pas tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité du fait de la modification des conditions d'admissibilité et de l'octroi d'un avantage concurrentiel à Brentwood. Cette conclusion de la juge affermit considérablement celle qu'elle tire au sujet de l'admissibilité. Je m'abstiens de reprendre ses conclusions détaillées, mais j'en cite le résumé (par. 138) :

[TRADUCTION] Au vu de l'ensemble de la conduite [de la province], il ne fait pour moi aucun doute que celle-ci a manqué à son obligation d'équité à l'endroit de [Tercon] lorsqu'elle a modifié les conditions d'admissibilité à l'avantage de Brentwood du point de vue concurrentiel. Au mieux, elle a fait abstraction de renseignements importants au détriment de Tercon. Au pire, elle a dissimulé le fait que le soumissionnaire retenu était une coentreprise inadmissible. Dans ces circonstances, la province ne saurait faire valoir que la formation d'une coentreprise était seulement envisagée. Elle ne peut non plus prétendre avoir ignoré l'existence de la coentreprise alors qu'elle a délibérément conçu le contrat B de façon qu'EAC en accepte les modalités dans un contrat distinct conclu avec Brentwood, réduisant ainsi le risque [pour la province] que le contrat ne puisse être opposable à EAC si les accords projetés tournaient court. [. . .] [La province] était [. . .] prête à courir le risque que les soumissionnaires non retenus la poursuivent : ce risque s'est matérialisé.

[59] Pour clore sur ce point, sa conclusion selon laquelle la soumission était en fait celle d'une coentreprise formée de Brentwood et d'EAC qui n'était pas admise à soumissionner suivant la DP n'est à mon avis entachée d'aucune erreur. L'inobservation qui en découle touche non seulement les conditions d'admissibilité énoncées dans le dossier d'appel d'offres, mais aussi l'obligation tacite d'agir équitablement vis-à-vis de tous les soumissionnaires.

B. *La clause de non-recours*

1. Introduction

[60] Rappelons que la DP renferme une clause de non-recours, dont voici le texte :

[TRADUCTION]

2.10 . . .

Sauf ce que prévoient expressément les présentes instructions, un proposant ne peut exercer aucun

have any claim for compensation of any kind whatsoever, as a result of participating in this RFP, and by submitting a Proposal each Proponent shall be deemed to have agreed that it has no claim. [Emphasis added.]

[61] The trial judge held that as a matter of construction, the clause did not bar recovery for the breaches she had found. The clause, in her view, was ambiguous and, applying the *contra proferentem* principle, she resolved the ambiguity in Tercon's favour. She also found that the Province's breach was fundamental and that it was not fair or reasonable to enforce the exclusion clause in light of the nature of the Province's breach. The Province contends that the judge erred both with respect to the construction of the clause and her application of the doctrine of fundamental breach.

[62] On the issue of fundamental breach in relation to exclusion clauses, my view is that the time has come to lay this doctrine to rest, as Dickson C.J. was inclined to do more than 20 years ago: *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, at p. 462. I agree with the analytical approach that should be followed when tackling an issue relating to the applicability of an exclusion clause set out by my colleague Binnie J. However, I respectfully do not agree with him on the question of the proper interpretation of the clause in issue here. In my view, the clause does not exclude Tercon's claim for damages, and even if I am wrong about that, the clause is at best ambiguous and should be construed *contra proferentem* as the trial judge held. As a result of my conclusion on the interpretation issue, I do not have to go on to apply the rest of the analytical framework set out by Binnie J.

[63] In my view, the exclusion clause does not cover the Province's breaches in this case. The RFP process put in place by the Province was premised on a closed list of bidders; a contest with an ineligible bidder was not part of the RFP process and was in fact expressly precluded by its terms. A "Contract A" could not arise as a result of submission of a bid from any other party. However, as

recours en indemnisation pour sa participation à la DP, ce qu'il est réputé accepter lorsqu'il présente une soumission. [Je souligne.]

[61] La juge de première instance statue que le libellé de la clause ne fait pas obstacle à l'indemnisation pour les inexécutions relevées. À son avis, la clause est équivoque et, conformément à la règle *contra proferentem*, elle l'interprète en faveur de Tercon. Elle opine en outre que l'inexécution reprochée à la province est fondamentale et qu'il n'est ni juste ni raisonnable de faire respecter la clause de non-recours étant donné la nature de l'inexécution. La province fait valoir que la juge a interprété erronément la clause et qu'elle a eu tort de recourir au principe de l'inexécution fondamentale.

[62] En ce qui concerne son application aux clauses d'exonération, je crois que le temps est venu de donner le coup de grâce au principe de l'inexécution fondamentale comme le juge en chef Dickson y était enclin il y a plus de 20 ans : *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, p. 462. Je souscris à la démarche analytique qui s'impose, selon mon collègue le juge Binnie, pour s'attaquer à une question touchant à l'applicabilité d'une clause d'exonération. Malheureusement, je ne puis faire mienne son interprétation de la clause litigieuse en l'espèce. À mon sens, la clause ne fait pas obstacle au recours en dommages-intérêts de Tercon et, même si j'ai tort sur ce point, la clause est au mieux équivoque et doit être interprétée *contra proferentem* comme le préconise la juge de première instance. Vu ma conclusion concernant l'interprétation, je n'ai pas à appliquer les autres volets de la démarche analytique du juge Binnie.

[63] J'estime que la clause de non-recours ne s'applique pas aux inexécutions imputées à la province. Le processus de DP mis en place par celle-ci supposait la participation d'un nombre limité d'entreprises. La mise en concurrence avec un soumissionnaire inadmissible n'en faisait pas partie et elle était même expressément exclue. La présentation d'une proposition par une autre entreprise ne

a result of how the Province proceeded, the very premise of its own RFP process was missing, and the work was awarded to a party who could not be a participant in the RFP process. That is what Tercon is complaining about. Tercon's claim is not barred by the exclusion clause because the clause only applies to claims arising "as a result of participating in [the] RFP", not to claims resulting from the participation of other, ineligible parties. Moreover, the words of this exclusion clause, in my view, are not effective to limit liability for breach of the Province's implied duty of fairness to bidders. I will explain my conclusion by turning first to a brief account of the key legal principles and then to the facts of the case.

2. Legal Principles

[64] The key principle of contractual interpretation here is that the words of one provision must not be read in isolation but should be considered in harmony with the rest of the contract and in light of its purposes and commercial context. The approach adopted by the Court in *M.J.B.* is instructive. The Court had to interpret a privilege clause, which is somewhat analogous to the exclusion clause in issue here. The privilege clause provided that the lowest or any tender would not necessarily be accepted, and the issue was whether this barred a claim based on breach of an implied term that the owner would accept only compliant bids. In interpreting the privilege clause, the Court looked at its text in light of the contract as a whole, its purposes and commercial context. As Iacobucci J. said, at para. 44, "the privilege clause is only one term of Contract A and must be read in harmony with the rest of the tender documents. To do otherwise would undermine the rest of the agreement between the parties."

[65] In a similar way, it is necessary in the present case to consider the exclusion clause in the RFP in light of its purposes and commercial context as well as of its overall terms. The question is whether the exclusion of compensation for claims resulting

pouvait faire naître un « contrat A ». La province a donc ignoré le fondement même de sa propre DP et elle a attribué le marché à une entreprise non admise à y prendre part. C'est ce dont Tercon lui fait grief. La clause de non-recours ne fait pas obstacle au recours de Tercon, car elle ne s'applique qu'à l'indemnisation demandée [TRADUCTION] « pour [l]a participation à la DP », et non au recours qui fait suite à la participation d'une autre entreprise, elle inadmissible. De plus, le texte de la clause ne limite pas selon moi la responsabilité de la province pour le manquement à son obligation tacite de faire preuve d'équité à l'égard des soumissionnaires. Je m'explique en exposant brièvement les principes juridiques essentiels, puis en les appliquant aux faits de l'espèce.

2. Les principes juridiques

[64] Le principe fondamental d'interprétation applicable en l'espèce veut qu'une clause contractuelle ne doive pas être considérée isolément mais en harmonie avec les autres et à la lumière de son objet et du contexte commercial dans lequel elle s'inscrit. La démarche suivie dans l'arrêt *M.J.B.* est éclairante. La Cour devait y interpréter une clause de réserve qui s'apparentait quelque peu à la clause de non-recours qui nous intéresse. La clause de réserve stipulait que le marché ne serait pas nécessairement attribué au soumissionnaire le moins disant ni même attribué du tout. La question était celle de savoir si elle faisait obstacle à une action en justice pour non-respect de la clause tacite voulant que le propriétaire n'accepte que les soumissions conformes. Pour l'interpréter, la Cour examine son libellé au vu du contrat dans son ensemble, de son objet et de son contexte commercial. Le juge Iacobucci conclut au par. 44 : « ... la clause de réserve n'est qu'une condition du contrat A et elle doit être interprétée de façon à s'harmoniser avec le reste du dossier d'appel d'offres. Agir autrement, ce serait saper le reste de l'entente entre les parties. »

[65] De même, il faut en l'espèce examiner la clause de non-recours de la DP à la lumière de son objet et du contexte commercial dans lequel elle s'inscrit, ainsi que de l'ensemble de ses conditions. Il faut se demander si l'exclusion de toute

from “participating in this RFP”, properly interpreted, excludes liability for the Province having unfairly considered a bid from a bidder who was not supposed to have been participating in the RFP process at all.

3. Application to This Case

[66] Having regard to both the text of the clause in its broader context and to the purposes and commercial context of the RFP, my view is that this claim does not fall within the terms of the exclusion clause.

[67] To begin, it is helpful to recall that in interpreting tendering contracts, the Court has been careful to consider the special commercial context of tendering. Effective tendering ultimately depends on the integrity and business efficacy of the tendering process: see, e.g., *Martel*, at para. 88; *M.J.B.*, at para. 41; *Double N Earthmovers*, at para. 106. As Iacobucci and Major JJ. put it in *Martel*, at para. 116, “it is imperative that all bidders be treated on an equal footing . . . Parties should at the very least be confident that their initial bids will not be skewed by some underlying advantage in the drafting of the call for tenders conferred upon only one potential bidder.”

[68] This factor is particularly weighty in the context of public procurement. In that context, in addition to the interests of the parties, there is the need for transparency for the public at large. This consideration is underlined by the statutory provisions which governed the tendering process in this case. Their purpose was to assure transparency and fairness in public tenders. As was said by Orsborn J. (as he then was) in *Cahill (G.J.) & Co. (1979) Ltd. v. Newfoundland and Labrador (Minister of Municipal and Provincial Affairs)*, 2005 NLTD 129, 250 Nfld. & P.E.I.R. 145, at para. 35:

The owner — in this case the government — is in control of the tendering process and may define the

indemnisation pour [TRADUCTION] « [l]a participation à la DP », correctement interprétée, soustrait la province à sa responsabilité lorsqu'elle se rend coupable d'iniquité en prenant en considération la proposition d'une entreprise qui n'était pas du tout censée participer à la DP.

3. Application à la présente espèce

[66] Compte tenu du libellé de la clause dans son contexte plus général ainsi que de l'objet et du contexte commercial de la DP, j'estime que le recours échappe à la clause de non-recours.

[67] D'abord, il convient de rappeler que pour interpréter le contrat issu de l'appel d'offres, la Cour tient dûment compte du contexte commercial particulier de la demande de propositions. Au final, le caractère fructueux du processus dépend de son intégrité et de son efficacité commerciale : voir, p. ex., les arrêts *Martel*, par. 88; *M.J.B.*, par. 41, et *Double N Earthmovers*, par. 106. Comme l'affirment les juges Iacobucci et Major dans l'arrêt *Martel*, au par. 116 : « Il est [. . .] impératif que tous les soumissionnaires soient traités sur un pied d'égalité [. . .] Un soumissionnaire devrait à tout le moins être assuré que l'évaluation de sa soumission initiale ne sera pas biaisée par quelque avantage sous-entendu dans le dossier d'appel d'offres et dont ne bénéficie qu'un seul soumissionnaire éventuel. »

[68] Ce facteur importe particulièrement dans le contexte de la passation de marchés publics. C'est pourquoi il faut non seulement protéger les intérêts des parties, mais également assurer la transparence du processus vis-à-vis des citoyens en général. Ce souci ressort des dispositions législatives qui régissaient le processus dans la présente affaire et dont l'objectif était d'assurer la transparence et l'équité des appels d'offres. Comme le dit le juge Orsborn (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Cahill (G.J.) & Co. (1979) Ltd. c. Newfoundland and Labrador (Minister of Municipal and Provincial Affairs)*, 2005 NLTD 129, 250 Nfld. & P.E.I.R. 145, par. 35 :

[TRADUCTION] Le propriétaire — en l'occurrence l'État — est maître du processus d'appel d'offres. Il peut

parameters for a compliant bid and a compliant bidder. The corollary to this, of course, is that once the owner — here the government — sets the rules, it must itself play by those rules in assessing the bids and awarding the main contract.

[69] One aspect that is generally seen as contributing to the integrity and business efficacy of the tendering process is the requirement that only compliant bids be considered. As noted earlier, such a requirement has often been implied because, as the Court said in *M.J.B.*, it makes little sense to think that a bidder would comply with the bidding process if the owner could circumscribe it by accepting a non-compliant bid. Respectfully, it seems to me to make even less sense to think that eligible bidders would participate in the RFP if the Province could avoid liability for ignoring an express term concerning eligibility to bid on which the entire RFP was premised and which was mandated by the statutorily approved process.

[70] The closed list of bidders was the foundation of this RFP and there were important competitive advantages to a bidder who could side-step that limitation. Thus, it seems to me that both the integrity and the business efficacy of the tendering process support an interpretation that would allow the exclusion clause to operate compatibly with the eligibility limitations that were at the very root of the RFP.

[71] The same may be said with respect to the implied duty of fairness. As Iacobucci and Major JJ. wrote for the Court in *Martel*, at para. 88, “[i]mplying an obligation to treat all bidders fairly and equally is consistent with the goal of protecting and promoting the integrity of the bidding process.” It seems to me that clear language is necessary to exclude liability for breach of such a basic requirement of the tendering process, particularly in the case of public procurement.

déterminer les paramètres de la conformité d’une soumission et de l’admissibilité d’un soumissionnaire. Il s’en suit évidemment que lorsque le propriétaire — en l’occurrence l’État — établit les règles, il doit les respecter au moment d’évaluer les offres et d’attribuer le contrat principal.

[69] L’exigence que seules soient examinées des soumissions conformes est généralement considérée comme un élément favorisant l’intégrité et l’efficacité commerciale du processus d’appel d’offres. J’ai déjà mentionné que cette exigence est souvent inférée parce que, pour reprendre les propos de la Cour dans l’arrêt *M.J.B.*, il est déraisonnable qu’un soumissionnaire doive se conformer au processus d’appel d’offres si le propriétaire peut le contourner en acceptant une soumission non conforme. J’ajoute qu’il est encore moins concevable qu’un soumissionnaire admissible prenne part à une DP si la province peut échapper à toute responsabilité malgré l’observation d’une condition expresse relative à l’admissibilité à soumissionner, une condition qui formait l’assise de la DP en entier et qui bénéficiait de l’approbation ministérielle requise par la loi.

[70] La limitation du nombre de soumissionnaires admissibles constituait l’assise de la DP, et l’entreprise admise à soumissionner malgré cette restriction se voyait conférer un avantage concurrentiel considérable. À mon sens, l’intégrité et l’efficacité commerciale du processus d’appel d’offres commandent donc une interprétation qui permet une application de la clause de non-recours compatible avec la limitation du nombre de soumissionnaires admissibles, laquelle formait l’assise même de la DP.

[71] Il en va de même de l’obligation tacite d’équité. Comme le disent les juges Iacobucci et Major au nom de la Cour dans l’arrêt *Martel*, « [l]’existence présumée d’une obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d’égalité est compatible avec l’objectif de protéger et de promouvoir l’intégrité du mécanisme d’appel d’offres » (par. 88). J’estime que seul un libellé clair peut écarter la responsabilité consécutive au non-respect d’une exigence aussi fondamentale applicable au processus d’appel d’offres, spécialement lorsqu’il s’agit de passer un marché public.

[72] The proper interpretation of the exclusion clause should also take account of the statutory context which I have reviewed earlier. The restriction on eligibility of bidders was a key element of the alternative process approved by the Minister. It seems unlikely, therefore, that the parties intended through this exclusion clause to effectively gut a key aspect of the approved process. Of course, it is true that the exclusion clause does not bar all remedies, but only claims for compensation. However, the fact remains that as a practical matter, there are unlikely to be other, effective remedies for considering and accepting an ineligible bid and that barring compensation for a breach of that nature in practical terms renders the ministerial approval process virtually meaningless. Whatever administrative law remedies may be available, they are not likely to be effective remedies for awarding a contract to an ineligible bidder. The Province did not submit that injunctive relief would have been an option, and I can, in any event, foresee many practical problems that need not detain us here in seeking such relief in these circumstances.

[73] The Province stresses Tercon's commercial sophistication, in effect arguing that it agreed to the exclusion clause and must accept the consequences. This line of argument, however, has two weaknesses. It assumes the answer to the real question before us which is: what does the exclusion clause mean? The consequences of agreeing to the exclusion clause depend on its construction. In addition, the Province's submission overlooks its own commercial sophistication and the fact that sophisticated parties can draft very clear exclusion and limitation clauses when they are minded to do so. Such clauses contrast starkly with the curious clause which the Province inserted into this RFP. The limitation of liability clause in *Hunter*, for example, provided that "[n]otwithstanding any other provision in this contract or any applicable statutory provisions neither the Seller nor the Buyer shall be liable to the other for special or consequential damages or damages for loss of use arising directly or indirectly from any breach of this contract, fundamental or otherwise" (p. 450). The Court found this to be clear and unambiguous. The limitation clause in issue in *Guarantee Co. of North*

[72] La juste interprétation de la clause de non-recours doit aussi s'appuyer sur le cadre législatif examiné précédemment. L'admissibilité restreinte constituait un élément essentiel de l'autre processus approuvé par le ministre. Il est donc peu probable que les parties aient vraiment voulu, en stipulant la clause de non-recours, supprimer un aspect essentiel de ce processus. La clause ne fait évidemment obstacle qu'aux demandes d'indemnisation. Cependant, il demeure peu probable que l'examen et l'acceptation d'une soumission inadmissible confèrent un autre recours efficace, sans compter que l'exclusion de l'indemnisation du préjudice causé par un tel manquement supprime en fait toute la raison d'être du processus d'approbation ministérielle. Quel que soit le recours possible en droit administratif, il est peu probable qu'il permette d'obtenir réparation pour l'octroi d'un marché à un soumissionnaire inadmissible. La province ne plaide pas qu'une injonction aurait pu être obtenue et, de toute manière, je peux concevoir de nombreuses difficultés d'ordre pratique qui justifient de ne pas s'attarder davantage à cette avenue possible.

[73] La province insiste sur l'expérience commerciale de Tercon. Elle soutient en fait que l'entreprise a convenu de la clause de non-recours et qu'elle doit en accepter les conséquences. L'argument comporte toutefois deux failles. Il préjuge du règlement par la Cour de la véritable question en litige : quelle est la portée de la clause de non-recours? Les conséquences résultant de l'adhésion à cette clause dépendent de son interprétation. En outre, la province passe sous silence sa propre expérience commerciale et le fait que des parties rompues aux usages commerciaux peuvent rédiger des clauses très claires de non-recours ou de responsabilité limitée lorsqu'elles entendent le faire. Ce n'est manifestement pas le cas de la curieuse clause que la province a insérée dans sa DP. À titre d'exemple, la clause de responsabilité limitée visée dans l'arrêt *Hunter* disposait que « [n]onobstant toute autre disposition du présent contrat ou toute disposition législative applicable, ni le vendeur ni l'acheteur n'est tenu de verser à l'autre des dommages-intérêts spéciaux ni des dommages-intérêts pour un préjudice indirect ou encore pour la perte d'usage résultant directement ou indirectement d'une inexécution, fondamentale

America v. Gordon Capital Corp., [1999] 3 S.C.R. 423, provided that legal proceedings for the recovery of “any loss hereunder shall not be brought . . . after the expiration of 24 months from the discovery of such loss” (para. 5). Once again, the Court found this language clear. The Ontario Court of Appeal similarly found the language of a limitation of liability clause to be clear in *Fraser Jewellers (1982) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.* (1997), 34 O.R. (3d) 1. The clause provided in part that if the defendant “should be found liable for loss, damage or injury due to a failure of service or equipment in any respect, its liability shall be limited to a sum equal to 100% of the annual service charge or \$10,000.00, whichever is less, as the agreed upon damages and not as a penalty, as the exclusive remedy” (p. 4). These, and many other cases which might be referred to, demonstrate that sophisticated parties are capable of drafting clear and comprehensive limitation and exclusion provisions.

[74] I turn to the text of the clause which the Province inserted in its RFP. It addresses claims that result from “participating in this RFP”. As noted, the limitation on who could participate in this RFP was one of its premises. These words must, therefore, be read in light of the limit on who was eligible to participate in this RFP. As noted earlier, both the ministerial approval and the text of the RFP itself were unequivocal: only the six proponents qualified through the earlier RFEI process were eligible and *proposals received from any other party would not be considered*. Thus, central to “participating in this RFP” was participating in a contest among those eligible to participate. A process involving other bidders, as the trial judge found the process followed by the Province to be, is not the process called for by “this RFP” and being part of that other process is not in any meaningful sense “participating in this RFP”.

ou autre, du présent contrat » (p. 450). La Cour a jugé ce texte clair et non équivoque. Dans l'affaire *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, la clause en litige prévoyait que des procédures judiciaires en vue de l'indemnisation de « tout sinistre visé aux présentes ne doivent pas être engagées [. . .] après l'expiration d'un délai de 24 mois suivant la découverte du sinistre » (par. 5). Là encore, la Cour conclut à la clarté du libellé. Dans l'arrêt *Fraser Jewellers (1982) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.* (1997), 34 O.R. (3d) 1, la Cour d'appel de l'Ontario conclut également au caractère non équivoque de la clause de responsabilité limitée, qui disposait notamment que si la défenderesse [TRADUCTION] « était tenue responsable d'un préjudice consécutif à une défaillance du service ou du matériel, quelle qu'elle soit, elle n'était tenue de verser que la totalité des frais de service annuels ou 10 000 \$, selon le moindre des deux montants, à titre d'indemnité convenue, et non de pénalité, à l'exclusion de toute autre réparation » (p. 4). Ces exemples et bien d'autres que l'on pourrait citer montrent que des parties expérimentées sont en mesure de rédiger des clauses de responsabilité limitée ou de non-recours à la fois claires et exhaustives.

[74] Passons maintenant au texte de la clause insérée au contrat par la province. Il vise les demandes d'indemnisation d'un préjudice découlant de la [TRADUCTION] « participation à la DP ». Rappelons que l'une des assises de la DP était la limitation du nombre d'entreprises admises à y prendre part. Il faut donc interpréter ce texte au regard de cette limitation. Tant l'approbation ministérielle que le texte de la DP elle-même sont clairs : seuls les six proposants s'étant rendus admissibles en répondant à la DEI pouvaient soumissionner, et *aucune proposition d'une autre personne ne serait examinée*. La participation à un concours ouvert aux seules personnes admises à y prendre part était donc au cœur de la « participation à la DP ». Un processus ouvert à d'autres entreprises — ce qui était le cas du processus suivi dans les faits selon la juge de première instance — ne saurait s'entendre de « la DP », et le fait d'y prendre part ne saurait véritablement être considéré comme une « participation à la DP ».

[75] The Province would have us interpret the phrase excluding compensation “as a result of participating in this RFP” to mean that compensation is excluded that results from “submitting a Proposal”. However, that interpretation is not consistent with the wording of the clause as a whole. The clause concludes with the phrase that “by submitting a Proposal each Proponent shall be deemed to have agreed that it has no claim”. If the phrases “participating in this RFP” and “submitting a Proposal” were intended to mean the same thing, it is hard to understand why different words were used in the same short clause to express the same idea. The fact that the Minister had approved a closed list of participants strengthens the usual inference that the use of different words was deliberate so as not to exclude compensation for a departure from that basic eligibility requirement.

[76] This interpretation of the exclusion clause does not rob it of meaning, but makes it compatible with other provisions of the RFP. There is a parallel between this case and the Court’s decision in *M.J.B.* There, the Court found that there was compatibility between the privilege clause and the implied term to accept only compliant bids. Similarly, in this case, there is compatibility between the eligibility requirements of the RFP and the exclusion clause. Not any and every claim based on any and every deviation from the RFP provisions would escape the preclusive effect of the exclusion clause. It is only when the defect in the Province’s adherence to the RFP process is such that it is completely outside that process that the exclusion clause cannot have been intended to operate. What is important here, in my view, is that the RFP in its conception, in its express provisions and in the statutorily required approval it was given, was premised on limiting eligibility to the six proponents in the RFEI process. Competition among others was not at all contemplated and was not part of the RFP process; in fact, the RFP expressly excluded that possibility. In short, limiting eligibility of bidders to those who had responded to the RFEI was the foundation of the whole RFP. As the judge found, acceptance of

[75] La province nous exhorte à conclure que l’énoncé écartant toute indemnisation « pour [l]a participation à la DP » signifie qu’il ne saurait y avoir d’indemnisation d’un préjudice résultant de la [TRADUCTION] « présent[ation d’une] soumission », ce qui pourtant serait incompatible avec le texte de la clause dans son ensemble. Il y est d’ailleurs stipulé à la toute fin que le proposant [TRADUCTION] « est réputé accepter [qu’il ne peut exercer aucun recours en indemnisation] lorsqu’il présente une soumission ». Si la « participation à la DP » et la « présent[ation d’une] soumission » devaient s’entendre de la même chose, on s’expliquerait difficilement que des termes différents soient employés dans la même clause brève pour exprimer la même idée. L’aval donné par le ministre à la limitation du nombre de participants étaye l’interprétation habituelle voulant que l’emploi des termes différents visait délibérément à ne pas écarter l’indemnisation en cas d’observation de cette exigence fondamentale liée à l’admissibilité.

[76] Pareille interprétation de la clause de non-recours ne la prive pas de sens, mais assure sa compatibilité avec les autres clauses de la DP. Un parallèle peut être établi entre la présente espèce et l’affaire *M.J.B.*, où la Cour conclut à la compatibilité de la clause de réserve avec la condition tacite que seule une soumission conforme puisse être acceptée. Il y a également compatibilité en l’espèce entre les conditions d’admissibilité de la DP et la clause de non-recours. Toute action intentée pour quelque manquement aux dispositions de la DP n’échappe pas à l’application de la clause de non-recours. Ce n’est que lorsque le non-respect du processus de DP par la province est tel que la démarche suivie est totalement étrangère à ce processus qu’on ne peut conclure que les parties ont voulu l’application de la clause de non-recours. Ce qui importe en l’occurrence selon moi c’est que la DP, au vu de sa conception, de ses dispositions expresses et de son approbation légale, avait pour assise l’admissibilité des seuls six proposants ayant répondu à la DEI. La mise en concurrence avec des tiers n’était pas envisagée et elle ne faisait pas partie du processus; en fait, la DP l’excluait expressément. En bref, l’admissibilité des seuls proposants qui avaient répondu à la DEI était l’assise même la DP.

a bid from an ineligible bidder “attacks the underlying premise of the process” established by the RFP: para. 146. Liability for such an attack is not excluded by a clause limiting compensation resulting from participation in this RFP.

[77] This interpretation is also supported by another provision of the RFP. Under s. 2.9, as mentioned earlier, the Province reserved to itself the right to unilaterally cancel the RFP and the right to propose a new RFP allowing additional bidders. If the exclusion clause were broad enough to exclude compensation for allowing ineligible bidders to participate, there seems to be little purpose in this reservation of the ability to cancel the RFP and issue a new one to a wider circle of bidders. It is also significant that the Province did not reserve to itself the right to accept a bid from an ineligible bidder or to unilaterally change the rules of eligibility. The RFP expressly did exactly the opposite. None of this, in my opinion, supports the view that the exclusion clause should be read as applying to the Province’s conduct in this case.

[78] To hold otherwise seems to me to be inconsistent with the text of the clause read in the context of the RFP as a whole and in light of its purposes and commercial context. In short, I cannot accept the contention that, by agreeing to exclude compensation for participating in this RFP process, the parties could have intended to exclude a damages claim resulting from the Province unfairly permitting a bidder to participate who was not eligible to do so. I cannot conclude that the provision was intended to gut the RFP’s eligibility requirements as to who may participate in it, or to render meaningless the Minister’s statutorily required approval of the alternative process where this was a key element. The provision, as well, was not intended to allow the Province to escape a damages claim for applying different eligibility criteria, to the competitive disadvantage of other bidders and for taking

Comme le dit la juge de première instance, l’acceptation de la proposition d’un soumissionnaire inadmissible [TRADUCTION] « sape l’assise du processus » établi par la DP : par. 146. La clause écartant toute indemnisation pour la participation à la DP ne saurait soustraire une partie à la responsabilité découlant d’une telle atteinte.

[77] Une autre disposition de la DP valide cette interprétation. Comme je le signale précédemment, à la clause 2.9, la province se réserve le droit d’annuler unilatéralement la DP et celui de proposer la tenue d’un nouvel appel d’offres ouvert à d’autres soumissionnaires. Si la clause de non-recours avait une portée suffisamment large pour écarter la responsabilité résultant de l’acceptation de propositions présentées par des soumissionnaires non admissibles, point n’aurait été besoin de prévoir cette faculté de mettre fin à la DP et d’en lancer une nouvelle en élargissant le cercle des soumissionnaires éventuels. Il est aussi révélateur que la province ne se soit pas réservé le droit d’accepter la proposition d’un soumissionnaire inadmissible ou de modifier de son seul chef les règles d’admissibilité. La DP prévoit expressément l’exact contraire. À mon sens, rien de tout cela n’appuie la thèse que la clause de non-recours devrait être interprétée de façon à la rendre applicable au comportement de la province en l’espèce.

[78] Selon moi, conclure le contraire va à l’encontre du texte de la clause interprété eu égard au contexte de la DP dans son ensemble et à la lumière de l’objet et du contexte commercial de celle-ci. En somme, je ne peux faire droit à la prétention selon laquelle, en écartant toute indemnité pour la participation à la DP, les parties ont pu vouloir faire obstacle à tout recours en dommages-intérêts intenté pour l’iniquité dont aurait pu faire preuve la province en permettant à une entreprise de participer à un processus auquel elle n’était pas admise à prendre part. Je ne peux conclure que la clause visait à supprimer les conditions d’admissibilité de la DP, à priver de sa raison d’être l’approbation ministérielle du nouveau processus exigée par la loi, dont les conditions d’admissibilité en question formaient un élément clé, non plus qu’à permettre à la province d’échapper à toute responsabilité après avoir

steps designed to disguise the true state of affairs. I cannot conclude that the parties, through the words found in this exclusion clause, intended to waive compensation for conduct like that of the Province in this case that strikes at the heart of the integrity and business efficacy of the tendering process which it undertook.

[79] If I am wrong about my interpretation of the clause, I would hold, as did the trial judge, that its language is at least ambiguous. If, as the Province contends, the phrase “participating in this RFP” could reasonably mean “submitting a Proposal”, that phrase could also reasonably mean “competing against the other eligible participants”. Any ambiguity in the context of this contract requires that the clause be interpreted against the Province and in favour of Tercon under the principle *contra proferentem*: see, e.g., *Hillis Oil and Sales Ltd. v. Wynn’s Canada, Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 57, at pp. 68-69. Following this approach, the clause would not apply to bar Tercon’s damages claim.

V. Disposition

[80] I conclude that the judge did not err in finding that the Province breached the tendering contract or in finding that Tercon’s remedy in damages for that breach was not precluded by the exclusion clause in the contract. I would therefore allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the judgment of the trial judge. The parties advise that the question of costs has been resolved between them and that therefore no order in relation to costs is required.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie, Abella and Rothstein JJ. were delivered by

[81] BINNIE J. (dissenting) — The important legal issue raised by this appeal is whether, and in what

appliqué des critères d’admissibilité différents défavorisant des soumissionnaires sur le plan concurrentiel et pris des mesures pour dissimuler cette réalité. Je ne puis non plus arriver à la conclusion que les parties ont voulu, en employant le libellé de la clause de non-recours, exclure toute indemnité pour le préjudice infligé par un comportement comme celui reproché à la province en l’espèce, un comportement qui porte directement atteinte à l’intégrité de l’appel d’offres lancé et à son efficacité commerciale.

[79] Si toutefois j’avais tort d’interpréter la clause comme je le fais, je statuerais, à l’instar de la juge de première instance, que son texte est pour le moins équivoque. Si, comme le prétend la province, l’énoncé [TRADUCTION] « participation à la DP » pouvait raisonnablement s’entendre de la « présent[ation d’]une proposition », il pourrait aussi bien équivaloir au fait de « se mesurer aux autres participants admissibles ». Toute ambiguïté dans le cadre du contrat commande que la clause soit interprétée au détriment de la province et en faveur de Tercon suivant la règle *contra proferentem* : voir, p. ex., *Hillis Oil and Sales Ltd. c. Wynn’s Canada, Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 57, p. 68-69. Dès lors, la clause ne ferait pas obstacle au recours en dommages-intérêts de Tercon.

V. Dispositif

[80] Je conclus que la juge de première instance n’a pas commis d’erreur en statuant que la province n’avait pas respecté le contrat issu de l’appel d’offres et que la clause de non-recours figurant dans ce contrat ne faisait pas obstacle à l’action en dommages-intérêts intentée par Tercon pour cette inexécution. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance de la Cour d’appel et de rétablir le jugement de première instance. Les parties ayant réglé entre elles la question des dépens, il n’est donc pas nécessaire de rendre d’ordonnance à ce sujet.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Abella et Rothstein rendus par

[81] LE JUGE BINNIE (dissident) — Le présent pourvoi soulève une question de droit importante,

circumstances, a court will deny a defendant contract breaker the benefit of an exclusion of liability clause to which the innocent party, not being under any sort of disability, has agreed. Traditionally, this has involved consideration of what is known as the doctrine of fundamental breach, a doctrine which Dickson C.J. in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, suggested should be laid to rest 21 years ago (p. 462).

[82] On this occasion we should again attempt to shut the coffin on the jargon associated with “fundamental breach”. Categorizing a contract breach as “fundamental” or “immense” or “colossal” is not particularly helpful. Rather, the principle is that a court has no discretion to refuse to enforce a valid and applicable contractual exclusion clause unless the plaintiff (here the appellant Tercon) can point to some paramount consideration of public policy sufficient to override the public interest in freedom of contract and defeat what would otherwise be the contractual rights of the parties. Tercon points to the public interest in the transparency and integrity of the government tendering process (in this case, for a highway construction contract) but in my view such a concern, while important, did not render unenforceable the terms of the contract Tercon agreed to. There is nothing inherently unreasonable about exclusion clauses. Tercon is a large and sophisticated corporation. Unlike my colleague Justice Cromwell, I would hold that the respondent Ministry’s conduct, while in breach of its contractual obligations, fell within the terms of the exclusion clause. In turn, there is no reason why the clause should not be enforced. I would dismiss the appeal.

I. Overview

[83] This appeal concerns a contract to build a \$35 million road in the remote Nass Valley of British Columbia (the “Kincolith project”). The respondent Ministry accepted a bid from Brentwood

celle de savoir si le tribunal peut refuser à la partie coupable d’inexécution — et dans l’affirmative, à quelles conditions — le bénéfice d’une clause d’exonération de la responsabilité à laquelle a consenti l’autre partie alors qu’elle n’était frappée d’aucune inaptitude. Les tribunaux appelés à se prononcer en la matière s’en sont traditionnellement remis au principe de l’inexécution fondamentale, un principe auquel le juge en chef Dickson proposait d’asséner le coup de grâce il y a 21 ans dans l’arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, p. 462.

[82] Nous devrions saisir l’occasion qui nous est à nouveau donnée d’éliminer le jargon associé à l’« inexécution fondamentale ». Qualifier l’inexécution contractuelle de « fondamentale », « monumentale » ou « phénoménale » n’est pas spécialement utile. En fait, le tribunal n’a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de faire respecter une clause de non-recours valide et applicable, sauf lorsque le demandeur (en l’espèce, l’appelante Tercon) fait valoir une considération d’ordre public prépondérante qui l’emporte sur l’intérêt public lié à la liberté de contracter et qui fait obstacle à ce qui, autrement, constitueraient les droits contractuels des parties. Tercon invoque l’intérêt public lié à la transparence et à l’intégrité du processus gouvernemental d’appel d’offres (visant en l’occurrence la construction d’une route), mais à mon sens, même s’il s’agit d’une condition importante, son inobservation n’a pas rendu inapplicable les clauses du contrat auxquelles Tercon avait consenti. La clause de non-recours n’a rien d’intrinsèquement déraisonnable. Tercon est une grande entreprise dotée d’une vaste expérience. Contrairement à mon collègue le juge Cromwell, j’estime que même s’il n’a pas respecté ses obligations contractuelles, le ministère intimé bénéficie de la clause de non-recours. Il n’y a donc pas de raison de ne pas faire respecter celle-ci. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Survol

[83] Le contrat avait pour objet la construction d’une route au coût de 35 millions de dollars dans la vallée isolée de la Nass, en Colombie-Britannique (le « projet Kincolith »). Le ministère intimé a

Enterprises Ltd. that did not comply with the terms of tender. Tercon, as the disappointed finalist in the bidding battle, seeks compensation equivalent to the profit it expected to earn had it been awarded the contract.

[84] Tercon alleged, and the trial judge found, that although the winning bid was submitted in the name of Brentwood (an eligible bidder), Brentwood in fact intended, with the Ministry's knowledge and encouragement, to do the work in a co-venture with an ineligible bidder, Emil Anderson Construction Co. ("EAC"). The respondent Ministry raised a number of defences including the fact that the formal contract was signed in the name of Brentwood alone. This defence was rejected in the courts below. The Ministry's substantial defence in this Court is that even if it failed to abide by the bidding rules, it is nonetheless protected by an exclusion of compensation clause set out clearly in the request for proposals ("RFP"). The clause provided that "no Proponent shall have any claim for compensation of any kind whatsoever, as a result of participating in this RFP" and that "by submitting a Proposal each Proponent shall be deemed to have agreed that it has no claim" (s. 2.10 of the RFP).

[85] The appeal thus brings into conflict the public policy that favours a fair, open and transparent bid process, and the freedom of contract of sophisticated and experienced parties in a commercial environment to craft their own contractual relations. I agree with Tercon that the public interest favours an orderly and fair scheme for tendering in the construction industry, but there is also a public interest in leaving knowledgeable parties free to order their own commercial affairs. In my view, on the facts of this case, the Court should not rewrite — nor should the Court refuse to give effect to — the terms agreed to by the parties.

[86] I accept, as did the courts below, that the respondent Ministry breached the terms of its own RFP when it contracted with Brentwood, knowing the work would be carried out by a co-venture with Brentwood and EAC. The addition of EAC, a

accepté de Brentwood Enterprises Ltd. une soumission qui n'était pas conforme aux conditions de son appel d'offres. Écartée à l'étape ultime du processus, Tercon a réclamé une indemnité équivalente au profit escompté advenant l'obtention du contrat.

[84] Tercon a allégué que même si la soumission retenue avait été présentée au nom de Brentwood, ce soumissionnaire admissible entendait en fait exécuter les travaux en coentreprise avec un soumissionnaire inadmissible, Emil Anderson Construction Co. (« EAC »), au su et avec l'appui du ministère. La juge de première instance lui a donné raison. Le ministère intimé a invoqué divers moyens de défense, dont le fait que Brentwood seule était signataire du contrat intervenu. Ce moyen a été rejeté par les juridictions inférieures. Devant notre Cour, le ministère fait valoir comme moyen de fond qu'en dépit de l'inobservation des règles de l'appel d'offres, il peut se prévaloir de la clause de non-recours en indemnisation que prévoit clairement la demande de propositions (« DP »). Une clause stipule en effet qu'[TRADUCTION] « un proposant ne peut exercer aucun recours en indemnisation pour sa participation à la DP, ce qu'il est réputé accepter lorsqu'il présente une soumission » (clause 2.10 de la DP).

[85] S'opposent donc en l'espèce des considérations d'ordre public privilégiant un appel d'offres équitable, ouvert et transparent et la liberté de personnes compétentes et expérimentées de définir leurs liens contractuels dans un contexte commercial. Je conviens avec Tercon que, dans le secteur de la construction, il est dans l'intérêt public que les appels d'offres se déroulent de manière ordonnée et équitable. Mais il est également dans l'intérêt public que des personnes rompues aux usages d'un domaine conservent la faculté d'organiser leurs propres affaires. Vu les faits de la présente espèce, la Cour ne devrait pas reformuler les conditions arrêtées par les parties ni refuser de leur donner effet.

[86] Je conviens avec les juridictions inférieures que le ministère intimé n'a pas respecté les conditions de sa propre DP en accordant le marché à Brentwood alors qu'il savait que les travaux seraient exécutés en coentreprise avec EAC. L'adjonction

bigger contractor with greater financial resources than Brentwood, created a stronger competitor for Tercon than Brentwood alone. However, I also agree with the B.C. Court of Appeal that the exclusion of compensation clause is clear and unambiguous and that no legal ground or rule of law permits us to override the freedom of the parties to contract (or to decline to contract) with respect to this particular term, or to relieve Tercon against its operation in this case.

II. The Tendering Process

[87] For almost three decades, the law governing a structured bidding process has been dominated by the concept of Contract A/Contract B initially formulated in *The Queen in right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111. The analysis advanced by Estey J. in that case was that the bidding process, as defined by the terms of the tender call, may create contractual relations (“Contract A”) prior in time and quite independently of the contract that is the actual subject matter of the bid (“Contract B”). Breach of Contract A may, depending on its terms, give rise to contractual remedies for non-performance even if Contract B is never entered into or, as in the present case, it is awarded to a competitor. The result of this legal construct is to provide unsuccessful bidders with a *contractual* remedy against an owner who departs from its own bidding rules. Contract A, however, arises (if at all) as a matter of interpretation. It is not imposed as a rule of law.

[88] In *Ron Engineering*, the result of Estey J.’s analysis was that as a matter of contractual interpretation, the Ontario government was allowed to retain a \$150,000 bid bond put up by Ron Engineering even though the government was told, a little over an hour after the bids were opened, that Ron Engineering had made a \$750,058 error in the calculation of its bid and wished to withdraw it. Estey J. held:

The contractor was not asked to sign a contract which diverged in any way from its tender but simply to sign a

de cet autre entrepreneur à la taille et aux moyens financiers plus grands que ceux de Brentwood a opposé à Tercon un concurrent plus puissant que Brentwood seule. Toutefois, je conviens aussi avec la Cour d’appel de la Colombie-Britannique que la clause de non-recours en indemnisation est claire et non équivoque et qu’aucune règle de droit ou autre fondement juridique ne nous permet de passer outre à la liberté des parties de convenir (ou non) de cette condition ni de soustraire Tercon à son application en l’espèce.

II. Le processus d’appel d’offres

[87] Depuis près de trois décennies, le modèle du contrat A et du contrat B appliqué pour la première fois dans l’arrêt *La Reine du chef de l’Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111, prédomine dans le droit applicable en matière d’appel d’offres. Suivant l’analyse du juge Estey dans cet arrêt, le processus défini par les conditions de l’appel d’offres peut faire naître des relations contractuelles (« contrat A ») antérieures au marché projeté (« contrat B ») et tout à fait indépendantes de celui-ci. Le non-respect du contrat A, dépendant de sa teneur, peut donner ouverture à un recours contractuel pour inexécution même si le contrat B ne voit pas le jour et même si, comme en l’espèce, il est octroyé à un concurrent. Cette construction juridique permet au soumissionnaire non retenu d’exercer un recours *contractuel* contre le propriétaire qui ne respecte pas les règles de l’appel d’offres qu’il a lui-même établies. Cependant, l’existence du contrat A relève de l’interprétation, elle n’est pas dictée par une règle de droit.

[88] Dans l’arrêt *Ron Engineering*, le juge Estey conclut que suivant son interprétation du contrat, le gouvernement de l’Ontario pouvait conserver le cautionnement de soumission de 150 000 \$ même s’il avait appris un peu plus d’une heure après l’ouverture des soumissions que Ron Engineering avait commis une erreur de 750 058 \$ dans le calcul du montant offert et qu’elle souhaitait retirer sa soumission. Le juge Estey dit :

On n’a pas demandé à l’entrepreneur de signer un contrat qui différerait en quoi que ce soit de sa soumission, mais

contract in accordance with the instructions to tenderers and in conformity with its own tender. [p. 127]

In other words, harsh as it may have seemed to Ron Engineering, the parties were held to their bargain. The Court was not prepared to substitute “fair and reasonable” terms for what the parties had actually agreed to.

[89] In *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, Contract A included a “privilege” clause which stated that the owner was not obliged to accept the lowest or *any* tender. The Court implied a term, based on the presumed intention of the parties, that notwithstanding the privilege clause, only compliant bids were open to acceptance. While the owner was not obliged to accept the lowest compliant bid, the privilege clause did not, as a matter of contractual interpretation, give the owner “the privilege” of accepting a non-compliant bid. *M.J.B.* stops short of the issue in the present appeal because in that case, there was a breach of Contract A but no clause purporting to exclude liability on the part of the owner to pay compensation in the event of a Contract A violation.

[90] In *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 SCC 58, [2001] 2 S.C.R. 943, the Court enforced the rules of the bid depository system against a contractor whose bid was based on what turned out to be a mistaken view of its collective bargaining status with the International Brotherhood of Electrical Workers. The Court again affirmed that “[t]he existence and content of Contract A will depend on the facts of the particular case” (para. 36). *Ellis-Don* sought relief from its bid on the basis of a labour board decision rendered subsequent to its bid that upheld, to its surprise, the bargaining rights of the union. This Court held that no relief was contemplated in the circumstances under Contract A and none was afforded, even though this was a costly result when viewed from the perspective of *Ellis-Don*.

simplement de signer un contrat conforme aux instructions adressées aux soumissionnaires et à sa propre soumission. [p. 127]

Autrement dit, les parties ne pouvaient revenir sur le marché conclu, aussi draconien que cela ait pu paraître à Ron Engineering. La Cour n’était pas disposée à substituer des conditions « justes et raisonnables » à celles dont les parties avaient convenu.

[89] Dans l’arrêt *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, le contrat A renfermait une clause « de réserve » portant que le propriétaire n’était tenu d’accepter ni la soumission la plus basse ni *aucune* soumission. Invoquant l’intention présumée des parties, la Cour infère du contrat, malgré la clause de réserve, l’obligation tacite du propriétaire de n’accepter qu’une soumission conforme. Le propriétaire n’était pas tenu d’accepter la soumission conforme la plus basse, mais suivant son interprétation, la clause de réserve ne « réservait » pas au propriétaire le droit d’accepter une soumission non conforme. L’arrêt *M.J.B.* ne tranche pas la question soulevée dans le présent pourvoi, car même s’il y avait eu inexécution du contrat A, aucune clause n’avait pour objet d’écarter l’obligation du propriétaire de verser une indemnité en cas de non-respect du contrat A.

[90] Dans l’arrêt *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 CSC 58, [2001] 2 R.C.S. 943, la Cour donne effet aux règles régissant le système de soumissions au détriment d’un entrepreneur dont la soumission se fondait sur ce qui s’est révélé être une mauvaise interprétation de l’obligation de négocier collectivement avec la Fraternité internationale des ouvriers en électricité. La Cour y confirme que « [l]’existence et le contenu du contrat A dépendent des faits de chaque affaire » (par. 36). *Ellis-Don* tentait d’échapper à ses obligations contractuelles en invoquant une décision de la Commission des relations de travail — rendue après le dépôt de sa soumission — qui reconnaissait contre toutes attentes les droits de négociation collective du syndicat. La Cour statue que le contrat A ne prévoyait aucune mesure réparatrice en pareil cas et elle n’en accorde aucune, même si le résultat se révèle coûteux pour *Ellis-Don*.

[91] In *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860, citing *M.J.B.*, the Court implied a term in Contract A obligating the owner to be fair and consistent in the assessment of tender bids. On the facts, the disappointed bidder's claim of unfair treatment was rejected.

[92] Finally, in *Double N Earthmovers Ltd. v. Edmonton (City)*, 2007 SCC 3, [2007] 1 S.C.R. 116, the unsuccessful bidder claimed that Edmonton had accepted, in breach of Contract A, a competitor's non-compliant bid to provide heavy equipment of a certain age to move refuse at a waste disposal site. The Court refused to imply a term "requiring an owner to investigate to see if bidders will really do what they promised in their tender" (para. 50). Accepting the existence of a duty of "fairness and equality", the majority nevertheless held that "[t]he best way to make sure that all bids receive the same treatment is for an owner to weigh bids on the basis of what is actually in the bid, not to weigh them on the basis of subsequently discovered information" (para. 52). In other words, the majority's interpretation of the express terms of Contract A was enforced despite Double N Earthmovers' complaint of double dealing by the owner.

[93] On the whole, therefore, while *Ron Engineering* and its progeny have encouraged the establishment of a fair and transparent bidding process, Contract A continues to be based not on some abstract externally imposed rule of law but on the presumed (and occasionally implied) intent of the parties. Only in rare circumstances will the Court relieve a party from the bargain it has made.

[94] As to implied terms, *M.J.B.* emphasized (at para. 29) that the focus is "the intentions of the actual parties". A court, when dealing with a claim to an implied term, "must be careful not to slide

[91] Dans l'arrêt *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860, s'appuyant sur l'arrêt *M.J.B.*, la Cour conclut que le contrat A obligeait tacitement le propriétaire à évaluer les soumissions de façon équitable et uniforme. Mais au vu des faits, elle rejette la prétention du soumissionnaire éconduit selon laquelle il n'avait pas été traité avec équité.

[92] Enfin, dans l'affaire *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, 2007 CSC 3, [2007] 1 R.C.S. 116, à l'issue d'un appel d'offres pour la fourniture de machinerie lourde devant servir au déplacement des déchets dans une décharge, un soumissionnaire non retenu prétendait que la ville d'Edmonton avait contrevenu au contrat A en acceptant une soumission non conforme pour ce qui était de l'année de fabrication des machines. La Cour refuse de conclure à l'obligation tacite du propriétaire « de vérifier si les soumissionnaires respecteront vraiment les engagements qu'ils ont pris dans leur soumission » (par. 50). Les juges majoritaires reconnaissent que le propriétaire est tenu de traiter tous les soumissionnaires « équitablement et sur un pied d'égalité », mais ils estiment néanmoins que « [l]e meilleur moyen pour le propriétaire de s'assurer que toutes les soumissions sont traitées de façon équitable est de les évaluer d'après leur contenu réel et non en fonction des renseignements révélés ultérieurement » (par. 52). Ainsi, il est donné effet à leur interprétation des conditions expresses du contrat A malgré l'allégation de duplicité formulée par Double N Earthmovers contre le propriétaire.

[93] Dans l'ensemble, bien que l'arrêt *Ron Engineering* et ceux rendus dans sa foulée préconisent un processus d'appel d'offres équitable et transparent, l'assise du contrat A demeure l'intention présumée (et parfois inférée) des parties, et non quelque règle de droit abstraite imposée par un tiers. Ce n'est qu'en de rares circonstances que le tribunal relèvera une partie de ses engagements.

[94] Dans l'arrêt *M.J.B.*, la Cour souligne que, pour les conditions implicites, l'accent est mis sur « l'intention des parties elles-mêmes » (par. 29). Le tribunal appelé à statuer sur l'existence alléguée

into determining the intentions of reasonable parties” (emphasis in original). Thus, “if there is evidence of a contrary intention, on the part of either party, an implied term may not be found on this basis”.

[95] Tercon is a large and experienced contractor. As noted by Donald J.A. in the B.C. Court of Appeal, it had earlier “successfully recovered damages from the [Ministry] on a bidding default in a previous case” (2007 BCCA 592, 73 B.C.L.R. (4th) 201, at para. 15). See *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia* (1993), 9 C.L.R. (2d) 197 (B.C.S.C.), aff’d [1994] B.C.J. No. 2658 (QL) (C.A.). Thus Tercon would have been more sensitive than most contractors to the risks posed by an exclusion of compensation clause. It nevertheless chose to bid on the project on the terms proposed by the Ministry.

III. Tercon’s Claim for Relief From the Exclusionary Clause It Agreed to

[96] In these circumstances, the first question is whether there is either a statutory legal obstacle to, or a principled legal argument against, the freedom of these parties to contract out of the obligation that would otherwise exist for the Ministry to pay compensation for a breach of Contract A. If not, the second question is whether there is any other barrier to the court’s enforcement of the exclusionary clause in the circumstances that occurred. On the first branch, Tercon relies on the *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1996, c. 311 (“*Transportation Act*” or the “*Act*”). On the second branch, Tercon relies on the doctrine of fundamental breach.

A. *The Statutory Argument*

[97] Section 4 of the *Transportation Act* provides that before awarding a highway contract, “the minister must invite tenders in any manner that will make the invitation for tenders reasonably available

d’une condition implicite « doit se garder de chercher à déterminer l’intention de parties raisonnables » (souligné dans l’original). Ainsi, « en présence d’une preuve d’intention contraire de la part de l’une ou l’autre des parties, l’on ne peut conclure à l’existence d’une condition implicite sur ce fondement ».

[95] Tercon est une grande entreprise expérimentée et, comme le fait observer le juge Donald de la Cour d’appel, elle [TRADUCTION] « a déjà obtenu des dommages-intérêts du [ministère] dans une autre affaire d’irrégularité du processus d’appel d’offres » (2007 BCCA 592, 73 B.C.L.R. (4th) 201, par. 15). Voir *Tercon Contractors Ltd. c. British Columbia* (1993), 9 C.L.R. (2d) 197 (C.S.C.-B.), conf. par [1994] B.C.J. No. 2658 (QL) (C.A.). Tercon aurait donc été plus consciente que la plupart des autres entreprises du risque que posait la clause de non-recours en indemnisation. Elle a néanmoins décidé de participer au processus aux conditions proposées par le ministère.

III. Demande de Tercon visant à la soustraire à l’application de la clause de non-recours à laquelle elle a consenti

[96] Dans ces circonstances, il faut premièrement se demander si un élément législatif ou un argument juridique valable s’oppose à la liberté des parties d’exclure dans leur contrat l’obligation qu’aurait le ministère de verser une indemnité en cas d’inexécution du contrat A. S’il n’y en a pas, il convient deuxièmement de déterminer si, au vu des faits de l’espèce, il existe un autre obstacle à l’application de la clause de non-recours. Pour le premier volet, Tercon invoque la *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 311 (« *Loi sur les transports* » ou « *Loi* »), pour le second, le principe de l’inexécution fondamentale.

A. *L’argument de nature législative*

[97] L’article 4 de la *Loi sur les transports* dispose qu’avant d’accorder un contrat de voirie, [TRADUCTION] « le ministre lance l’appel d’offres de manière à informer raisonnablement le public de

to the public”, but then provides for several exceptions: “The minister need not invite tenders for a project . . . if . . . (c) the minister believes that an alternative contracting process will result in a competitively established cost for the project”. Here the required ministerial authorization was obtained for an “alternative process”. The reason is as follows. As noted by Cromwell J., the Ministry’s original idea was to use a “design-build” model where a single contractor would design and build the highway for a fixed price. The Ministry issued a request for expressions of interest (“RFEI”) which attracted six responses. One was from Tercon. Another was from Brentwood. EAC declined to bid because it did not think the “design-build” concept was appropriate for the job.

[98] On further reflection, the Ministry decided not to pursue the design-build approach. It decided to design the highway itself. The contract would be limited to construction, as EAC had earlier advocated. EAC was not allowed to bid despite the Ministry coming around to its point of view on the proper way to tender the project. The Ministry limited bidding on the new contest to the six respondents to the original RFEI, all of whom had been found capable of performing the contract. But to do so, it needed, and did obtain, the Minister’s s. 4 approval.

[99] A question arose during the hearing of the appeal as to whether the Minister actually approved an “alternative process” that not only restricted eligibility to the six participants in the RFEI process (an advantage to Tercon and the other five participants), but also contained the “no claims” clause excluding compensation for non-observance of its terms (no doubt considered a disadvantage). In its factum, the Ministry states:

In this case, the Minister approved an alternate process under [s. 4(2) of the B.C. *Transportation Act*]. That process was set out in the Instructions to Proponents, which included the No Claim Clause. Having been approved by the Minister, the package (including the No Claim

sa tenue », sauf dans certains cas, notamment lorsque [TRADUCTION] « c) le ministre estime qu’un autre processus d’adjudication de marché permettra la réalisation des travaux à un coût concurrentiel ». En l’espèce, le ministre a approuvé un « autre processus ». La raison en est — comme le signale le juge Cromwell — que le ministère prévoyait initialement qu’un seul entrepreneur se chargerait de la conception et de la construction de la route moyennant un prix fixe. Il a lancé une demande d’expression d’intérêt (« DEI ») et reçu six réponses, dont celles de Tercon et de Brentwood. Estimant que les travaux ne se prêtaient pas au modèle « conception-construction », EAC n’a pas manifesté son intérêt.

[98] Après réflexion, le ministre a renoncé à ce modèle. Il a décidé de concevoir lui-même la route et de ne passer un marché que pour sa construction, comme l’avait préconisé EAC. Cette dernière ne pouvait cependant pas soumissionner même si le ministre s’était rangé à son avis sur les modalités qu’il convenait d’établir pour l’appel d’offres. Le ministre a réservé la participation au nouveau processus aux six entrepreneurs ayant initialement répondu à la DEI, qu’il avait tous jugés aptes à exécuter les travaux. Il devait toutefois obtenir du ministre l’approbation visée à l’art. 4, et il l’a obtenue.

[99] Lors de l’audition du pourvoi, la question s’est posée de savoir si le ministre avait effectivement approuvé un « autre processus » qui non seulement tenait pour admissibles les six participants à la DEI (conférant ainsi un avantage à Tercon et aux cinq autres entreprises), mais renfermait également une clause « écartant tout recours » en indemnisation d’un préjudice découlant du non-respect de ses conditions (assurément perçue comme un élément défavorable). Dans son mémoire, le ministre soutient ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, le ministre a approuvé un autre processus [en application du par. 4(2) de la *Transportation Act* de la Colombie-Britannique]. Ce processus était énoncé dans les instructions aux proposant, qui comprenaient la clause « écartant tout

Clause) complied with section 4 of the *Transportation Act*. [para. 70]

[100] Tercon argued at the hearing of this appeal that as a matter of *law*, Contract A could not have included the exclusion clause because

[t]he policy of the [*Transportation Act*] is to ensure that the Ministry is accountable; to preserve confidence in the integrity of the tendering process. To ensure that is so and that the Minister is accountable, the Ministry must be held liable for its breach of Contract A in considering and accepting a proposal from the joint venture

MADAM JUSTICE ABELLA: Can I just ask you one question. Is it your position, sir, that you can never have -- that a government can never have a no claims clause?

MR. McLEAN: Yes. Under this statute because of the policy of the statute. [Transcript, at p. 27]

[101] While it is true that the Act favours “the integrity of the tendering process”, it nowhere prohibits the parties from negotiating a “no claims” clause as part of their commercial agreement, and cannot plausibly be interpreted to have that effect.

[102] In the ordinary world of commerce, as Dickson C.J. commented in *Hunter*, “clauses limiting or excluding liability are negotiated as part of the general contract. As they do with all other contractual terms, the parties bargain for the consequences of deficient performance” (p. 461). Moreover, as Mr. Hall points out, “[t]here are many valid reasons for contracting parties to use exemption clauses, most notably to allocate risks” (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2007), at p. 243). Tercon, for example, is a sophisticated and experienced contractor and if it decided that it was in its commercial interest to proceed with the bid despite the exclusion of compensation clause, that was its prerogative and nothing in the “policy of the Act” barred the parties’ agreement on that point.

recours ». Avalisé par le ministre, l’ensemble des conditions (dont la clause « écartant tout recours ») était conforme à l’article 4 de la *Transportation Act*. [par. 70]

[100] Tercon a soutenu à l’audience que le contrat A ne pouvait *légalement* comprendre la clause de non-recours, car

[TRADUCTION] [I]a raison d’être de la [*Transportation Act*] est de rendre le ministre responsable de ses actes, de protéger la foi dans l’intégrité du processus d’appel d’offres. C’est pourquoi le ministre doit engager sa responsabilité en cas d’inexécution du contrat A lorsqu’il considère puis accepte la proposition d’une coentreprise

MADAME LA JUGE ABELLA : Puis-je seulement vous poser une question? Allez-vous jusqu’à prétendre, Maître, qu’il ne peut jamais y avoir de clause « écartant tout recours », qu’un gouvernement ne peut jamais stipuler une telle clause?

MAÎTRE McLEAN : Oui. Sous le régime de cette loi, à cause de sa raison d’être. [Transcription, p. 27]

[101] Certes la Loi favorise « l’intégrité du processus d’appel d’offres », mais aucune de ses dispositions n’empêche les parties de faire figurer dans leur accord commercial une clause écartant toute indemnisation ni ne peut vraisemblablement être interprétée comme ayant cet effet.

[102] Dans l’arrêt *Hunter*, le juge en chef Dickson fait observer que dans le contexte ordinaire du commerce, « les clauses de limitation ou d’exclusion de responsabilité sont négociées dans le cadre de l’ensemble du contrat. Comme elles le font pour les autres conditions du contrat, les parties négocient les conséquences de l’exécution insuffisante » (p. 461). De plus, Hall fait remarquer que [TRADUCTION] « [b]on nombre de raisons valables justifient les parties contractantes de recourir à une clause exonératrice, le plus souvent pour répartir le risque » (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2007), p. 243). Tercon est une entreprise avertie et expérimentée, et si elle a jugé commercialement opportun de présenter une soumission malgré la clause de non-recours en indemnisation, c’était sa décision. La « raison d’être de la Loi » ne faisait aucunement obstacle à la convention des parties sur ce point.

[103] To the extent Tercon is now saying that as a matter of *fact* the Minister, in approving the RFP, did not specifically approve the exclusion clause, and that the contract was thus somehow *ultra vires* the Ministry, this is not an issue that was either pleaded or dealt with in the courts below. The details of the ministerial approval process were not developed in the evidence. It is not at all evident that s. 4 *required* the Minister to approve the actual terms of the RFP. It is an administrative law point that Tercon, if so advised, ought to have pursued at pre-trial discovery and in the trial evidence. We have not been directed to any exploration of the matter in the testimony and it is too late in the proceeding for Tercon to explore it now. Accordingly, I proceed on the basis that the exclusion clause did not run afoul of the statutory requirements.

B. *The Doctrine of the Fundamental Breach*

[104] The trial judge considered the applicability of the doctrine of fundamental breach. Tercon argued that the Ministry, by reason of its fundamental breach, had forfeited the protection of the exclusion of compensation clause.

[105] The leading case is *Hunter* which also dealt with an exclusion of liability clause. The appellants Hunter Engineering and Allis-Chalmers Canada Ltd. supplied gearboxes used to drive conveyor belts at Syncrude's tar sands operations in Northern Alberta. The gearboxes proved to be defective. At issue was a broad exclusion of warranty clause that limited time for suit and the level of recovery available against Allis-Chalmers (i.e. no recovery beyond the unit price of the defective products). Dickson C.J. observed: "In the face of the contractual provisions, Allis-Chalmers can only be found liable under the doctrine of fundamental breach" (p. 451).

[106] This doctrine was largely the creation of Lord Denning in the 1950s (see, e.g., *Karsales*

[103] Tercon prétend aujourd'hui devant nous que, dans les *faits*, lorsqu'il a approuvé la DP, le ministre n'a pas approuvé la clause de non-recours comme telle, si bien que le contrat était en quelque sorte *ultra vires* du pouvoir du ministère. Or, cette thèse n'a été ni formulée devant les tribunaux inférieurs ni examinée par eux. Le détail du processus d'approbation ministérielle n'a pas été mis en preuve. Il n'est pas du tout évident que l'art. 4 *exigeait* du ministre qu'il approuve les conditions précises de la DP. Il s'agit d'un point de droit administratif que Tercon aurait dû soulever, si elle le souhaitait, à l'interrogatoire préalable ou lors de la présentation de la preuve au procès. La preuve ne nous a pas incités à explorer la question, et il est désormais trop tard pour que Tercon s'engage dans cette voie. Je poursuis donc l'analyse en tenant pour acquis que la clause de non-recours ne dérogeait pas aux exigences légales.

B. *La notion d'inexécution fondamentale*

[104] La juge de première instance s'est penchée sur l'applicabilité de cette notion. Tercon soutenait qu'en raison de l'inexécution fondamentale dont il s'était rendu coupable, le ministère n'avait plus droit à la protection découlant de la clause de non-recours en indemnisation.

[105] *Hunter* est l'arrêt de principe en la matière. Une clause d'exonération de la responsabilité y était également en cause. Les appelantes Hunter Engineering et Allis-Chalmers Canada Ltd. fournissaient des boîtes d'engrenage pour les convoyeurs à courroie utilisés par Syncrude pour l'exploitation de sables bitumineux dans le nord de l'Alberta. Le matériel s'est révélé défectueux. L'objet du litige était une clause générale d'exclusion de la garantie limitant le délai de poursuite et plafonnant au prix unitaire du produit défectueux le montant de l'indemnité qu'Allis-Chalmers pouvait être tenue de verser. Le juge en chef Dickson conclut que « [c]ompte tenu des dispositions du contrat, Allis-Chalmers ne peut être tenue responsable qu'aux termes du principe de l'inexécution fondamentale » (p. 451).

[106] Ce principe de droit datant des années 1950 était en grande partie attribuable à lord Denning

(*Harrow Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936 (C.A.)). It was said to be a rule of law that operated independently of the intention of the parties in circumstances where the defendant had so egregiously breached the contract as to deny the plaintiff substantially the whole of its benefit. In such a case, according to the doctrine, the innocent party was excused from further performance but the defendant could still be held liable for the consequences of its “fundamental” breach even if the parties had excluded liability by clear and express language. See generally S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (5th ed. 2005), at para. 478; J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2005), at pp. 765 *et seq.*

[107] The five-judge *Hunter* Court was unanimous in the result and gave effect to the exclusion clause at issue. Dickson C.J. and Wilson J. both emphasized that there is nothing inherently unreasonable about exclusion clauses and that they should be applied unless there is a compelling reason not to give effect to the words selected by the parties. At that point, there was some divergence of opinion.

[108] Dickson C.J. (La Forest J. concurring) observed that the doctrine of fundamental breach had “spawned a host of difficulties” (p. 460), the most obvious being the difficulty in determining whether a particular breach is fundamental. The doctrine obliged the parties to engage in “games of characterization” (p. 460) which distracted from the real question of what agreement the parties themselves intended. Accordingly, in his view, the doctrine should be “laid to rest”. The situations in which the doctrine is invoked could be addressed more directly and effectively through the doctrine of “unconscionability”, as assessed at the time the contract was made:

It is preferable to interpret the terms of the contract, in an attempt to determine exactly what the parties agreed. If on its true construction the contract excludes liability for the kind of breach that occurred, the party in breach will generally be saved from liability. Only where the contract is unconscionable, as might arise from situations of unequal bargaining power between the parties,

(voir, p. ex., *Karsales (Harrow) Ltd. c. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936 (C.A.)). Il devait s’appliquer indépendamment de l’intention des parties lorsque le défendeur avait à ce point manqué à ses obligations contractuelles qu’il avait privé le demandeur de la quasi-totalité du bénéfice censé découler du contrat. Ainsi, le cocontractant innocent était dès lors relevé de ses obligations, et le défendeur pouvait en outre être tenu responsable des conséquences de son inexécution « fondamentale » même si les parties avaient clairement et expressément écarté toute responsabilité. Voir de façon générale S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (5^e éd. 2005), par. 478; J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2005), p. 765 *et suiv.*

[107] Dans l’arrêt *Hunter*, les cinq juges de la Cour s’entendent sur l’issue du pourvoi et donnent effet à la clause d’exclusion. Le juge en chef Dickson et la juge Wilson font tous deux ressortir qu’une telle clause n’est pas intrinsèquement déraisonnable et qu’il faut la faire respecter sauf motif impérieux de ne pas donner effet au libellé employé par les parties. Certaines divergences d’opinions apparaissent ensuite.

[108] Le juge en chef Dickson (avec l’accord du juge La Forest) fait remarquer que le principe de l’inexécution fondamentale a « engendré un grand nombre de difficultés » (p. 460), la plus évidente tenant à la détermination du caractère fondamental de l’inexécution. Les parties devaient en effet se livrer à des « jeux de caractérisation » (p. 460) qui détournaient leur attention de la question véritable, celle de savoir ce dont elles avaient elles-mêmes voulu convenir. Il est donc d’avis de « donner le coup de grâce » au principe, les situations où il est invoqué pouvant être réglées plus directement et plus efficacement sous l’angle de l’« iniquité » considérée au moment de la formation du contrat :

Il est préférable d’interpréter les conditions du contrat dans le but de déterminer exactement ce que les parties ont convenu. Si d’après son interprétation juste, le contrat écarte la responsabilité pour le genre d’inexécution qui s’est produit, la partie fautive sera généralement soustraite à la responsabilité. Ce n’est que lorsque le contrat est inique, comme cela pourrait se produire

should the courts interfere with agreements the parties have freely concluded. [p. 462]

Dickson C.J. explained that “[t]he courts do not blindly enforce harsh or unconscionable bargains” (p. 462), but “there is much to be gained by addressing directly the protection of the weak from overreaching by the strong, rather than relying on the artificial legal doctrine of ‘fundamental breach’” (p. 462). To enforce an exclusion clause in such circumstances could tarnish the institutional integrity of the court. In that respect, it would be contrary to public policy. However, a *valid* exclusion clause would be enforced according to its terms.

[109] Wilson J. (L’Heureux-Dubé J. concurring) disagreed. In her view, the courts retain some residual discretion to refuse to enforce exclusion clauses in cases of fundamental breach where the doctrine of *pre*-breach unconscionability (favoured by Dickson C.J.) did not apply. Importantly, she rejected the imposition of a general standard of reasonableness in the judicial scrutiny of exclusion clauses, affirming that “the courts . . . are quite unsuited to assess the fairness or reasonableness of contractual provisions as the parties negotiated them” (p. 508). Wilson J. considered it more desirable to develop through the common law a *post*-breach analysis seeking a “balance between the obvious desirability of allowing the parties to make their own bargains . . . and the obvious undesirability of having the courts used to enforce bargains in favour of parties who are totally repudiating such bargains themselves” (p. 510).

[110] Wilson J. contemplated a two-stage test, in which the threshold step is the identification of a fundamental breach where “the foundation of the contract has been undermined, where the very thing bargained for has not been provided” (p. 500). Having found a fundamental breach to exist, the exclusion clause would *not* automatically be set

dans le cas où il y a inégalité de pouvoir de négociation entre les parties, que les tribunaux devraient modifier les conventions que les parties ont formées librement. [p. 462]

Le juge en chef Dickson explique que « [l]es tribunaux n’appliquent pas aveuglément les conventions draconiennes ou iniques » (p. 462), mais qu’« il y a beaucoup à gagner à aborder directement la question de la protection des plus faibles contre l’exploitation des plus forts, plutôt que de s’en remettre au principe juridique artificiel de l’“inexécution fondamentale” » (p. 462). Faire respecter une clause de non-recours en pareil cas pourrait porter atteinte à l’intégrité de l’appareil judiciaire. Sous ce rapport, ce serait contraire à l’ordre public. Toutefois, une clause de non-recours *valide* sera appliquée conformément à son libellé.

[109] La juge Wilson (avec l’appui de la juge L’Heureux-Dubé) exprime son désaccord, opinant que les tribunaux doivent continuer d’exercer un certain pouvoir discrétionnaire et refuser d’appliquer une clause d’exclusion en cas d’inexécution fondamentale lorsque le principe de l’iniquité *préalable* à l’inexécution (privilegié par le juge en chef Dickson) ne s’applique pas. Elle s’oppose surtout à ce que l’examen judiciaire d’une clause d’exonération se fasse au regard d’une norme générale de raisonabilité : « . . . les tribunaux [. . .] sont fort mal placés pour déterminer le caractère juste ou raisonnable de dispositions contractuelles négociées par les parties » (p. 508). Elle préconise plutôt une démarche *a posteriori* fondée sur la common law visant à établir « un équilibre entre ce qui est manifestement souhaitable, c’est-à-dire permettre aux parties de conclure leurs propres contrats [. . .] et ce qui est manifestement peu souhaitable, c’est-à-dire recourir aux tribunaux pour faire respecter des contrats en faveur de parties qui elles-mêmes refusent catégoriquement de les exécuter » (p. 510).

[110] La juge Wilson propose un double critère dont le premier volet consiste à déterminer l’existence d’une inexécution fondamentale, à savoir une situation « où le fondement même du contrat a été miné, c’est-à-dire lorsque l’objet même du contrat n’a pas été réalisé » (p. 500). Le tribunal qui conclut à l’existence d’une inexécution fondamentale

aside, but the court should go on to assess whether, having regard to the circumstances of the breach, the party in fundamental breach should escape liability:

Exclusion clauses do not automatically lose their validity in the event of a fundamental breach by virtue of some hard and fast rule of law. They should be given their natural and true construction so that the meaning and effect of the exclusion clause the parties agreed to at the time the contract was entered into is fully understood and appreciated. But, in my view, the court must still decide, having ascertained the parties' intention at the time the contract was made, whether or not to give effect to it in the context of subsequent events such as a fundamental breach committed by the party seeking its enforcement through the courts. . . . [T]he question essentially is: in the circumstances that have happened should the court lend its aid to A to hold B to this clause? [Emphasis added; pp. 510-11.]

[111] Wilson J. reiterated that “as a general rule” courts should give effect to exclusion clauses *even in the case of fundamental breach* (p. 515). Nevertheless, a residual discretion to withhold enforcement exists:

Lord Wilberforce [in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.)] may be right that parties of equal bargaining power should be left to live with their bargains regardless of subsequent events. I believe, however, that there is some virtue in a residual power residing in the court to withhold its assistance on policy grounds in appropriate circumstances. [Emphasis added; p. 517.]

Wilson J. made it clear that such circumstances of disentitlement would be rare. She acknowledged that an exclusion clause might well be accepted with open eyes by a party “very anxious to get” the contract (p. 509). However, Wilson J. did not elaborate further on what such circumstances might be because she found in *Hunter* itself that no reason existed to refuse the defendant Allis-Chalmers the benefit of the exclusion clause.

[112] The fifth judge, McIntyre J., in a crisp two-paragraph judgment, agreed with the conclusion of

n'écarter pas automatiquement la clause d'exclusion, mais il poursuit son examen pour déterminer si l'auteur de l'inexécution fondamentale devrait, compte tenu des circonstances de celle-ci, échapper à sa responsabilité :

Il n'y a aucune règle de droit absolue qui dit que les clauses d'exclusion sont automatiquement frappées d'invalidité en cas d'inexécution fondamentale. Il faut leur donner une interprétation naturelle et juste afin de pouvoir saisir et apprécier parfaitement le sens et l'effet de la clause d'exclusion sur laquelle les parties se sont accordées au moment de la passation du contrat. J'estime toutefois qu'après avoir déterminé l'intention qu'avaient les parties au moment où elles ont conclu le contrat, la cour doit encore décider si elle appliquera ce contrat dans le contexte d'événements subséquents tels qu'une inexécution fondamentale de la part de la partie qui s'adresse aux tribunaux pour le faire respecter. [. . .] [L]a question qui se pose est essentiellement celle de savoir si, suite aux faits survenus, la cour devrait prêter son concours à A pour obliger B à respecter cette clause. [Je souligne; p. 510-511.]

[111] La juge Wilson rappelle qu'« en règle générale », les tribunaux doivent faire respecter la clause d'exclusion *même en cas d'inexécution fondamentale* (p. 515), sous réserve de leur pouvoir résiduel d'écarter son application :

Il se peut que [dans *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 (H.L.)] lord Wilberforce ait raison d'affirmer qu'on devrait laisser des parties ayant négocié à armes égales vivre avec leurs contrats, quels que soient les événements subséquents. Je crois cependant qu'il y a un certain intérêt à ce que les tribunaux soient revêtus d'un pouvoir résiduel de refuser pour des motifs de principe de prêter leur concours à une partie, lorsque cela est indiqué. [Je souligne; p. 517.]

La juge Wilson précise qu'il sera rarement indiqué d'écarter une clause d'exclusion. Elle ajoute qu'une telle clause peut très bien avoir été acceptée en pleine connaissance de cause par une partie qui « tenait beaucoup à [. . .] avoir » le contrat (p. 509). Elle ne précise toutefois pas les circonstances dans lesquelles il conviendrait de l'écarter, car dans *Hunter*, elle ne voit pas de raisons d'empêcher la défenderesse Allis-Chalmers de bénéficier de son application.

[112] Dans un jugement incisif de deux paragraphes, le juge McIntyre, le cinquième à se prononcer,

Wilson J. in respect of the exclusion clause issue but found it “unnecessary to deal further with the concept of fundamental breach in this case” (p. 481).

[113] The law was left in this seemingly bifurcated state until *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423. In that case, the Court breathed some life into the dying doctrine of fundamental breach while nevertheless affirming (once again) that whether or not a “fundamental breach prevents the breaching party from continuing to rely on an exclusion clause is a matter of construction rather than a rule of law” (para. 52). In other words, the question was whether the parties *intended* at the time of contract formation that the exclusion or limitation clause would apply “in circumstances of contractual breach, whether fundamental or otherwise” (para. 63). The Court thus emphasized that what was important was not the label (“fundamental or otherwise”) but the intent of the contracting parties when they made their bargain. “The only limitation placed upon enforcing the contract as written in the event of a fundamental breach”, the Court in *Guarantee Co.* continued,

would be to refuse to enforce an exclusion of liability in circumstances where to do so would be unconscionable, according to Dickson C.J., or [note the disjunctive “or”] unfair, unreasonable or otherwise contrary to public policy, according to Wilson J. [Emphasis added; para. 52.]

(See also para. 64.)

What has given rise to some concern is not the reference to “public policy”, whose role in the enforcement of contracts has never been doubted, but to the more general ideas of “unfair” and “unreasonable”, which seemingly confer on courts a very broad after-the-fact discretion.

[114] The Court’s subsequent observations in *ABB Inc. v. Domtar Inc.*, 2007 SCC 50, [2007] 3 S.C.R. 461, should be seen in that light. *Domtar* was a products liability case arising under the civil

souscrit à la conclusion de la juge Wilson en ce qui concerne la clause d’exclusion, mais il trouve « inutile de s’arrêter davantage à la notion d’inexécution fondamentale en l’espèce » (p. 481).

[113] Cette orientation apparemment bicéphale du droit a valu jusqu’à ce que, dans l’arrêt *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, la Cour ravive la notion moribonde d’inexécution fondamentale tout en (ré)affirmant que « la question de savoir si l’inexécution fondamentale empêche la partie qui en est l’auteur de continuer d’invoquer une clause d’exclusion est une question d’interprétation plutôt que de règle de droit » (par. 52). En d’autres termes, la question est celle de savoir si les parties ont *voulu*, lors de la formation du contrat, que la clause d’exclusion (prévoyant le délai de prescription) s’applique « à la suite d’une inexécution de contrat, qu’elle soit fondamentale ou autre » (par. 63). La Cour souligne donc que ce n’est pas la qualification qui compte (« fondamentale ou autre »), mais bien l’intention des parties au moment de contracter. Elle ajoute :

En cas d’inexécution fondamentale, la seule restriction à l’exécution du contrat tel que rédigé consisterait à refuser d’appliquer une exonération de responsabilité dans le cas où il serait inique de le faire, selon le juge en chef Dickson, ou [notez l’emploi du *ou* disjonctif] injuste, déraisonnable ou par ailleurs contraire à l’ordre public, selon l[a] juge Wilson. [Je souligne; par. 52.]

(Voir aussi le par. 64.)

La difficulté n’a pas résulté du renvoi à l’« ordre public », une notion dont la pertinence en matière d’exécution des contrats n’a jamais été mise en doute, mais bien des considérations plus générales évoquées par les mots « injuste » et « déraisonnable », qui paraissent ouvrir la voie à l’exercice a posteriori d’un très grand pouvoir judiciaire discrétionnaire.

[114] Les observations subséquentes de la Cour dans l’arrêt *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, 2007 CSC 50, [2007] 3 R.C.S. 461, doivent être considérées dans ce contexte. L’arrêt porte sur la responsabilité du

law of Quebec, but the Court observed with respect to the common law:

Once the existence of a fundamental breach has been established, the court must still analyse the limitation of liability clause in light of the general rules of contract interpretation. If the words can reasonably be interpreted in only one way, it will not be open to the court, even on grounds of equity or reasonableness, to declare the clause to be unenforceable since this would amount to rewriting the contract negotiated by the parties. [Emphasis added; para. 84.]

While the *Domtar* Court continued to refer to “fundamental breach”, it notably repudiated any judicial discretion to depart from the terms of a valid contract upon vague notions of “equity or reasonableness”. It did not, however, express any doubt about the residual category mentioned in *Guarantee Co.*, namely a refusal to enforce an exclusion clause on the grounds of public policy.

[115] I agree with Professor Waddams when he writes:

[I]t is surely inevitable that a court must reserve the ultimate power to decide when the values favouring enforceability are outweighed by values that society holds to be more important. [para. 557]

[116] While memorably described as an unruly horse, public policy is nevertheless fundamental to contract law, both to contractual formation and enforcement and (occasionally) to the court’s relief *against* enforcement. As Duff C.J. observed:

It is the duty of the courts to give effect to contracts and testamentary dispositions according to the settled rules and principles of law, since we are under a reign of law; but there are cases in which rules of law cannot have their normal operation because the law itself recognizes some paramount consideration of public policy which over-rides the interest and what otherwise would be the rights and powers of the individual.

(*Re Millar Estate*, [1938] S.C.R. 1, at p. 4)

See generally B. Kain and D. T. Yoshida, “The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract

fabricant en droit civil québécois, mais la Cour y signale ce qui suit au sujet de la common law :

Une fois l’inexécution fondamentale constatée, le tribunal doit encore analyser la clause limitative selon les règles générales d’interprétation des contrats. Dans la mesure où les termes sont raisonnablement susceptibles d’une seule interprétation, le tribunal ne pourra déclarer la clause limitative de responsabilité inapplicable, même pour des motifs d’équité ou de raisonabilité, puisque cela reviendrait à réécrire le contrat négocié entre les parties. [Je souligne; par. 84.]

Même si elle renvoie encore à la notion d’« inexécution fondamentale », la Cour exclut nettement tout pouvoir discrétionnaire de passer outre aux conditions d’un contrat valide pour de vagues considérations « d’équité ou de raisonabilité ». Elle ne remet cependant pas en cause le pouvoir résiduel — mentionné dans l’arrêt *Guarantee Co.* — de refuser de donner effet à une clause de non-recours pour des motifs liés à l’ordre public.

[115] Je conviens avec le professeur Waddams de ce qui suit :

[TRADUCTION] [I] est certes incontournable que les tribunaux se réservent le pouvoir suprême de déterminer si des valeurs privilégiées par la société l’emportent sur celles favorables à l’applicabilité. [par. 557]

[116] L’ordre public, qu’on a pourtant mémorablement comparé à un « cheval rétif », joue un rôle fondamental en droit contractuel pour ce qui est de la formation et de l’exécution du contrat, mais aussi (parfois) lorsqu’un tribunal est appelé à déclarer un contrat *non* applicable. Comme l’a signalé le juge en chef Duff :

[TRADUCTION] Dans un système soumis à la règle de droit, il incombe aux tribunaux de donner effet aux stipulations contractuelles et testamentaires suivant les règles et les principes de droit établis. Or, il arrive parfois que l’on ne puisse appliquer ceux-ci normalement parce que le droit lui-même reconnaît une considération d’ordre public prépondérante qui prime les intérêts de l’intéressé et ce qui, autrement, constituerait ses droits.

(*Re Millar Estate*, [1938] R.C.S. 1, p. 4)

Se reporter généralement à B. Kain et D. T. Yoshida, « The Doctrine of Public Policy in Canadian

Law”, in T. L. Archibald and R. S. Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2007* (2007), 1.

[117] As Duff C.J. recognized, freedom of contract will often, but not always, trump other societal values. The residual power of a court to decline enforcement exists but, in the interest of certainty and stability of contractual relations, it will rarely be exercised. Duff C.J. adopted the view that public policy “should be invoked only in clear cases, in which the harm to the public is substantially incontestable, and does not depend upon the idiosyncratic inferences of a few judicial minds” (p. 7). While he was referring to public policy considerations pertaining to the nature of the *entire contract*, I accept that there may be well-accepted public policy considerations that relate directly to the nature of the *breach*, and thus trigger the court’s narrow jurisdiction to give relief against an exclusion clause.

[118] There are cases where the exercise of what Professor Waddams calls the “ultimate power” to refuse to enforce a contract may be justified, even in the commercial context. Freedom of contract, like any freedom, may be abused. Take the case of the milk supplier who adulterates its baby formula with a toxic compound to increase its profitability at the cost of sick or dead babies. In China, such people were shot. In Canada, should the courts give effect to a contractual clause excluding civil liability in such a situation? I do not think so. Then there are the people, also fortunately resident elsewhere, who recklessly sold toxic cooking oil to unsuspecting consumers, creating a public health crisis of enormous magnitude. Should the courts enforce an exclusion clause to eliminate contractual liability for the resulting losses in such circumstances? The answer is no, but the contract breaker’s conduct need not rise to the level of criminality or fraud to justify a finding of abuse.

Contract Law », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation, 2007* (2007), 1.

[117] Le juge en chef Duff reconnaît donc que la liberté contractuelle prime souvent les autres valeurs sociétales, mais pas toujours. Le pouvoir résiduel du tribunal d’écarter l’application existe bien, mais la certitude et la stabilité des rapports contractuels commandent de l’exercer rarement. Le juge en chef Duff adopte le point de vue selon lequel l’ordre public [TRADUCTION] « ne doit être invoqué que lorsqu’il est manifeste que le préjudice infligé au public est foncièrement incontestable et ne tient pas seulement aux conclusions bien personnelles de quelques magistrats » (p. 7). Même s’il renvoie à des considérations d’ordre public liées à la nature du *contrat en entier*, je reconnais qu’il peut y avoir des considérations d’ordre public bien établies se rapportant directement à la nature de l’*inexécution* et conférant alors au tribunal le pouvoir limité d’écarter la clause de non-recours.

[118] Il arrive que l’exercice de ce que le professeur Waddams appelle le [TRADUCTION] « pouvoir suprême » de refuser de faire respecter un contrat puisse se justifier, même en contexte commercial. On peut abuser de la liberté contractuelle comme de toute autre liberté. Considérons le cas de fournisseurs de lait qui, pour accroître leur profit, altèrent une formule pour nourrissons en y ajoutant une substance toxique, causant ainsi maladies et décès. En Chine, de tels fournisseurs sont fusillés. Au Canada, les tribunaux devraient-ils en pareil cas faire respecter une clause contractuelle écartant la responsabilité civile? Je ne crois pas. Considérons également le cas de ces gens sans scrupules — résidant heureusement dans un autre pays — qui ont vendu de l’huile de cuisson toxique à des consommateurs qui ne se doutaient de rien, créant ainsi une crise sanitaire publique d’une ampleur considérable. Dans de telles circonstances, nos tribunaux devraient-ils faire respecter une clause de non-recours de façon à écarter la responsabilité contractuelle pour le préjudice ainsi causé? Je ne le crois pas non plus. Cependant, point n’est besoin que l’inexécution contractuelle équivaille à un acte criminel ou à une fraude pour qu’il y ait véritablement abus.

[119] A less extreme example in the commercial context is *Plas-Tex Canada Ltd. v. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 245 D.L.R. (4th) 650. The Alberta Court of Appeal refused to enforce an exclusion clause where the defendant Dow knowingly supplied defective plastic resin to a customer who used it to fabricate natural gas pipelines. Instead of disclosing its prior knowledge of the defect to the buyer, Dow chose to try to protect itself by relying upon limitation of liability clauses in its sales contracts. After some years, the pipelines began to degrade, with considerable damage to property and risk to human health from leaks and explosions. The court concluded that “a party to a contract will not be permitted to engage in unconscionable conduct secure in the knowledge that no liability can be imposed upon it because of an exclusionary clause” (para. 53). (See also *McCamus*, at p. 774, and *Hall*, at p. 243.) What was demonstrated in *Plas-Tex* was that the defendant Dow was so contemptuous of its contractual obligation and reckless as to the consequences of the breach as to forfeit the assistance of the court. The public policy that favours freedom of contract was outweighed by the public policy that seeks to curb its abuse.

[120] Conduct approaching serious criminality or egregious fraud are but examples of well-accepted and “substantially incontestable” considerations of public policy that may override the countervailing public policy that favours freedom of contract. Where this type of misconduct is reflected in the breach of contract, all of the circumstances should be examined very carefully by the court. Such misconduct may disable the defendant from hiding behind the exclusion clause. But a plaintiff who seeks to avoid the effect of an exclusion clause must identify the overriding public policy that it says outweighs the public interest in the enforcement of the contract. In the present case, for the reasons discussed below, I do not believe Tercon has identified a relevant public policy that fulfills this requirement.

[119] L'affaire *Plas-Tex Canada Ltd. c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 245 D.L.R. (4th) 650, constitue un cas d'inexécution contractuelle moins extrême. La Cour d'appel de l'Alberta a refusé d'appliquer une clause de responsabilité limitée au bénéfice de la défenderesse, Dow, qui avait sciemment fourni de la résine plastique défectueuse à un client qui s'en était servi pour la fabrication de conduites de gazoducs. Au lieu de signaler à l'acheteur la défectuosité dont elle connaissait l'existence, Dow avait tenté de se protéger en limitant sa responsabilité dans les contrats de vente. Après quelques années, les gazoducs ont commencé à se fissurer, causant d'importants dommages matériels et compromettant la santé de la population ainsi exposée à un risque grave de fuites et d'explosions. La Cour d'appel a conclu qu'un [TRADUCTION] « contractant ne saurait agir de façon inique avec la certitude qu'il pourra échapper à toute responsabilité grâce à une clause d'exonération » (par. 53). (Voir également *McCamus*, p. 774, et *Hall*, p. 243.) Ainsi, dans cette affaire, la défenderesse Dow a manifesté un tel mépris pour ses obligations contractuelles et fait preuve d'une telle insouciance pour les conséquences du non-respect de celles-ci qu'il était exclu que les tribunaux lui prêtent leur concours. Les considérations d'ordre public visant à réprimer l'abus de la liberté contractuelle l'emportaient sur celles qui privilégient celle-ci.

[120] Le comportement qui se rapproche de l'acte criminel grave ou de la fraude monumentale n'est qu'un exemple de considération d'ordre public bien établie et « foncièrement incontestable » pouvant primer la liberté de contracter, elle aussi d'ordre public. Lorsque l'inexécution du contrat se traduit par des actes répréhensibles de cette nature, le tribunal doit examiner très attentivement les circonstances. De tels actes peuvent empêcher le défendeur de se retrancher derrière la clause de non-recours. Mais le demandeur désireux de se soustraire à l'application d'une telle clause doit faire valoir la considération d'ordre public prépondérante qui, à son avis, l'emporte sur l'intérêt public lié à l'application des contrats. Pour les motifs qui suivent, je ne crois pas que Tercon invoque une considération d'ordre public applicable qui satisfait à cette exigence.

[121] The present state of the law, in summary, requires a series of enquiries to be addressed when a plaintiff seeks to escape the effect of an exclusion clause or other contractual terms to which it had previously agreed.

[122] The first issue, of course, is whether as a matter of interpretation the exclusion clause even *applies* to the circumstances established in evidence. This will depend on the Court's assessment of the intention of the parties as expressed in the contract. If the exclusion clause does not apply, there is obviously no need to proceed further with this analysis. If the exclusion clause applies, the second issue is whether the exclusion clause was unconscionable at the time the contract was made, "as might arise from situations of unequal bargaining power between the parties" (*Hunter*, at p. 462). This second issue has to do with contract formation, not breach.

[123] If the exclusion clause is held to be valid and applicable, the Court may undertake a third enquiry, namely whether the Court should nevertheless refuse to enforce the valid exclusion clause because of the existence of an overriding public policy, proof of which lies on the party seeking to avoid enforcement of the clause, that outweighs the very strong public interest in the enforcement of contracts.

IV. Application to the Facts of This Case

[124] I proceed to deal with the issues in the sequence mentioned above.

A. *Did the Ministry Breach Contract A?*

[125] The trial judge found that the parties intended to create contractual relations at the bidding stage (i.e. Contract A): 2006 BCSC 499, 53 B.C.L.R. (4th) 138, at para. 88. I agree with that conclusion. If there were no intent to form Contract A, there would be no need to exclude liability for compensation in the event of its breach.

[126] The Ministry argued that Contract A was not breached. It was entitled to enter into Contract B

[121] En résumé, dans l'état actuel du droit, le tribunal doit répondre à plusieurs questions lorsqu'une partie lui demande de la soustraire à l'application d'une clause de non-recours ou d'une autre stipulation contractuelle à laquelle elle a précédemment consenti.

[122] Évidemment, il lui faut d'abord déterminer, par voie d'interprétation, si même la clause de non-recours *s'applique* aux faits mis en preuve, ce qui dépend de l'intention des parties qu'il dégage du contrat. De toute évidence, lorsque la clause ne s'applique pas, point n'est besoin de poursuivre l'examen. Lorsqu'elle s'applique, il doit en deuxième lieu se demander si la clause était inique au moment de la formation du contrat, « comme cela pourrait se produire dans le cas où il y a inégalité de pouvoir de négociation entre les parties » (*Hunter*, p. 462). Cette deuxième considération touche à la formation du contrat, non à l'inexécution.

[123] Lorsque la clause de non-recours est jugée valide et applicable, le tribunal peut se demander dans un troisième temps s'il convient tout de même de refuser de la faire respecter en raison d'une considération d'ordre public prépondérante, dont la preuve incombe à la partie qui veut se soustraire à l'application de la clause, qui l'emporte sur le très grand intérêt public lié à l'application des contrats.

IV. Application aux faits de l'espèce

[124] J'examine maintenant les questions en litige dans l'ordre susmentionné.

A. *Le ministère a-t-il respecté le contrat A?*

[125] La juge de première instance conclut que les parties ont voulu faire naître un lien contractuel dès le dépôt de la soumission (le contrat A) : 2006 BCSC 499, 53 B.C.L.R. (4th) 138, par. 88. Je suis d'accord. Si les parties n'avaient pas eu l'intention de conclure le contrat A, il n'aurait pas été nécessaire d'écartier toute obligation d'indemnisation en cas d'inexécution.

[126] Le ministère soutient qu'il n'y a pas eu inexécution du contrat A. Il lui était loisible de

with Brentwood and it did so. There was no privity between the Ministry and EAC. The Ministry would have had no direct claim against EAC in the event of deficient performance. I accept as correct that Brentwood, having obtained Contract B, was in a position of considerable flexibility as to how and with whom it carried out the work. Nevertheless, it was open to the trial judge to conclude, as she did, that the RFP process was not conducted by the Ministry with the degree of fairness and transparency that the terms of Contract A entitled Tercon to expect. At the end of an unfair process, she found, Contract B was not awarded to Brentwood (the eligible bidder) but to what amounted to a joint venture consisting of Brentwood and EAC. I therefore proceed with the rest of the analysis on the basis that Contract A was breached.

B. *What Is the Proper Interpretation of the Exclusion of Compensation Clause and Did the Ministry's Conduct Fall Within Its Terms?*

[127] It is at this stage that I part company with my colleague Cromwell J. The exclusion clause is contained in the RFP and provides as follows:

2.10 . . .

Except as expressly and specifically permitted in these Instructions to Proponents, no Proponent shall have any claim for compensation of any kind whatsoever, as a result of participating in this RFP, and by submitting a Proposal each Proponent shall be deemed to have agreed that it has no claim.

In my view, “participating in this RFP” began with “submitting a Proposal” for consideration. The RFP process consisted of more than the final selection of the winning bid and Tercon participated in it. Tercon’s bid *was* considered. To deny that such participation occurred on the ground that in the end the Ministry chose a Brentwood joint venture (ineligible) instead of Brentwood itself (eligible) would, I believe, take the Court up the dead end identified by Wilson J. in *Hunter*:

. . . exclusion clauses, like all contractual provisions, should be given their natural and true construction.

conclure le contrat B avec Brentwood, et il l’a fait. Il n’avait pas de lien contractuel avec EAC. Il n’aurait eu aucun recours direct contre EAC en cas d’exécution insuffisante. J’estime qu’après avoir obtenu le contrat B, Brentwood jouissait effectivement d’une grande latitude pour arrêter les modalités d’exécution des travaux et choisir ses partenaires. La juge du procès pouvait néanmoins conclure comme elle le fait que, dans sa DP, le ministère n’a pas agi avec l’équité et la transparence auxquelles Tercon était en droit de s’attendre au vu du libellé du contrat A. Elle conclut qu’au terme d’un processus inéquitable, le contrat B n’a pas été adjudgé à Brentwood (le soumissionnaire admissible), mais bien à une coentreprise formée de Brentwood et d’EAC. Je conclus donc qu’il y a eu inexécution du contrat A et je poursuis l’analyse en conséquence.

B. *Quelle est la juste interprétation de la clause de non-recours en indemnisation, et les actes du ministère tombent-ils sous le coup de celle-ci?*

[127] C’est à cette étape que je me dissocie de mon collègue le juge Cromwell. La clause de non-recours figurant dans la DP est libellée comme suit :

[TRADUCTION]

2.10 . . .

Sauf ce que prévoient expressément les présentes instructions, un proposant ne peut exercer aucun recours en indemnisation pour sa participation à la DP, ce qu’il est réputé accepter lorsqu’il présente une soumission.

À mon avis, la « participation à la DP » a débuté par la « [présentation d’]une soumission ». Le processus ne se résumait pas au choix final de l’adjudicataire, et Tercon y a participé. La soumission de Tercon *a été* considérée. Selon moi, nier la participation de Tercon au motif que le ministère a finalement choisi la coentreprise inadmissible dont faisait partie Brentwood, et non Brentwood elle-même (qui était admissible), mène la Cour dans l’impasse relevée par la juge Wilson dans l’arrêt *Hunter* :

. . . les clauses d’exclusion, comme toutes les stipulations d’un contrat, doivent recevoir une interprétation

Great uncertainty and needless complications in the drafting of contracts will obviously result if courts give exclusion clauses strained and artificial interpretations in order, indirectly and obliquely, to avoid the impact of what seems to them *ex post facto* to have been an unfair and unreasonable clause. [p. 509]

Professor McCamus expresses a similar thought:

. . . the law concerning exculpatory clauses is likely to be more rather than less predictable if the underlying concern is openly recognized, as it is in *Hunter*, rather than suppressed and achieved indirectly through the subterfuge of strained interpretation of such terms. [p. 778]

[128] I accept the trial judge's view that the Ministry was at fault in its performance of the RFP, but the conclusion that the process thereby ceased to be the RFP process appears to me, with due respect to colleagues of a different view, to be a "strained and artificial interpretatio[n] in order, indirectly and obliquely, to avoid the impact of what seems to them *ex post facto* to have been an unfair and unreasonable clause".

[129] As a matter of interpretation, I agree with Donald J.A. speaking for the unanimous court below:

The [trial] judge said the word "participating" was ambiguous. With deference, I do not find it so. The sense it conveys is the contractor's involvement in the RFP/contract A stage of the process. I fail to see how "participating" could bear any other meaning. [Emphasis added; para. 16.]

Accordingly, I conclude that on the face of it, the exclusion clause applies to the facts described in the evidence before us.

C. Was the Claim Excluding Compensation Unconscionable at the Time Contract A Was Made?

[130] At this point, the focus turns to contract formation. Tercon advances two arguments: firstly, that it suffered from an inequality of bargaining power and secondly, (as mentioned) that the

juste et naturelle. Il est évident que, si les tribunaux donnent aux clauses d'exclusion des interprétations forcées et artificielles afin d'éviter, par des moyens indirects et détournés, les conséquences de ce qui leur semble *ex post facto* avoir été une clause injuste et déraisonnable, il en résultera une grande incertitude et des complications inutiles dans la rédaction de contrats. [p. 509]

Le professeur McCamus va dans le même sens :

[TRADUCTION] . . . le droit régissant les clauses d'exonération sera assurément plus prévisible, et non moins, si la considération sous-jacente est ouvertement reconnue, comme elle l'est dans *Hunter*, au lieu d'être occultée et prise en compte indirectement par le moyen détourné de l'interprétation forcée du libellé en cause. [p. 778]

[128] Je conviens avec la juge de première instance que le ministère a été fautif dans la mise en œuvre de la DP. Cependant, en toute déférence pour les tenants de l'avis contraire, sa conclusion selon laquelle le processus a cessé dès lors d'être la DP me paraît être le fruit d'« interprétations forcées et artificielles afin d'éviter, par des moyens indirects et détournés, les conséquences de ce qui leur semble *ex post facto* avoir été une clause injuste et déraisonnable ».

[129] Sur le plan de l'interprétation, je suis d'accord avec le juge Donald qui exprime l'avis unanime de la Cour d'appel :

[TRADUCTION] La juge de première instance dit que le mot « participation » est ambigu. Avec déférence, je ne suis pas d'accord. Il renvoie à la part que prend l'entrepreneur à l'étape du contrat A du processus de DP. Je ne vois pas quel autre sens pourrait avoir ce mot. [Je souligne; par. 16.]

Par conséquent, je conclus qu'à première vue, la clause de non-recours s'applique aux faits établis selon le dossier de la Cour.

C. La clause de non-recours était-elle inique au moment de la formation du contrat A?

[130] Pour ce volet, l'accent est mis sur la formation du contrat. Tercon avance deux arguments : premièrement, son pouvoir de négociation était moins grand que celui du ministère et, deuxièmement (je

exclusion clause violates public policy as reflected in the *Transportation Act*.

(1) Unequal Bargaining Power

[131] In *Hunter*, Dickson C.J. stated, at p. 462: “Only where the contract is unconscionable, as might arise from situations of unequal bargaining power between the parties, should the courts interfere with agreements the parties have freely concluded.” Applying that test to the case before him, he concluded:

I have no doubt that unconscionability is not an issue in this case. Both Allis-Chalmers and Syncrude are large and commercially sophisticated companies. Both parties knew or should have known what they were doing and what they had bargained for when they entered into the contract. [p. 464]

While Tercon is not on the same level of power and authority as the Ministry, Tercon is a major contractor and is well able to look after itself in a commercial context. It need not bid if it doesn't like what is proposed. There was no relevant imbalance in bargaining power.

(2) Policy of the *Transportation Act*

[132] As mentioned earlier, Tercon cites and relies upon the policy of the Act which undoubtedly favours the transparency and integrity of the bidding process. I have already discussed my reasons for rejecting Tercon's argument that this “policy” operates as a bar to the ability of the parties to agree on such commonplace commercial terms as in the circumstances they think appropriate. In addition, the exclusion clause is not as draconian as Tercon portrays it. Other remedies for breach of Contract A (specific performance or injunctive relief, for example) were available.

[133] In this case, injunction relief *was* in fact a live possibility. Although Tercon was not briefed on the negotiations with other bidders, the trial judge found that Glenn Walsh, the owner of Tercon, “had seen representatives of EAC with Brentwood following [the Brentwood/EAC interviews with the

le rappelle), la clause de non-recours va à l'encontre de la raison d'être de la *Loi sur les transports*.

(1) Inégalité du pouvoir de négociation

[131] Dans l'arrêt *Hunter*, le juge en chef Dickson affirme à la p. 462 : « Ce n'est que lorsque le contrat est inique, comme cela pourrait se produire dans le cas où il y a inégalité de pouvoir de négociation entre les parties, que les tribunaux devraient modifier les conventions que les parties ont formées librement. » Appliquant ce critère à l'espèce dont la Cour était saisie, il conclut :

Je n'ai aucun doute que l'iniquité n'est pas en cause en l'espèce. Allis-Chalmers et Syncrude sont d'importantes sociétés commerciales ayant une grande expérience des affaires. Les deux parties savaient ou auraient dû savoir ce qu'elles faisaient et ce qu'elles avaient négocié au moment de conclure le contrat. [p. 464]

Tercon n'a ni le pouvoir ni l'autorité du ministère, mais c'est une entreprise importante parfaitement en mesure de défendre ses intérêts commerciaux. Elle n'a pas à donner suite à un appel d'offres dont les conditions ne lui conviennent pas. Il n'y avait pas d'inégalité déterminante du pouvoir de négociation.

(2) Raison d'être de la *Loi sur les transports*

[132] J'ai déjà signalé que Tercon s'en remet à la raison d'être de la Loi, qui favorise indubitablement la transparence et l'intégrité du processus d'appel d'offres. J'ai également fait état des motifs pour lesquels je rejette la thèse de Tercon selon laquelle cette « raison d'être » fait obstacle à la faculté des parties de convenir des conditions commerciales courantes qu'elles jugent indiquées dans les circonstances. En outre, la clause de non-recours n'est pas aussi draconienne que le laisse entendre Tercon. L'inexécution du contrat A donnait ouverture à d'autres recours (dont l'exécution en nature et l'injonction).

[133] En l'espèce, l'injonction *était* effectivement une avenue possible. Bien que Tercon n'ait pas été informée des négociations avec les autres soumissionnaires, la juge de première instance relève que son propriétaire, Glenn Walsh, [TRADUCTION] « avait rencontré des représentants d'EAC et de

Ministry and Bill Swain of Brentwood]”, and when asked whether Tercon was going to sue, Walsh had said “no” without further comment. Had Tercon pushed for more information and sought an injunction (as a matter of private law, not public law), at that stage the exclusion clause would have had no application, but Tercon did not do so. This is not to say that estoppel or waiver applies. Nor is it to say that injunctive relief would be readily available in many bidding situations (although if an injunction had been sought here, the unavailability of the alternative remedy of monetary damages might have assisted Tercon). It is merely to say that the exclusion clause is partial, not exhaustive.

[134] The Kincolith road project presented a serious construction challenge on a tight time frame and within a tight budget. Contract A did not involve a bid for a fixed price contract but for the right to negotiate the bid details once the winning proponent was selected. In such a fluid situation, *all* participants could expect difficulties in the contracting process. Members of the construction bar are nothing if not litigious. In the circumstances, the bidders might reasonably have accepted (however reluctantly) the Ministry’s need for a bidding process that excluded compensation, and adjusted their bids accordingly. The taxpayers of British Columbia were not prepared to pay the contractor’s profit twice over — once to Brentwood/EAC for actually building the road, and now to Tercon, even though in Tercon’s case the “profit” would be gained without Tercon running the risks associated with the performance of Contract B. The Court should not be quick to declare such a clause, negotiated between savvy participants in the construction business, to be “contrary to the Act”.

D. *Assuming the Validity of the Exclusion Clause at the Time the Contract Was Made, Is There Any Overriding Public Policy That Would Justify the Court’s Refusal to Enforce It?*

[135] If the exclusion clause is not invalid from the outset, I do not believe the Ministry’s performance

Brentwood après [les rencontres de Brentwood et d’EAC avec le ministère et Bill Swain, de Brentwood] »; interrogé quant à savoir si Tercon allait poursuivre, M. Walsh avait répondu « non » sans autre commentaire. Si Tercon avait alors tenté d’en savoir plus et sollicité une injonction (en droit privé, et non en droit public), la clause de non-recours ne se serait pas appliquée, mais Tercon ne l’a pas fait. Il n’y a pas pour autant préclusion ou renonciation. Certes, il n’est pas facile d’obtenir une injonction dans bon nombre de processus d’appel d’offres (quoique, en l’espèce, l’impossibilité d’obtenir des dommages-intérêts aurait sans doute joué en faveur de Tercon). Simplement, l’absence de recours est partielle, et non totale.

[134] Le projet de Kincolith, dont le calendrier et le budget étaient serrés, présentait un défi de taille. En décrochant le contrat A, le soumissionnaire n’obtenait pas un marché à prix fixe, mais bien le droit de négocier le détail du contrat de construction. Dans un cadre aussi mouvant, *tous* les participants pouvaient s’attendre à des difficultés lors du processus d’adjudication. Le droit de la construction n’existerait pas sans les litiges. Dans les circonstances, il est raisonnable de penser que les soumissionnaires ont accepté (même avec réticence) que l’appel d’offres du ministère exclue toute indemnisation et qu’ils ont rajusté leurs soumissions en conséquence. Les contribuables de la Colombie-Britannique n’étaient pas disposés à payer deux fois le profit de l’entrepreneur — d’abord à la coentreprise Brentwood/EAC pour la construction effective de la route, puis à Tercon, qui réalisait le « profit » sans avoir couru le risque associé à l’exécution du contrat B. La Cour ne doit pas s’empres- ser de déclarer « contraire à la Loi » une clause de non-recours négociée par des entreprises rompues aux usages du domaine de la construction.

D. *À supposer que la clause de non-recours était valable au moment de la formation du contrat, une considération d’ordre public prépondérante justifie-t-elle le tribunal de refuser de la faire respecter?*

[135] Si la clause de non-recours n’était pas invalide au départ, je ne crois pas que l’exécution du

can be characterized as so aberrant as to forfeit the protection of the contractual exclusion clause on the basis of some overriding public policy. While there is a public interest in a fair and transparent tendering process, it cannot be ratcheted up to defeat the enforcement of Contract A in this case. There *was* an RFP process and Tercon participated in it.

[136] Assertions of ineligible bidders and ineligible bids are the bread and butter of construction litigation. If a claim to defeat the exclusion clause succeeds here on the basis that the owner selected a joint venture consisting of an eligible bidder with an ineligible bidder, so also by a parity of reasoning should an exclusion clause be set aside if the owner accepted a bid ineligible on other grounds. There would be little room left for the exclusion clause to operate. A more sensible and realistic view is that the parties here expected, even if they did not like it, that the exclusion of compensation clause would operate even where the eligibility criteria in respect of the bid (including the bidder) were not complied with.

[137] While the Ministry's conduct was in breach of Contract A, that conduct was not so extreme as to engage some overriding and paramount public interest in curbing contractual abuse as in the *Plas-Tex* case. Brentwood was not an outsider to the RFP process. It was a legitimate competitor. All bidders knew that the road contract (i.e. Contract B) would not be performed by the proponent alone. The work required a large "team" of different trades and personnel to perform. The issue was whether EAC would be on the job as a major sub-contractor (to which Tercon could not have objected) or identified with Brentwood as a joint venture "proponent" with EAC. All bidders were made aware of a certain flexibility with respect to the composition of any proponent's "team". Section 2.8(b) of the RFP provided that if "a material change has occurred to the Proponent since its qualification under the RFEL, including if the composition of the Proponent's team members has changed, . . . the Ministry may

contrat par le ministère s'éloigne à ce point de la norme qu'une considération d'ordre public prépondérante justifie le tribunal d'écarter la protection découlant de la clause contractuelle de non-recours. Il est certes dans l'intérêt public que le processus d'appel d'offres soit équitable et transparent, mais cette considération ne suffit pas à justifier le refus de faire respecter le contrat A en l'espèce. Un processus de DP *s'est* déroulé et Tercon y a participé.

[136] En droit de la construction, les litiges naissent souvent à la suite d'allégations d'inadmissibilité de soumissionnaires et de soumissions. Si, dans la présente affaire, on faisait droit à la demande parce que le propriétaire a choisi une coentreprise formée de deux soumissionnaires dont un était admissible et l'autre non, par souci de cohérence, faudrait-il également écarter la clause de non-recours lorsque le propriétaire accepte une soumission inadmissible sous quelque autre rapport, laissant ainsi peu de place à l'application d'une telle clause? D'un point de vue plus réaliste et rationnel, les parties s'attendaient en l'espèce, même si cette éventualité ne les enchantait guère, à ce que la clause excluant toute indemnisation s'applique advenant même le non-respect des critères d'admissibilité de la soumission (et de son auteur).

[137] Les actes du ministère ont certes contrevenu au contrat A, mais j'estime qu'ils n'étaient pas répréhensibles au point de faire en sorte qu'une considération d'ordre public prépondérante justifie la répression d'un abus contractuel comme dans l'affaire *Plas-Tex*. Brentwood n'était pas étrangère au processus de DP. Il s'agissait d'un concurrent légitime. Tous les soumissionnaires savaient que le proposant retenu n'exécuterait pas seul le contrat de construction routière (le contrat B). Il fallait pouvoir compter sur une « équipe » pluridisciplinaire pour mener le projet à bien. La question était celle de savoir si EAC serait sous-traitant principal (ce à quoi Tercon n'aurait pu s'opposer) ou « proposant » dans le cadre de la coentreprise avec Brentwood. Une certaine latitude était accordée à tous les soumissionnaires pour la constitution de leur « équipe ». L'alinéa 2.8b) de la DP prévoyait en effet que lorsque [TRADUCTION] « depuis que le proposant est devenu admissible en répondant à la

request [further information and] . . . reserves the right to disqualify that Proponent, and reject its Proposal”. Equally, “[i]f a qualified Proponent is concerned that it has undergone a material change, the Proponent can, at its election, make a preliminary submission to the Ministry, in advance of the Closing Date, and before submitting a Proposal. . . . The Ministry will, within three working days of receipt of the preliminary submission give a written decision as to whether the Proponent is still qualified to submit a Proposal.”

[138] The RFP issued on January 15, 2001. The Ministry was informed by Brentwood of a “proposed material change to our team’s structure” in respect of a joint venture with EAC by fax dated January 24, 2001. From the Ministry’s perspective, the change was desirable. EAC was a bigger company, had greater expertise in rock drilling and blasting (a major part of the contract) and a stronger balance sheet. EAC was identified in Brentwood’s amended proposal as a sub-contractor. In the end, the Ministry did not approve the January 14, 2001 request, presumably because it doubted that a change in the “composition of the Proponent’s team’s members” could, according to the terms of the RFP, include a change in the Proponent itself.

[139] The Ministry did obtain legal advice and did not proceed in defiance of it. On March 29, 2001, the Ministry noted in an internal e-mail that a Ministry lawyer (identified in the e-mail) had come to the conclusion that the joint venture was not an eligible proponent but advised that Contract B could lawfully be structured in a way so as to satisfy both Brentwood/EAC’s concerns and avoid litigation from disappointed proponents.

[140] I do not wish to understate the difference between EAC as a sub-contractor and EAC as a joint-venturer. Nor do I discount the trial judge’s condemnation of the Ministry’s lack of fairness

DEI, une modification substantielle le concernant s’est produite, notamment en ce qui a trait à la composition de son équipe [. . .], [le ministère] peut exiger du proposant d’autres renseignements [. . .] et [il] se réserve le droit de l’écartier et de rejeter sa soumission ». Puis, « le proposant admissible qui estime qu’une modification substantielle le concernant a pu se produire peut à son gré présenter au ministère une soumission préliminaire avant la date de clôture et avant de formuler une proposition. [. . .] Dans les trois jours ouvrables qui suivent la réception de la soumission préliminaire, le ministère lui fait savoir par écrit s’il est toujours admissible. »

[138] La DP a été lancée le 15 janvier 2001. Dans une télécopie datée du 24 janvier 2001, Brentwood a informé le ministère de la [TRADUCTION] « modification substantielle qu’elle se proposait d’apporter à la composition de son équipe » en vue de la formation d’une coentreprise avec EAC. Le ministère voyait le changement d’un bon œil. EAC était une société de plus grande taille, dotée d’une plus grande expertise dans le forage de roches et le dynamitage (ce qui comptait pour une grande partie des travaux) et elle affichait une meilleure santé financière. Elle figurait à titre de sous-traitant dans la proposition modifiée de Brentwood. Finalement, le ministère n’a pas approuvé la modification signalée le 14 janvier 2001, vraisemblablement parce qu’il craignait que la modification de la « composition de [l’]équipe [du proposant] » ne puisse, suivant la DP, englober la modification du proposant lui-même.

[139] Le ministère a obtenu un avis juridique, et il n’a pas agi à l’encontre de celui-ci. Le 29 mars 2001, le ministère signalait dans un courriel interne qu’un avocat du ministère (nommé dans le courriel) avait conclu que la coentreprise n’était pas un proposant admissible, mais que le contrat B pouvait en toute légalité être rédigé de façon à tenir compte des préoccupations de Brentwood et d’EAC et à éviter toute contestation des proposants non retenus.

[140] Je ne veux pas minimiser la différence entre le fait, pour EAC, d’être un sous-traitant ou un coentrepreneur. Je ne mésestime pas non plus les conclusions de la juge de première instance

and transparency in making a Contract B which on its face was at odds with what the trial judge found to be the true state of affairs. Tercon has legitimate reason to complain about the Ministry's conduct. I say only that based on the jurisprudence, the Ministry's misconduct did not rise to the level where public policy would justify the court in depriving the Ministry of the protection of the exclusion of compensation clause freely agreed to by Tercon in the contract.

[141] The construction industry in British Columbia is run by knowledgeable and sophisticated people who bid upon and enter government contracts with eyes wide open. No statute in British Columbia and no principle of the common law override their ability in this case to agree on a tendering process including a limitation or exclusion of remedies for breach of its rules. A contractor who does not think it is in its business interest to bid on the terms offered is free to decline to participate. As Donald J.A. pointed out, if enough contractors refuse to participate, the Ministry would be forced to change its approach. So long as contractors are willing to bid on such terms, I do not think it is the court's job to rescue them from the consequences of their decision to do so. Tercon's loss of anticipated profit is a paper loss. In my view, its claim is barred by the terms of the contract it agreed to.

V. Disposition

[142] I would dismiss the appeal without costs.

Appeal allowed, McLACHLIN C.J. and BINNIE, ABELLA and ROTHSTEIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: McLean & Armstrong, West Vancouver.

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

selon lesquelles le ministère a fait preuve d'un manque d'équité et de transparence en établissant un contrat B qui ne correspondait manifestement pas à la réalité. Tercon a raison de dénoncer le comportement du ministère. Seulement, au vu de la jurisprudence, l'inconduite n'était pas répréhensible au point que l'ordre public justifie le tribunal de refuser au ministère la protection de la clause de non-recours en indemnisation à laquelle Tercon a librement consenti.

[141] Dans le secteur de la construction de la Colombie-Britannique, des gens compétents dotés d'une grande expérience répondent à des appels d'offres et concluent des contrats avec l'État en toute connaissance de cause. Aucune loi de cette province et aucun principe de common law ne l'emporte en l'espèce sur leur faculté de convenir d'un processus d'appel d'offres, y compris d'une responsabilité limitée ou d'une absence de recours advenant le non-respect des conditions applicables. L'entrepreneur qui estime qu'il n'est pas dans son intérêt commercial de répondre à un appel d'offres aux conditions proposées est libre de s'en abstenir. Comme le fait observer le juge Donald, si un nombre suffisant d'entrepreneurs refusent de soumissionner, le ministère sera bien obligé de modifier sa façon de faire. Tant que des entrepreneurs seront disposés à soumissionner à de telles conditions, je ne crois pas qu'il revienne aux tribunaux de les soustraire aux conséquences de leurs actes. La perte du profit escompté par Tercon est théorique. Selon moi, les conditions du contrat auxquelles elle a consenti font obstacle à sa demande.

V. Dispositif

[142] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans dépens.

Pourvoi accueilli, la juge en chef McLACHLIN et les juges BINNIE, ABELLA et ROTHSTEIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: McLean & Armstrong, West Vancouver.

Procureur de l'intimée: Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

*Procureur de l'intervenant : Procureur général
de l'Ontario, Toronto.*

Sheila Fullowka, Doreen Shauna Hourie, Tracey Neill, Judit Pandev, Ella May Carol Riggs, Doreen Vodnoski, Carlene Dawn Rowsell, Karen Russell and Bonnie Lou Sawler *Appellants*

v.

Pinkerton's of Canada Limited, Government of the Northwest Territories as represented by the Commissioner of the Northwest Territories, National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada, Timothy Alexander Bettger and Royal Oak Ventures Inc. (formerly Royal Oak Mines Inc.) *Respondents*

- and -

James O'Neil *Appellant*

v.

Pinkerton's of Canada Limited, Government of the Northwest Territories as represented by the Commissioner of the Northwest Territories, National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada and Timothy Alexander Bettger *Respondents*

and

Attorney General of Canada and Attorney General of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: FOLLOWKA v. PINKERTON'S OF CANADA LTD.

2010 SCC 5

File No.: 32735.

2009: May 14; 2010: February 18.

Sheila Fullowka, Doreen Shauna Hourie, Tracey Neill, Judit Pandev, Ella May Carol Riggs, Doreen Vodnoski, Carlene Dawn Rowsell, Karen Russell et Bonnie Lou Sawler *Appelantes*

c.

Pinkerton's of Canada Limited, gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, représenté par le commissaire des Territoires du Nord-Ouest, Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada, Timothy Alexander Bettger et Royal Oak Ventures Inc. (anciennement Royal Oak Mines Inc.) *Intimés*

- et -

James O'Neil *Appelant*

c.

Pinkerton's of Canada Limited, gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, représenté par le commissaire des Territoires du Nord-Ouest, Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada et Timothy Alexander Bettger *Intimés*

et

Procureur général du Canada et procureur général de l'Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : FOLLOWKA c. PINKERTON'S OF CANADA LTD.

2010 CSC 5

N° du greffe : 32735.

2009 : 14 mai; 2010 : 18 février.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE NORTHWEST TERRITORIES

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DES TERRITOIRES DU NORD-OUEST

Torts — Negligence — Duty of care — Territorial government — Security company — Miners — Ongoing bitter strike at mine — Striking members of local union committing several criminal acts against mine property and replacement miners, including planting bomb in mine that killed nine miners — Surviving family members of murdered miners suing security company hired by mine owner to protect property and miners and territorial government for non-closure of mine in spite of clear knowledge of dangerous situation — Miner among first on scene of explosion also suing claiming damages for post-traumatic stress disorder — Trial judge finding both security company and government liable in negligence for failing to prevent murders — Whether security company and government owed duty of care to murdered miners — If so, whether they breached that duty.

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Gouvernement territorial — Entreprise de sécurité — Mineurs — Dure grève dans une mine — Grévistes membres du syndicat local ayant commis plusieurs infractions criminelles contre les biens de la mine et les mineurs de remplacement, dont un attentat à la bombe qui a tué neuf mineurs — Poursuite par les membres survivants de la famille des mineurs tués contre l'entreprise de sécurité embauchée par la propriétaire de la mine pour protéger les biens et les mineurs et contre le gouvernement territorial pour ne pas avoir fermé la mine malgré sa connaissance manifeste du danger — Poursuite en dommages-intérêts pour trouble de stress post-traumatique par un mineur parmi les premiers arrivés sur les lieux de l'explosion — Juge du procès déclarant l'entreprise de sécurité et le gouvernement responsables pour avoir fait preuve de négligence en ne prévenant pas les meurtres — L'entreprise de sécurité et le gouvernement avaient-ils une obligation de diligence envers les mineurs tués? — Dans l'affirmative, ont-ils manqué à cette obligation?

Torts — Negligence — Duty of care — Unions — Miners — Ongoing bitter strike at mine — Striking members of local union committing several criminal acts against mine property and replacement miners, including planting bomb in mine that killed nine miners — Surviving family members of murdered miners suing unions — Miner among first on scene of explosion also suing claiming damages for post-traumatic stress disorder — Whether trial judge erred finding that national and local unions breached their duty of care to miners — Whether national and local unions separate legal entities — Whether national union directly or vicariously liable for acts of striking members of local union.

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Syndicats — Mineurs — Dure grève dans une mine — Grévistes membres du syndicat local ayant commis plusieurs infractions criminelles contre les biens de la mine et les mineurs de remplacement, dont un attentat à la bombe qui a tué neuf mineurs — Poursuite contre les syndicats par les membres survivants de la famille des mineurs tués — Poursuite en dommages-intérêts pour trouble de stress post-traumatique par un mineur parmi les premiers arrivés sur les lieux de l'explosion — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant que les syndicats national et local avaient manqué à leur obligation de diligence envers les mineurs? — Les syndicats national et local constituaient-ils une seule entité? — Le syndicat national était-il responsable, directement ou du fait d'autrui, pour les actes des grévistes membres du syndicat local?

In May 1992, a strike began at the Giant Mine near Yellowknife. The employees' bargaining agent, CASAW Local 4, and the mine owner, Royal, had reached a tentative agreement, but it was rejected by the Local's membership. Royal decided to continue operating the

En mai 1992, une grève a débuté à la mine Giant, près de Yellowknife. L'agent négociateur des employés, la section locale n° 4 de la CASAW, et la propriétaire de la mine, Royal, sont parvenus à une entente de principe, qui a toutefois été rejetée par les membres de la

mine during the ensuing strike with replacement workers. The strike rapidly degenerated into violence. Faced with attacks on its security guards and unable to control the situation, the private security firm Royal had hired withdrew. Royal turned to Pinkerton's for security services and by the end of May, Pinkerton's had 52 guards on site. The violence continued and escalated after Pinkerton's arrival. In mid-June, a large number of strikers rioted, damaging property and injuring security guards and replacement workers. Following the riot, Royal fired about 40 strikers, including W, and the police laid many criminal charges. Later in the same month, three strikers, including B, entered the mine through a remote entrance. While underground, they stole explosives and painted graffiti threatening replacement workers. As the summer progressed, the atmosphere grew calmer although some trespassing, property damage and violence continued. On Royal's urging, Pinkerton's reduced its force to 20 guards. The police presence was also reduced. In late July, some strikers, including B, set an explosion which blew a hole in a satellite dish on mine property and, in early September, set a second explosion which damaged the mine's ventilation shaft plant. In the early morning hours of September 18, W evaded security, entered the mine and, while underground, planted an explosive device. When a man car carrying nine miners triggered the trip wire, they were all killed in the explosion. N was among the first on the scene and discovered the dismembered bodies of his colleagues, including a close friend. The territorial government ordered closure of the mine following the bombing. At the time of the fatal blast, CASAW Local 4 was affiliated with CASAW National which, in 1994, amalgamated with CAW National.

The miners' survivors sued Royal, Pinkerton's and the territorial government for negligently failing to prevent the murders. They also claimed against the strikers' national union, some union officials and members of CASAW Local 4 for failing to control W and for inciting him. As for N, he brought an action against the same defendants and Local 4, seeking damages for post-traumatic stress disorder which he alleged resulted from his having come upon the scene of the fatal explosion. Their claims largely

section locale. Royal a décidé de continuer à exploiter la mine pendant la grève qui a suivi en faisant appel à des travailleurs de remplacement. La grève a rapidement dégénéré et basculé dans la violence. Aux prises avec des attaques contre ses agents et incapable de maîtriser la situation, l'entreprise privée de sécurité embauchée par Royal s'est retirée. Royal a demandé à Pinkerton's de lui fournir des services de sécurité et, à la fin mai, 52 agents de Pinkerton's se trouvaient sur le site. Les actes de violence ont continué et se sont aggravés après l'arrivée de Pinkerton's. À la mi-juin, un nombre important de grévistes ont participé à une émeute, causant des dommages aux biens et des blessures aux agents de sécurité et aux travailleurs de remplacement. À la suite de l'émeute, Royal a congédié environ 40 grévistes, dont W, et la police a porté de nombreuses accusations criminelles. Plus tard le même mois, trois grévistes, dont B, se sont introduits dans la mine en utilisant une entrée isolée. Une fois sous terre, ils ont volé des explosifs et fait des graffitis menaçant les travailleurs de remplacement. Au cours de l'été, la situation s'est peu à peu calmée, quoique quelques intrusions, actes de violence et dommages aux biens aient continué à survenir. Pinkerton's a réduit le nombre de ses agents à 20, comme Royal la pressait de le faire. La présence policière a également diminué. Des grévistes, dont B, ont provoqué, à la fin juillet, une explosion qui a fait un trou dans une antenne parabolique sur le site de la mine et, début septembre, une deuxième explosion qui a endommagé le puits de ventilation de la mine. Tôt le matin du 18 septembre, W a déjoué la sécurité et s'est introduit dans la partie souterraine de la mine pour y installer un engin explosif. Neuf mineurs ont été tués dans l'explosion survenue lorsque le wagonnet qui les transportait a déclenché le fil-piège. N a été l'un des premiers à arriver sur les lieux, où il a découvert les corps démembrés de ses collègues, dont l'un était un ami proche. Après l'explosion, le gouvernement territorial a ordonné la fermeture de la mine. Au moment de l'explosion fatale, la section locale n° 4 de la CASAW était affiliée à la CASAW nationale, qui a fusionné avec le syndicat national des TCA en 1994.

Les survivants des mineurs ont poursuivi Royal, Pinkerton's et le gouvernement territorial pour avoir fait preuve de négligence en ne prévenant pas les meurtres. Ils ont également intenté un recours contre le syndicat national des grévistes et contre certains dirigeants et membres de la section locale n° 4 de la CASAW à qui ils reprochaient de ne pas avoir contrôlé W et de l'avoir incité à agir. N a intenté, contre les mêmes défendeurs et la section locale n° 4, une action en dommages-intérêts pour un trouble de stress post-traumatique qui,

succeeded at trial but were dismissed by the Court of Appeal.

Held: The appeals should be dismissed.

The plaintiffs do not claim that Pinkerton's and the government are responsible for W's tort; the claim is that they were negligent in trying to prevent it. The relationship between the murdered miners and Pinkerton's and the territorial government meets the requirements of foreseeability and proximity such that a *prima facie* duty of care existed.

In light of the trial judge's finding that the territorial government's mine safety division was aware that the explosion in the vent shaft could have caused a major fire, potentially endangering the lives of the men working underground at the time, there is no reason to interfere with his conclusion that the killing of the miners "was the very kind of thing that was likely to happen". As for Pinkerton's, the trial judge found that the company was advised by the mine superintendent that there was a bomb threat. Pinkerton's also knew there had been an explosion at an electrical substation, had received information that the strikers had explosives and intended to use them, and had heard threats from union members to the effect that they intended to kill the replacement workers. These factual findings support a conclusion not only that a reasonable person would have foreseen death resulting from an explosion, but that Pinkerton's actually foresaw that risk.

In cases of this nature, the proximity inquiry is concerned with whether the case discloses factors which show that the relationship between the plaintiff and the defendant was sufficiently close and direct to give rise to a legal duty of care, considering such factors as expectations, representations, reliance and the property or other interests involved. The reasonable expectations of both the miners and Pinkerton's as well as Pinkerton's undertaking to exert some control over the risk to the miners supported the trial judge's finding of proximity. The miners reasonably relied on Pinkerton's to take reasonable precautions to reduce the risk and Pinkerton's must have shared the miners' expectation since the whole point of its presence at the mine was to protect property and people and help secure the site so that the mine could continue to operate. With respect

alléguait-il, résultait de son arrivée sur la scène de l'explosion fatale. Leurs recours ont été en grande partie accueillis en première instance, mais rejetés par la Cour d'appel.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Les demandeurs n'allèguent pas que Pinkerton's et le gouvernement sont responsables du délit commis par W; ils allèguent plutôt qu'ils ont fait preuve de négligence pour ce qui est de tenter de prévenir le délit. La relation entre, d'une part, les mineurs qui ont péri et, d'autre part, Pinkerton's et le gouvernement territorial satisfait aux conditions de prévisibilité et de proximité nécessaires pour qu'une obligation de diligence *prima facie* soit établie.

Compte tenu de la conclusion du juge du procès que la division de la sécurité des mines du gouvernement territorial était au courant qu'une explosion planifiée dans la tour de ventilation aurait pu déclencher un incendie majeur, pouvant mettre en danger la vie des hommes travaillant alors sous terre, rien ne justifierait l'annulation de sa conclusion que le meurtre des mineurs « était justement le type d'événement susceptible de se produire ». Pour ce qui est de Pinkerton's, le juge du procès a conclu que le surintendant de la mine l'avait informée d'une menace d'explosion d'une bombe. En outre, Pinkerton's était au courant d'une explosion survenue dans un poste électrique, avait été informée que des grévistes avaient des explosifs en leur possession et avaient l'intention de s'en servir, et avait eu vent de menaces de mort proférées par des membres du syndicat contre les travailleurs de remplacement. Ces conclusions de fait appuient la conclusion non seulement qu'une personne raisonnable aurait prévu les décès causés par une explosion, mais aussi que Pinkerton's prévoyait effectivement la réalisation de ce risque.

Dans les causes de cette nature, l'application du critère de la proximité consiste à déterminer si la preuve révèle l'existence d'éléments — attentes, déclarations, confiance et biens ou autres intérêts en jeu, par exemple — montrant que la relation entre le demandeur et le défendeur était suffisamment étroite et directe pour donner naissance à une obligation de diligence en droit. Les attentes raisonnables des mineurs et celles de Pinkerton's, de même que l'engagement de Pinkerton's à exercer un certain contrôle sur le risque que couraient les mineurs justifiaient la conclusion de proximité tirée par le juge du procès. Les mineurs se sont fiés raisonnablement au fait que Pinkerton's prendrait des précautions raisonnables pour réduire le risque et les attentes de Pinkerton's devaient correspondre à celles des mineurs puisqu'ils étaient sur place justement pour protéger les

to the government, the trial judge did not err in finding that there was a sufficiently close and direct relationship between the inspectors and the miners. The mine inspectors had a statutory duty to inspect the mine and to order the cessation of work if they considered it unsafe. In exercising this statutory power, the inspectors had been physically present in the mine on many occasions, had identified specific and serious risks to an identified group of workers and knew that the steps being taken by management and Pinkerton's to maintain safe working conditions were wholly ineffectual.

There are no residual policy considerations, alone or in combination, sufficiently compelling to oust the *prima facie* duty of care on the part of Pinkerton's and the territorial government. Since the plaintiffs seek to have these parties held responsible for their own negligence, not for the fault of others, holding them liable for their own negligence does not undermine the general principles that tort liability is personal and fault-based. Nor do considerations of control and autonomy negate the *prima facie* duty of care. Control is concerned with whether the defendant was either materially implicated in the creation of the risk or had control over a risk to which others have been invited. While it is true that Pinkerton's and the territorial government had no direct control over W, given their contractual and statutory obligations, it is misleading to speak of an absence of control over W since they had a significant measure of control of the risk that his activities would kill miners. As for autonomy, it is concerned with a person's right to engage in risky activities and to choose not to intervene to prevent others from doing so or to save them from the consequences. The miners were aware that they faced risk and decided to accept it, but they made that choice in light of the assurances given to them and with the reasonable expectation that Pinkerton's and the territorial government would make reasonable efforts to guard against that risk. Pinkerton's surrendered much of its autonomy by its contractual undertaking with Royal to guard the miners. The territorial government had a statutory responsibility for mine safety and its autonomy gave way to its statutory duties. Pinkerton's and the territorial government were not mere bystanders who happened upon a dangerous situation and decided not to get involved. Given their contractual and statutory obligations, it does not unduly interfere with their autonomy to impose a duty on them to take reasonable care for the miners' safety. The proposed duty of care does not expose the government to indeterminate liability. The duty is to the finite group of miners working

biens et les gens et aider à protéger les lieux, de façon à ce qu'il soit possible de continuer à exploiter la mine. Pour ce qui est du gouvernement, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant à l'existence d'un lien suffisamment étroit et direct entre les inspecteurs et les mineurs. Les inspecteurs des mines avaient une obligation légale d'inspecter la mine et d'ordonner la cessation de tout travail s'ils la jugeaient dangereuse. Pour exercer ce pouvoir légal, ils s'étaient rendus en personne à la mine à maintes occasions, avaient constaté l'existence de risques spécifiques et sérieux menaçant un groupe précis de travailleurs et savaient que les mesures prises par la direction et Pinkerton's en vue de maintenir des conditions de travail sécuritaires étaient totalement inefficaces.

Aucune considération de politique résiduelle n'est suffisamment impérieuse, isolément ou avec d'autres, pour que soit écartée l'obligation de diligence *prima facie* de Pinkerton's et du gouvernement territorial. Comme les demandeurs veulent que ces parties soient tenues responsables de leur propre négligence, et non d'actes fautifs commis par des tiers, les tenir responsables de leur propre négligence ne bafoue en rien les principes généraux voulant que la responsabilité délictuelle soit personnelle et qu'elle repose sur l'existence d'une faute. Les considérations concernant le contrôle et l'autonomie n'écartent pas non plus l'obligation de diligence *prima facie*. La question du contrôle tient à la participation réelle du défendeur à la création du risque ou à l'exercice par celui-ci d'un contrôle sur un risque que d'autres personnes ont été invitées à courir. Il est vrai que Pinkerton's et le gouvernement n'exerçaient aucun contrôle direct sur W, mais, vu leurs obligations légales et contractuelles, il est faux de conclure à l'absence de contrôle sur W, car ils exerçaient un contrôle appréciable sur le risque que des mineurs décèdent par suite de ses actes. Quant à l'autonomie, elle concerne le droit d'une personne de se livrer à des activités risquées et de choisir de ne pas intervenir pour empêcher d'autres personnes de se livrer à de telles activités ou pour leur en éviter les conséquences. Les mineurs savaient qu'ils couraient un risque et ils ont décidé de l'accepter, mais ils ont fait ce choix en tenant compte des assurances qu'ils avaient reçues et en s'attendant raisonnablement à ce que Pinkerton's et le gouvernement territorial prennent des mesures raisonnables pour les protéger de ce risque. Pinkerton's a renoncé dans une large mesure à son autonomie en s'engageant contractuellement envers Royal à protéger les mineurs. Le gouvernement territorial avait la responsabilité légale de la sécurité dans la mine et son autonomie a cédé la place à ses obligations légales. Pinkerton's et le gouvernement territorial n'étaient pas de simples observateurs qui auraient été témoins d'une situation dangereuse et auraient décidé

in the mine which the inspectors had inspected repeatedly. The concern about the potential for over- or under-regulation and conflicting duties is not justified in the circumstances of this case.

While the trial judge was correct in finding that both Pinkerton's and the territorial government owed the murdered miners a duty of care, he erred in finding that they did not meet the requisite standard of care. The trial judge failed to articulate the standard of care to which Pinkerton's was to be held, given the limitation of resources imposed by its contract with the mine owner and W's determination to commit an intentional, criminal act. To the extent that the judge required Pinkerton's to ensure that the entrances were properly guarded to avoid all clandestine access to the mine, he imposed an absolute duty, not a duty of reasonable care. The trial judge also did not indicate what "properly" guarding the entrances required Pinkerton's to do. Moreover, his reasons contain contradictory findings highly relevant to his conclusion about Pinkerton's breach of its standard of care. These diametrically opposed findings of fact on a critical issue constitute clear and determinative errors and require appellate intervention. With regard to the government, the trial judge erred in law by rejecting the relevance and legal effect of good faith reliance on legal advice received by officials about the scope of their statutory powers. The mining inspectors had been advised that their jurisdiction did not permit them to close the mine for reasons derived from labour relations issues and criminal activity. Although that advice was wrong, in the context of allegations of negligence against those responsible for regulating mine safety, the fact that this advice was received and acted on cannot be dismissed — as the trial judge did — as being of "no consequence". This advice goes precisely to the issue of whether the government took reasonable care in deciding not to close the mine. The reliance on that advice, in the circumstances of this particular case, met the government's standard of care.

de ne pas intervenir. Compte tenu de leurs obligations contractuelles et légales, leur imposer l'obligation de faire preuve d'une diligence raisonnable pour assurer la sécurité des mineurs n'empiète pas indûment sur leur autonomie. L'obligation de diligence proposée n'expose pas le gouvernement à une responsabilité indéterminée. Il s'agit d'une obligation envers le groupe limité des mineurs travaillant dans la mine que les inspecteurs avaient inspectée à maintes occasions. La crainte d'une réglementation exagérée ou insuffisante et d'un conflit d'obligations n'est pas justifiée dans les circonstances.

Bien que le juge du procès ait conclu à juste titre que Pinkerton's et le gouvernement territorial avaient une obligation de diligence envers les mineurs tués, il a commis une erreur en concluant qu'ils n'ont pas respecté la norme de diligence applicable. Le juge du procès n'a pas précisé la norme de diligence à laquelle Pinkerton's était tenue, compte tenu des limites aux ressources stipulées dans son contrat avec la propriétaire de la mine et de la détermination de W à commettre un crime intentionnel. Dans la mesure où le juge exigeait de Pinkerton's qu'elle veille à ce que les entrées soient gardées de façon à ce que personne ne pénètre clandestinement sur le site de la mine, il lui a imposé une obligation absolue et non une obligation de diligence raisonnable. De plus, le juge du procès n'a pas indiqué ce que Pinkerton's devait faire pour surveiller « adéquatement » les entrées. En outre, ses motifs comportent des conclusions contradictoires étroitement liées à son opinion que Pinkerton's a manqué à la norme de diligence à laquelle elle était tenue. Ces conclusions de fait diamétralement opposées sur une question fondamentale constituent des erreurs manifestes et dominantes et commandent une intervention en appel. Pour ce qui est du gouvernement, le juge du procès a commis une erreur de droit en refusant d'attribuer de l'importance et un effet juridique au fait que les représentants de l'État se sont fondés de bonne foi sur un avis juridique concernant l'étendue de leurs pouvoirs légaux. Les inspecteurs des mines avaient reçu un avis selon lequel ils n'avaient pas compétence pour fermer la mine pour des motifs résultant des relations du travail et d'activités criminelles. Cet avis était erroné, mais, dans le contexte d'allégations de négligence contre une autorité réglementaire en matière de sécurité dans les mines, le fait d'avoir reçu un avis et agi sur la foi de cet avis ne peut être écarté au motif qu'il n'a « aucune importance » — comme l'a fait le juge du procès. Cet avis touche directement la question de savoir si le gouvernement a fait preuve d'une diligence raisonnable en décidant de ne pas fermer la mine. En se fiant à cet avis, dans les circonstances, le gouvernement a respecté la norme de diligence applicable.

The trial judge also applied the wrong legal test for causation. In not applying the “but for” test, the trial judge committed a reversible error. This case does not fall into the class of exceptional situations in which the test for causation should be relaxed to the “material contribution” standard.

The trial judge’s findings of liability with respect to the claims against the national union, union officers and members cannot be sustained. The trial judge erred both in concluding that Local 4 and CASAW National were a single legal entity and in considering the conduct of all union participants cumulatively. A local union which is certified as a bargaining agent under the *Canada Labour Code* is a legal entity capable of being sued in its own right in relation to the discharge of its function and performance of its role in the field of labour relations. Here, Local 4 was the certified bargaining agent for the mine workers and had legal rights and obligations distinct from those of the national union. Furthermore, the provisions of the union constitution underline the separate and autonomous status of the national and local unions and the merger agreement treats the national union and the local unions as separate entities. Under the union constitution and merger agreement, the national and local unions have their own management structure, areas of responsibility and assets and liabilities. CAW National did not assume the debts and obligations of CASAW Local 4 upon the merger and its liability may only be sustained on the basis of its own acts or on the principles of joint and vicarious liability.

CASAW National is not directly liable for the acts of Local 4’s executive members. The trial judge’s reasoning was that the acts of the Local’s executive members should be considered to be acts of CASAW National. CASAW National, on merger, acquired CASAW National’s obligations and liabilities; however, because the trial judge erred by concluding that the acts of CASAW Local 4 were the responsibility of CASAW National, it follows that CASAW National did not assume CASAW Local 4’s obligations or liabilities on merger. CASAW National is also not vicariously liable for the acts of B and W as members of Local 4. The trial judge’s imposition of vicarious liability on the basis of the national unions’ control of CASAW Local 4 cannot stand. Nor does the relationship between CASAW National and the members of Local 4 render CASAW National vicariously

Le juge du procès n’a par ailleurs pas utilisé le critère juridique qui convenait concernant le lien de causalité. Son défaut d’appliquer le critère du « facteur déterminant » constitue une erreur donnant lieu à révision. La présente affaire n’entre pas dans la catégorie des cas exceptionnels dans lesquels il convient d’appliquer à la question de la causalité le critère moins exigeant de la « contribution appréciable ».

Les conclusions de responsabilité tirées par le juge du procès contre le syndicat national, les dirigeants du syndicat et ses membres ne peuvent être maintenues. Le juge du procès a commis une erreur en concluant que la section locale n° 4 et la CASAW nationale constituaient une seule et même entité et en considérant cumulativement les actes de tous les syndicats. Une section locale accréditée comme agent négociateur sous le régime du *Code canadien du travail* est une entité juridique pouvant être poursuivie en son propre nom relativement à l’exécution de ses fonctions et à l’exercice de son rôle dans le domaine des relations du travail. En l’espèce, la section locale n° 4 était l’agent négociateur accrédité des travailleurs de la mine et elle avait des obligations et des droits distincts de ceux du syndicat national. Qui plus est, les statuts du syndicat mettent en lumière le statut d’organismes séparés et autonomes du syndicat national et des sections locales et l’accord de fusion traite le syndicat national et les sections locales comme des entités distinctes. Selon les statuts du syndicat et l’accord de fusion, le syndicat national et les sections locales possèdent chacun une structure de gestion, des domaines de responsabilité et des éléments d’actif et de passif qui leur sont propres. Le syndicat national des TCA n’a pas pris en charge les dettes et obligations de la section locale n° 4 de la CASAW lors de la fusion et sa responsabilité ne peut être engagée qu’en raison de ses propres actes ou en vertu des principes de responsabilité conjointe ou du fait d’autrui.

Le syndicat national des TCA n’est pas directement responsable des actes des membres du bureau de la section locale n° 4. Selon le raisonnement du juge du procès, il fallait assimiler les actes des membres du bureau de la section locale à des actes de la CASAW nationale. Par suite de la fusion, le syndicat national des TCA a acquis les obligations et responsabilités de la CASAW nationale; toutefois, le juge du procès ayant commis une erreur en concluant que les actes de la section locale n° 4 de la CASAW relevaient de la responsabilité de la CASAW nationale, il s’ensuit que le syndicat national des TCA n’a pas pris à sa charge les obligations ou responsabilités de la section locale n° 4 de la CASAW au moment de la fusion. Le syndicat national des TCA n’est pas non plus responsable du fait d’autrui pour les actes de B et W en tant que membres de la section locale n° 4. L’imposition

liable in a broad sense for torts committed by members of the Local in the course of a strike. Union members do not fall into any of the traditional categories of vicarious liability; nor is union membership closely analogous to any of those categories. The relationship between CASAW National and the striking union members W and B was not sufficiently close to justify imposing vicarious liability on the national union for their unlawful acts. Local 4 was a separate entity, had a large measure of autonomy under the union constitution and, by early July 1992, had the sole responsibility of negotiating with Royal.

CAW National cannot be found liable as a joint tortfeasor with W. Concerted action liability may be imposed where the alleged wrongdoers acted in furtherance of a common design — this means that all participants must act in furtherance of the wrong. Here, there is no basis in law or in fact for a finding that CAW National's liability could be sustained on the basis of concerted action liability because it "incited and participated in W's tort and contributed to the deaths". The trial judge's findings of fact do not meet the applicable test. There was no finding of any common design between W and CAW National to murder the miners and no finding that the murders were committed in direct furtherance of any other unlawful common design between W and the union.

The claims against B should be dismissed. The trial judge's reasons and findings of fact preclude imposing liability on B on the basis that he was a joint tortfeasor with W. As for causation, the trial judge did not apply the "but for" test and failed to assess B's own conduct individually. As to the imposition of a duty of care, the claim against B does not fall into the category of cases in which the defendant's act foreseeably causes physical harm to the plaintiff. It was W's act, not B's, which caused the physical harm. B had no duty to warn, and a duty to prevent W's acts should not have been imposed on B. He had no control over W and the trial judge made no finding that he was in any way aware of his plans.

par le juge du procès de la responsabilité du fait d'autrui en raison du contrôle exercé par le syndicat national sur la section locale n° 4 de la CASAW ne saurait être maintenue. Le syndicat national des TCA n'est en outre pas responsable du fait d'autrui, au sens large, pour les délits commis par les membres de la section locale n° 4 de la CASAW pendant la grève en raison de la relation entre le syndicat national des TCA et les membres de cette section. Les syndiqués n'appartiennent à aucune des catégories traditionnelles en matière de responsabilité du fait d'autrui et la situation des membres du syndicat ne ressemble guère à celle des personnes appartenant aux catégories traditionnelles. La relation entre la CASAW nationale et les syndiqués en grève W et B n'était pas suffisamment étroite pour justifier que le syndicat national soit tenu responsable du fait d'autrui pour leurs actes illicites. La section locale n° 4 était une entité distincte, disposait d'une grande autonomie en vertu des statuts et, au début de juillet 1992, était seule responsable des négociations avec Royal.

Le syndicat national des TCA ne peut être tenu responsable à titre de coauteur du délit avec W. La responsabilité relative à une action concertée est établie lorsque les auteurs présumés d'un délit ont agi dans un dessein commun — ce qui signifie que tous les participants doivent nourrir le dessein d'accomplir l'acte fautif. En l'espèce, aucun fondement juridique ou factuel ne permet de conclure que le syndicat national des TCA peut être tenu responsable relativement à une action concertée pour avoir « incité W à commettre un délit, participé à sa perpétration et contribué à la mort des mineurs ». Les conclusions de fait du juge du procès ne satisfont pas au critère applicable. Il n'a conclu à l'existence d'aucun dessein commun de tuer les mineurs chez W et le syndicat national des TCA, ni conclu que les meurtres avaient été commis directement en vue de réaliser un autre dessein illicite poursuivi de concert par W et le syndicat.

Les recours contre B doivent être rejetés. Les motifs du juge du procès et ses conclusions de fait ne permettent pas de tenir B responsable comme coauteur d'un délit avec W. Pour ce qui est de la causalité, le juge du procès n'a pas appliqué le critère du « facteur déterminant » ni évalué la conduite de B individuellement. Pour ce qui est de l'imposition d'une obligation de diligence, le recours contre B n'est pas un cas où il était prévisible que les actes commis par le défendeur causeraient des lésions au demandeur. Ce sont les actes de W et non ceux de B qui ont causé le préjudice corporel. B n'avait pas d'obligation d'avertir du danger et il n'y avait pas lieu d'imposer à B une obligation de prévenir les actes de W. Il n'exerçait aucun contrôle sur W et le juge du procès n'a aucunement conclu qu'il était de quelque façon que ce soit au courant de ses projets.

N's claims must also be dismissed. The basis for liability of the defendants was the same in both actions. Since the defendants did not breach their duties in tort to the miners, they did not breach any duties owed to N. No submissions have been advanced that the outcome in N's case should be different based on the fact that there were some different parties named in his action.

Cases Cited

Applied: *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 SCC 12, [2000] 1 S.C.R. 298; **distinguished:** *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers, Edmonton Local* (1993), 146 A.R. 184; *Canadian Union of Public Employees v. Deveau* (1976), 19 N.S.R. (2d) 44, aff'd (1977), 19 N.S.R. (2d) 24; *M'Kendrick v. National Union of Dock Labourers* (1910), 2 S.L.T. 215; *Leroux v. Molgat* (1985), 67 B.C.L.R. 29; *Matusiak v. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council*, [1999] B.C.J. No. 2416 (QL); **considered:** *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; **referred to:** *671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, 2001 SCC 59, [2001] 2 S.C.R. 983; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Dunlop v. Woollahra Municipal Council*, [1981] 1 All E.R. 1202; *Stafford v. British Columbia*, [1996] B.C.J. No. 1010 (QL); *Resurfs Corp. v. Hanke*, 2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *Berry v. Pulley*, 2002 SCC 40, [2002] 2 S.C.R. 493; *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265; *New Brunswick Electric Power Commission v. International Brotherhood of Electrical Workers AFL-CIO-CLC, Local 1733* (1976), 16 N.B.R. (2d) 361; *International Longshoremen's Association, Local 273 v. Maritime Employers' Association*, [1979] 1 S.C.R. 120; *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *John Doe v. Bennett*, 2004 SCC 17, [2004] 1 S.C.R. 436; *Mainland Sawmills Ltd. v. U.S.W., Local 1-3567*, 2007 BCSC 1433, 62 C.C.E.L. (3d) 66; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; *K.L.B.*

Les recours exercés par N doivent aussi être rejetés. Le fondement de la responsabilité des défendeurs était le même dans les deux actions. N'ayant pas manqué à leurs obligations envers les mineurs du point de vue de la responsabilité délictuelle, ils n'ont pas manqué à leurs obligations envers N. Nul n'a prétendu que l'issue du pourvoi de N devrait être différente parce que l'une et l'autre poursuite ne mettent pas en cause les mêmes parties.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 CSC 12, [2000] 1 R.C.S. 298; **distinction d'avec les arrêts :** *Letter Carriers' Union of Canada c. Canadian Union of Postal Workers, Edmonton Local* (1993), 146 A.R. 184; *Canadian Union of Public Employees c. Deveau* (1976), 19 N.S.R. (2d) 44, conf. par (1977), 19 N.S.R. (2d) 24; *M'Kendrick c. National Union of Dock Labourers* (1910), 2 S.L.T. 215; *Leroux c. Molgat* (1985), 67 B.C.L.R. 29; *Matusiak c. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council*, [1999] B.C.J. No. 2416 (QL); **arrêts examinés :** *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; **arrêts mentionnés :** *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, 2001 CSC 59, [2001] 2 R.C.S. 983; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Dunlop c. Woollahra Municipal Council*, [1981] 1 All E.R. 1202; *Stafford c. British Columbia*, [1996] B.C.J. No. 1010 (QL); *Resurfs Corp. c. Hanke*, 2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Berry c. Pulley*, 2002 CSC 40, [2002] 2 R.C.S. 493; *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265; *New Brunswick Electric Power Commission c. International Brotherhood of Electrical Workers AFL-CIO-CLC, Local 1733* (1976), 16 N.B.R. (2d) 361; *Association internationale des débardeurs, section locale 273 c. Association des employeurs maritimes*, [1979] 1 R.C.S. 120; *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *Untel c. Bennett*, 2004 CSC 17, [2004] 1 R.C.S. 436; *Mainland Sawmills Ltd. c. U.S.W.*,

v. *British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403; *E.B. v. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia*, 2005 SCC 60, [2005] 3 S.C.R. 45; *Re Oil, Chemical & Atomic Workers & Polymer Corp.* (1958), 10 Lab. Arb. Cas. 31; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3; *Newcastle (Town) v. Mattatall* (1987), 78 N.B.R. (2d) 236, aff'd (1988), 87 N.B.R. (2d) 238; *The Koursk*, [1924] P. 140.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, ss. 3(1) “bargaining agent”, “trade union”, 36(1)(a).
Constitution Act, 1867.
Mining Safety Act, R.S.N.W.T. 1988, c. M-13, ss. 2, 3, 5(3), 8(1)(a), (2), (9), 42, 43.
Mining Safety Regulations, R.R.N.W.T. 1990, c. M-16, ss. 4, 15, 125(10), 138.

Authors Cited

Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2002.
 Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2003.
 Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.
 McIvor, Claire. *Third Party Liability in Tort*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2006.

APPEALS from a judgment of the Northwest Territories Court of Appeal (Costigan, Paperny and Slatter J.J.A.), 2008 NWTCA 4, 66 C.C.E.L. (3d) 1, 433 A.R. 69, 429 W.A.C. 69, [2008] 7 W.W.R. 411, 56 C.C.L.T. (3d) 213, [2008] N.W.T.J. No. 27 (QL), 2008 CarswellNWT 32, allowing appeals from a decision of Lutz J., 2004 NWTSC 66, 44 C.C.E.L. (3d) 1, [2005] 5 W.W.R. 420, [2004] N.W.T.J. No. 64 (QL), 2004 CarswellNWT 71. Appeals dismissed.

Jeffrey B. Champion, Q.C., J. Philip Warner, Q.C., and W. Benjamin Russell, for the appellants Fullowka et al.

James E. Redmond, Q.C., for the appellant O’Neil.

John M. Hope, Q.C., and *Malkit Atwal*, for the respondent Pinkerton’s of Canada Ltd.

Local 1-3567, 2007 BCSC 1433, 62 C.C.E.L. (3d) 66; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403; *E.B. c. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia*, 2005 CSC 60, [2005] 3 R.C.S. 45; *Re Oil, Chemical & Atomic Workers & Polymer Corp.* (1958), 10 Lab. Arb. Cas. 31; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3; *Newcastle (Town) c. Mattatall* (1987), 78 R.N.-B. (2^e) 236, conf. par (1988), 87 R.N.-B. (2^e) 238; *The Koursk*, [1924] P. 140.

Lois et règlements cités

Code canadien du travail, L.R.C. 1985, ch. L-2, art. 3(1) « agent négociateur », « syndicat », 36(1)a).
Loi constitutionnelle de 1867.
Loi sur la sécurité dans les mines, L.R.T.N.-O. 1988, ch. M-13, art. 2, 3, 5(3), 8(1)a), (2), (9), 42, 43.
Règlement sur la sécurité dans les mines, R.R.T.N.-O. 1990, ch. M-16, art. 4, 15, 125(10), 138.

Doctrine citée

Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 2002.
 Klar, Lewis N. *Tort Law*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2003.
 Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2006.
 McIvor, Claire. *Third Party Liability in Tort*. Portland, Or. : Hart Publishing, 2006.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel des Territoires du Nord-Ouest (les juges Costigan, Paperny et Slatter), 2008 NWTCA 4, 66 C.C.E.L. (3d) 1, 433 A.R. 69, 429 W.A.C. 69, [2008] 7 W.W.R. 411, 56 C.C.L.T. (3d) 213, [2008] N.W.T.J. No. 27 (QL), 2008 CarswellNWT 32, qui a accueilli des appels d’une décision du juge Lutz, 2004 NWTSC 66, 44 C.C.E.L. (3d) 1, [2005] 5 W.W.R. 420, [2004] N.W.T.J. No. 64 (QL), 2004 CarswellNWT 71. Pourvois rejetés.

Jeffrey B. Champion, c.r., J. Philip Warner, c.r., et W. Benjamin Russell, pour les appelantes Fullowka et autres.

James E. Redmond, c.r., pour l’appelant O’Neil.

John M. Hope, c.r., et *Malkit Atwal*, pour l’intimée Pinkerton’s of Canada Ltd.

Peter D. Gibson and Christine J. Pratt, for the respondent the Government of the Northwest Territories.

Steven M. Barrett, Patrick G. Nugent and Ethan Poskanzer, for the respondent National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada.

S. Leonard Polsky and Heather A. Sanderson, for the respondent Bettger.

Written submissions only by *Robert G. McBean, Q.C.*, for the respondent Royal Oak Ventures Inc.

John S. Tyhurst, for the intervener the Attorney General of Canada.

Lise G. Favreau and Lucy K. McSweeney, for the intervener the Attorney General of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] During a bitter strike at the Giant Mine in Yellowknife, N.W.T., one of the strikers, Roger Warren, evaded security and surreptitiously entered the mine. He set an explosive device which, as he intended, was detonated by a trip wire, killing nine miners. Their survivors and another worker who came upon the carnage after the explosion sued the mine owner, its security firm and the territorial government for negligently failing to prevent the murders. They also claimed against the strikers' union, some union officials and members for failing to control Mr. Warren and for inciting him. Their claims largely succeeded at trial but were dismissed on appeal to the Court of Appeal. The principal issues on the appeal to this Court are whether the security firm and the government should be liable in negligence for failing to prevent the murders and whether the unions should be responsible, directly or vicariously, for the miners' deaths. The

Peter D. Gibson et Christine J. Pratt, pour l'intimé le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest.

Steven M. Barrett, Patrick G. Nugent et Ethan Poskanzer, pour l'intimé le Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada.

S. Leonard Polsky et Heather A. Sanderson, pour l'intimé Bettger.

Argumentation écrite seulement par *Robert G. McBean, c.r.*, pour l'intimée Royal Oak Ventures Inc.

John S. Tyhurst, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Lise G. Favreau et Lucy K. McSweeney, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Pendant une dure grève à la mine Giant de Yellowknife, dans les Territoires du Nord-Ouest, Roger Warren, un des grévistes, a déjoué les agents de sécurité et s'est subrepticement introduit dans la mine. Il y a installé un engin explosif qui a été déclenché, comme il le souhaitait, par un fil-piège. L'explosion a tué neuf mineurs. Leurs survivants ainsi qu'un autre travailleur qui a découvert le carnage après l'explosion ont poursuivi la propriétaire de la mine, son entreprise de sécurité et le gouvernement territorial pour avoir fait preuve de négligence en ne prévenant pas les meurtres. Ils ont également intenté un recours contre le syndicat des grévistes ainsi que certains des dirigeants et membres du syndicat à qui ils reprochaient de ne pas avoir contrôlé M. Warren et de l'avoir incité à agir. Leurs recours ont été en grande partie accueillis en première instance, mais rejetés en appel. Dans le présent pourvoi, il s'agit essentiellement de déterminer si

claims involving the mine owner, its chief executive officer and one of its directors have been settled and are therefore not before us.

[2] In my opinion, the appeals should be dismissed. Although I would find that the security firm and the government owed a duty of care, my view is that the trial judge erred when he found that they had breached that duty. With respect to the claims against the union, union officers and members, I agree with the Court of Appeal that the trial judge's findings of liability cannot be sustained. I also agree with the Court of Appeal that the claims of Mr. O'Neil (the worker who came upon the carnage) should have been dismissed.

II. Overview of Facts, Claims and Proceedings

A. *Facts*

[3] The facts, in very brief overview, are as follows.

[4] On May 23, 1992, a strike began at the Giant Mine, a gold-producing facility near Yellowknife in the Northwest Territories. A few weeks earlier, the employees' bargaining agent, Local 4 of the Canadian Association of Smelter and Allied Workers ("CASAW Local 4") and the mine owner, Royal Oak Mines Inc. ("Royal Oak"), had reached a tentative agreement, but it was rejected by the Local's membership approximately one week before the strike began. Royal Oak decided to continue operating the mine during the ensuing strike with replacement workers.

[5] The strike rapidly degenerated into violence. Strikers took control of most of the mine property. Preventing trespass proved very difficult: the mine

l'entreprise de sécurité et le gouvernement devraient être tenus responsables pour cause de négligence parce qu'ils n'ont pas prévenu les meurtres et si les syndicats devraient être tenus responsables, directement ou du fait d'autrui, de la mort des mineurs. Les poursuites contre la propriétaire de la mine, son président-directeur général et l'un de ses administrateurs ayant été réglées, elles ne sont pas visées par le pourvoi devant notre Cour.

[2] À mon avis, les pourvois devraient être rejetés. Bien que j'estime que l'entreprise de sécurité et le gouvernement avaient une obligation de diligence, je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'ils avaient manqué à cette obligation. En ce qui touche les poursuites engagées contre le syndicat ainsi que les membres et les dirigeants du syndicat, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel que les conclusions de responsabilité tirées par le juge du procès ne peuvent être maintenues. Je crois aussi, comme la Cour d'appel, que les recours exercés par M. O'Neil (le travailleur qui a découvert le carnage) auraient dû être rejetés.

II. Aperçu des faits, recours et procédures

A. *Les faits*

[3] Les paragraphes qui suivent donnent un aperçu très succinct des faits.

[4] Le 23 mai 1992, une grève a débuté à la mine aurifère Giant, près de Yellowknife dans les Territoires du Nord-Ouest. Quelques semaines auparavant, l'agent négociateur des employés de la section locale n° 4 de l'Association canadienne des travailleurs de fonderie et ouvriers assimilés (« section locale n° 4 de la CASAW ») et la propriétaire de la mine, Royal Oak Mines Inc. (« Royal Oak »), sont parvenus à une entente de principe, qui a toutefois été rejetée par les membres de la section locale environ une semaine avant le début de la grève. Royal Oak a décidé de continuer à exploiter la mine pendant la grève qui a suivi en faisant appel à des travailleurs de remplacement.

[5] La grève a rapidement dégénéré et basculé dans la violence. Les grévistes ont pris le contrôle de la majeure partie de la mine. Il s'est avéré très

property was very large, included 23 points of entry to the underground and was bisected by a public highway. Many illegal and violent acts occurred during the strike. There were threats of bodily harm including gang rape and death; stalking and harassment of replacement workers and their families; assaults on security guards and police officers; wholesale disobedience of court injunctions aimed at controlling the violence; destruction of property by explosions; interruption of the power supply to the mine and to the nearby city, including the local hospital; vandalism, including arson, environmental spills and damage to mine property; and infiltration of the mine site for sabotage. Faced with attacks on its security guards and unable to control the situation, the private security firm Royal Oak had hired withdrew. Royal Oak turned to Pinkerton's of Canada Ltd. for security services and by the end of May, Pinkerton's had 52 guards on site.

[6] The violence continued and escalated after Pinkerton's arrival. In mid-June, a large number of strikers rioted, damaging property and injuring security guards and replacement workers. The riot was eventually broken up by police using tear gas and firing warning shots. Following the riot, Royal Oak fired about 40 strikers, including Mr. Warren, and the police laid many criminal charges. Later in the same month, three strikers including Timothy Bettger entered the mine through a remote entrance, the Akaitcho mine shaft. While underground, they stole explosives and painted graffiti threatening replacement workers. This event became known as the "graffiti run".

[7] As the summer progressed, the atmosphere grew calmer although some trespassing, property damage and violence continued. On Royal Oak's

difficile d'éviter les intrusions : le site de l'exploitation minière était très vaste, comprenait 23 points d'entrée permettant d'accéder à la partie souterraine de la mine et était traversé par une route publique. Plusieurs actes illégaux et violents ont été commis pendant la grève : menaces de lésions corporelles, notamment de viol collectif et de mort; harcèlement des travailleurs de remplacement et de leurs familles; agressions contre des agents de sécurité et des policiers; désobéissance généralisée aux injonctions visant à contrôler les actes de violence; destruction de biens au moyen d'explosifs; interruption de l'alimentation électrique de la mine et de la ville voisine, y compris de l'hôpital; actes de vandalisme (incendie, déversements dans l'environnement et dommages aux biens de l'entreprise minière, etc.); et entrées clandestines sur le site de la mine pour commettre des actes de sabotage. Aux prises avec des attaques contre ses agents de sécurité et incapable de maîtriser la situation, l'entreprise privée de sécurité embauchée par Royal Oak s'est retirée. Royal Oak a alors demandé à Pinkerton's of Canada Ltd. de lui fournir des services de sécurité. À la fin du mois de mai, 52 agents de Pinkerton's se trouvaient sur le site.

[6] Les actes de violence ont continué et se sont aggravés après l'arrivée de Pinkerton's. À la mi-juin, un nombre important de grévistes ont participé à une émeute, pendant laquelle ils ont causé des dommages aux biens et des blessures aux agents de sécurité et aux travailleurs de remplacement. La police a finalement réussi à mater l'émeute en utilisant des gaz lacrymogènes et en tirant des coups de semonce. À la suite de l'émeute, Royal Oak a congédié environ 40 grévistes, dont M. Warren, et la police a porté plusieurs accusations criminelles. Plus tard le même mois, trois grévistes, dont Timothy Bettger, se sont introduits dans la mine en utilisant une entrée isolée, le puits de mine Akaitcho. Une fois sous terre, ils ont volé des explosifs et fait des graffitis menaçant les travailleurs de remplacement, méfait plus tard appelé la [TRADUCTION] « tournée des graffitis ».

[7] Au cours de l'été, la situation s'est peu à peu calmée, quoique quelques intrusions, actes de violence et dommages aux biens aient continué

urging, Pinkerton's reduced its force to 20 guards. The police presence was also reduced. But the calmer atmosphere did not last. In late July, some strikers, including Mr. Bettger, set an explosion which blew a hole in a satellite dish on mine property. In early September, some strikers, including Mr. Bettger, set a second explosion which damaged the mine's ventilation shaft plant.

[8] Finally, in the early morning hours of September 18, Mr. Warren entered the underground through Akaitcho and descended to the 750 foot level. He walked about 1.5 kilometres underground to an active area of the mine. He used machinery to transport explosives and attached a trip wire to 25-30 sticks of dynamite and a bag of a nitrate-based explosive. Undetected throughout, he left the mine through another exit. At about 8:45 a.m., a man car carrying nine miners triggered the trip wire. All nine were killed in the explosion. James O'Neil was among the first on the scene, having been sent in to investigate why the air pressure in the mine had suddenly dropped. He discovered the dismembered bodies of his colleagues, including a close friend.

[9] Mr. Warren confessed to having planted the bomb. He was found guilty of nine counts of second degree murder and sentenced to life in prison. No one else was found guilty of a criminal offence with respect to the September 18 bombing. Other strikers were found guilty of a variety of criminal acts related to the strike, including Mr. Bettger who was sentenced to three years in jail for his role in the graffiti run, the ventilation shaft bombing and another explosion.

[10] The Government of the Northwest Territories ordered closure of the mine following the bombing, a step it had decided not to take earlier even when faced with clear knowledge of the dangerous situation. The strike ended after 18 months. Giant Mine ceased operating in 2004.

à survenir. Pinkerton's a réduit le nombre de ses agents à 20, comme Royal Oak la pressait de le faire. La présence policière a également diminué. Mais cette accalmie n'a pas duré. À la fin du mois de juillet, des grévistes, dont M. Bettger, ont provoqué une explosion qui a fait un trou dans une antenne parabolique sur le site de la mine. Au début du mois de septembre, quelques grévistes, dont M. Bettger, ont provoqué une deuxième explosion qui a endommagé le puits de ventilation de la mine.

[8] Finalement, tôt le matin du 18 septembre, M. Warren est passé par le point d'entrée d'Akaitcho et il est descendu 750 pieds sous terre, puis il a marché environ 1,5 kilomètre pour se rendre dans un secteur actif de la mine. Il a utilisé de l'équipement pour transporter des explosifs et il a relié 25 à 30 bâtons de dynamite ainsi qu'un sac d'explosif à base de nitrate à un fil-piège. Personne ne l'a vu et il a quitté la mine en empruntant une autre sortie. Vers 8 h 45, un wagonnet transportant neuf mineurs a déclenché le fil-piège. Les neuf hommes sont morts dans l'explosion. James O'Neil, à qui l'on avait demandé de faire des vérifications concernant une baisse soudaine de la pression de l'air dans la mine, a été l'un des premiers à arriver sur les lieux. Il a découvert les corps démembrés de ses collègues, dont l'un était un ami proche.

[9] M. Warren a avoué avoir posé la bombe. Il a été déclaré coupable de neuf chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré et condamné à l'emprisonnement à perpétuité. Il n'y a eu aucune autre déclaration de culpabilité en ce qui concerne l'explosion du 18 septembre. D'autres grévistes ont été reconnus coupables de diverses infractions criminelles liées à la grève, dont M. Bettger, qui a été condamné à trois ans de prison en raison de sa participation à la tournée des graffitis et à deux explosions, dont celle du puits ventilé.

[10] Après l'explosion, le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest a ordonné la fermeture de la mine, une mesure qu'il avait choisi de s'abstenir de prendre auparavant bien qu'il ait été bien au courant du danger que présentait la situation. La grève a pris fin 18 mois plus tard. La mine Giant a cessé ses activités en 2004.

B. *Claims*

[11] Two actions went to trial together. In the first, the *Followka* action, the plaintiffs were the surviving family members of the murdered miners. They claimed on their own behalf and on behalf of their dependent children and/or grandchildren for damages occasioned by the wrongful deaths of their loved ones. In the second action, Mr. O'Neil claimed damages for post-traumatic stress disorder which he alleged resulted from his having come upon the scene of the fatal explosion.

[12] There were some differences in the defendants named in the two actions, but the bases of their alleged liability were the same in both. In summary, the claims in addition to those against Mr. Warren were as follows:

- (a) Pinkerton's was sued in negligence, the gist of which was failing to undertake all reasonable safety precautions including those which the mine owner failed to carry out; it was also sued as an occupier of the mine property.
- (b) The Government of the Northwest Territories was sued in its capacity as a regulator. The plaintiffs alleged that it and the individual officials (Mr. Whitford as Minister of Safety and Public Services and Mr. Turner as Chief Inspector of Mines) failed in their duties to the murdered miners to adopt and to implement policies and procedures that would attain and maintain safe working conditions at the mine and to order cessation of work at the mine until it was safe.
- (c) The union was alleged to be directly and vicariously liable for breaches of a duty to avoid conduct that created a foreseeable risk of harm, for failing to make clear to all persons under

B. *Les recours*

[11] Deux actions ont été instruites en même temps. Dans la première, l'affaire *Followka*, les demandeurs étaient les membres survivants de la famille des mineurs assassinés. Ils réclamaient des dommages-intérêts en leur nom et au nom de leurs enfants et petits-enfants à charge pour le préjudice découlant du décès de leurs proches, causé par la faute d'autrui. Dans la deuxième poursuite, M. O'Neil réclamait des dommages-intérêts pour un trouble de stress post-traumatique qui, alléguait-il, résultait de son arrivée sur la scène de l'explosion fatale.

[12] La liste des défendeurs désignés dans les deux actions différait un peu, mais les motifs invoqués pour justifier leur responsabilité étaient identiques. En bref, voici les recours exercés contre les défendeurs, outre M. Warren :

- a) Pinkerton's a été poursuivie pour négligence, essentiellement parce qu'elle n'a pas pris toutes les précautions nécessaires en matière de sécurité, y compris les mesures que la propriétaire de la mine n'a pas mises en œuvre; elle a également été poursuivie en qualité d'occupante de la mine.
- b) Le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest a été poursuivi en sa qualité d'autorité réglementaire. Les demandeurs alléguaient que le gouvernement et ses représentants (M. Whitford en tant que ministre de la Sécurité et des Services publics et M. Turner en tant qu'inspecteur en chef des mines) avaient manqué aux obligations qu'ils avaient envers les mineurs tués dans l'explosion d'adopter et d'appliquer des politiques et procédures qui auraient établi et maintenu des conditions de travail sécuritaires et d'ordonner la cessation de tout travail dans la mine jusqu'à ce que le danger soit écarté.
- c) On a fait valoir que le syndicat était responsable, directement et du fait d'autrui, pour avoir manqué à une obligation d'éviter les comportements créant un risque prévisible de préjudice,

its influence that causing death or injury was unacceptable, failing to prevent Mr. Warren from acting and failing to warn the deceased miners.

- (d) Some individual union members in addition to Mr. Warren were sued for assisting him and inciting violence.

C. *Proceedings*

[13] After a nine-month trial, Lutz J. gave detailed reasons for judgment extending to 1300 paragraphs: 2004 NWTSC 66, 44 C.C.E.L. (3d) 1. He made the following findings of liability. Pinkerton's was liable for failing to take reasonable steps to keep Mr. Warren from entering the mine and planting the bomb. The government was liable because of the conduct of its officials: they should have used their statutory powers to shut down the mine in the face of the unsafe conditions created by the violent strike. The union and some of its defendant officers and members were liable. In the trial judge's view, the national and local unions were one entity and their representatives incited, acquiesced in, or at least did nothing to stop the violence. The national union was, he held, vicariously liable for the torts of union officers and members.

[14] The Court of Appeal reversed these findings, holding that the trial judge had erred in three critical areas: 2008 NWTCA 4, 66 C.C.E.L. (3d) 1. He erred, the court said, in finding that Pinkerton's and the government owed a duty of care in negligence to the appellants. He also erred by applying the wrong legal test for determining whether the wrongful acts caused the miners' deaths. Finally, he erred in several respects in his consideration of the union's liability: by treating a national union and its local as a single entity, by proceeding on the basis that the national union had assumed the debts and

et pour ne pas avoir clairement indiqué aux personnes sur lesquelles il exerçait une influence qu'il était inacceptable de causer la mort ou des blessures, empêché M. Warren d'agir, ni prévenu les mineurs décédés du danger.

- d) En plus de M. Warren, certains membres du syndicat ont été poursuivis pour l'avoir aidé et incité à la violence.

C. *Les procédures*

[13] Après un procès de neuf mois, le juge Lutz a donné des motifs détaillés dans un jugement comportant 1 300 paragraphes : 2004 NWTSC 66, 44 C.C.E.L. (3d) 1. Il a tiré les conclusions suivantes en ce qui concerne la responsabilité. Pinkerton's était responsable parce qu'elle n'avait pas pris des mesures raisonnables pour empêcher M. Warren d'entrer dans la mine et d'y poser une bombe. Le gouvernement a été tenu responsable en raison de la conduite de ses représentants : ils auraient dû exercer les pouvoirs que la loi leur confère de fermer la mine étant donné les conditions dangereuses engendrées par la grève empreinte de violence. La responsabilité du syndicat et de certains des dirigeants et membres du syndicat nommés comme défendeurs a été retenue. Le juge du procès était d'avis que le syndicat national et la section locale constituaient une seule entité et que leurs représentants avaient favorisé le recours à la violence, y avaient acquiescé ou, à tout le moins, n'avaient rien fait pour y mettre fin. Il a donc statué que le syndicat national était responsable du fait d'autrui pour les délits commis par les dirigeants et les membres du syndicat.

[14] La Cour d'appel a infirmé ces conclusions et statué que le juge du procès avait commis des erreurs sur trois points fondamentaux : 2008 NWTCA 4, 66 C.C.E.L. (3d) 1. Ainsi, selon la Cour d'appel, le juge du procès a conclu à tort que Pinkerton's et le gouvernement avaient une obligation de diligence envers les appelants. Il a également commis une erreur en n'appliquant pas le critère juridique approprié pour déterminer si les actes fautifs avaient causé la mort des mineurs. Enfin, il a commis une erreur à plusieurs égards en examinant la responsabilité du syndicat : en traitant le

obligations of one of its predecessor's local unions, in finding a national union vicariously liable for the acts of members of a local and in finding that it had incited Mr. Warren's murderous acts.

III. Analysis

[15] My analysis will be set out in four main sections. In the first, I will consider whether Pinkerton's and the government owed a duty of care to the murdered miners to take reasonable steps to prevent Mr. Warren's intentional wrongful act and, if so, whether they breached that duty. My conclusion is that they did owe a duty of care but that they did not breach it. I will then consider whether the trial judge applied the wrong legal test for causation. In my respectful view, he did. In the third section of the analysis, I will address the claims against the union. The questions to be answered are whether a national union and its local union are separate legal entities, whether vicarious liability should be found and whether the trial judge's findings concerning incitement are sound. I conclude that the national and the local unions are separate legal entities, that vicarious liability should not have been found and the national union cannot be found to have incited Mr. Warren. Finally, I will consider the claim against Mr. Bettger and the claim advanced by Mr. O'Neil. In my view, the claims against Mr. Bettger and by Mr. O'Neil should be dismissed.

A. *Pinkerton's and the Government: Duty and Standard of Care*

(1) Duty of Care

[16] The appellants do not allege that either Pinkerton's or the Government actually inflicted

syndicat national et sa section locale comme une seule entité, en partant de la supposition que le syndicat national avait pris en charge les dettes et obligations de l'une des sections locales de son prédécesseur, en tenant un syndicat national responsable du fait d'autrui pour les actes des membres d'un syndicat local et en concluant qu'il avait encouragé M. Warren à commettre les actes meurtriers.

III. Analyse

[15] Mon analyse comportera quatre parties principales. Dans la première, j'examinerai la question de savoir si Pinkerton's et le gouvernement avaient envers les mineurs victimes de l'explosion une obligation de diligence consistant à prendre des mesures raisonnables pour prévenir l'acte fautif intentionnel commis par M. Warren et, dans l'affirmative, s'ils ont manqué à cette obligation. Je conclus qu'ils avaient effectivement une obligation de diligence, mais qu'ils s'en sont acquittés. Je déterminerai ensuite si le juge du procès a appliqué le critère juridique approprié concernant la causalité. J'estime, en toute déférence, que le critère utilisé n'était pas celui qui convenait. Dans la troisième partie de l'analyse, j'examinerai les poursuites contre le syndicat. Il s'agit de déterminer si un syndicat national et sa section locale sont des entités juridiques distinctes, s'il faut conclure à la responsabilité du fait d'autrui en l'espèce et si les conclusions du juge du procès concernant l'incitation sont bien fondées. Je conclus que le syndicat national et le syndicat local sont des entités juridiques distinctes, qu'il n'y avait pas lieu de conclure à la responsabilité du fait d'autrui et qu'il n'est pas permis de conclure que le syndicat national a incité M. Warren à agir comme il l'a fait. Pour terminer, j'examinerai la poursuite contre M. Bettger et celle engagée par M. O'Neil. Je suis d'avis qu'il y a lieu de rejeter la poursuite contre M. Bettger et celle engagée par M. O'Neil.

A. *Pinkerton's et le gouvernement : l'obligation et la norme de diligence*

(1) L'obligation de diligence

[16] Les appelantes ne prétendent pas que Pinkerton's ou le gouvernement ont effectivement

the fatal injuries on the murdered miners; rather, they allege that Pinkerton's and the government breached a duty to take reasonable care to prevent the harm inflicted by Mr. Warren. The Court of Appeal characterized this as a claim that Pinkerton's and the government were liable for Mr. Warren's tort (para. 98). This however is not the right way to frame the issue because it does not accurately reflect the appellants' claims.

[17] We are here concerned with allegations of direct liability. Simply put, the appellants do not claim that Pinkerton's and the government are responsible for Mr. Warren's tort; the claim is that they were negligent in trying to prevent it. The appellants' position is that primary liability should be imposed based on the fault of these two defendants: see C. McIvor, *Third Party Liability in Tort* (2006), at p. 1; *671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, 2001 SCC 59, [2001] 2 S.C.R. 983, at paras. 25-26. The question is not, therefore, whether these defendants are responsible for the tort of another, but whether they, in relation to another's tort, failed to meet the standard of care imposed on them and thereby caused the ultimate harm.

[18] This question must be resolved by an analysis of the applicable legal duties, following the approach set down by the Court in a number of cases, including *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; and *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129. The analysis turns on whether the relationship between the appellants and the defendants discloses sufficient foreseeability and proximity to establish a *prima facie* duty of care and, if so, whether there are any residual policy considerations which ought to negate or limit that duty of care: see, e.g., *Hill*, at para. 20. The analysis must focus specifically on the relationships in

infligé les blessures fatales aux défunts; ils allèguent plutôt que Pinkerton's et le gouvernement ont manqué à leur obligation de faire preuve d'une diligence raisonnable pour prévenir le préjudice causé par M. Warren. La Cour d'appel a estimé que cela équivalait à dire que Pinkerton's et le gouvernement étaient responsables du délit de M. Warren (par. 98). Cette façon d'envisager la question est toutefois erronée, car elle ne reflète pas fidèlement les prétentions des appelantes.

[17] Nous sommes en présence d'allégations de responsabilité directe. Autrement dit, les appelantes n'allèguent pas que Pinkerton's et le gouvernement sont responsables du délit commis par M. Warren; ils allèguent plutôt qu'ils ont fait preuve de négligence pour ce qui est de tenter de prévenir le délit. Selon les appelantes, ces deux défendeurs devraient être tenus responsables à titre principal de leur propre faute : voir C. McIvor, *Third Party Liability in Tort* (2006), p. 1; *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, 2001 CSC 59, [2001] 2 R.C.S. 983, par. 25-26. Il ne s'agit donc pas de déterminer si ces défendeurs sont responsables du délit d'une autre personne, mais de savoir si, en ce qui concerne le délit commis par un tiers, ils ont manqué à la norme de diligence à laquelle ils étaient tenus et ont ainsi causé eux-mêmes le préjudice qui est finalement survenu.

[18] Pour résoudre cette question, il faut procéder à l'analyse des obligations juridiques applicables suivant l'approche établie par notre Cour dans plusieurs arrêts, dont *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; et *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129. L'analyse est axée sur la question de savoir s'il ressort de la relation entre les appelantes et les défendeurs une prévisibilité et une proximité suffisantes pour établir une obligation de diligence *prima facie* et, dans l'affirmative, si des considérations de politique générale résiduelles sont de nature à écarter ou à limiter cette obligation de

issue, as there are particular considerations relating to foreseeability, proximity and policy in each: see, e.g., *Hill*, at para. 27.

[19] In my view, the relationship between the murdered miners and Pinkerton's and the government meets the requirements of foreseeability and proximity such that a *prima facie* duty of care existed. I also conclude that these *prima facie* duties are not negated by policy considerations. In these respects, I part company with the Court of Appeal.

[20] It will be helpful to consider foreseeability, proximity and residual policy considerations in turn.

(a) *Foreseeability*

[21] In the view of both the trial judge and the Court of Appeal, the test for foreseeability in a case like this one is whether the harm would be viewed by a reasonable person as being very likely to occur: C.A. reasons, at paras. 53-54. The Court of Appeal upheld the trial judge's finding that this foreseeability requirement was met in the case of both Pinkerton's and the government. Although the respondents challenge this conclusion, it is, in my view, well supported by the evidence.

[22] The trial judge found that Pinkerton's was advised by the superintendent of the mine in June that there was a bomb threat (para. 95), that Pinkerton's knew there had been an explosion in early June at an electrical substation that blew one of its guards a long distance away off his feet (para. 96), that Pinkerton's had received information that the strikers had explosives and intended to blow up the head frame, the mill or the vent shaft (para. 98) and that Pinkerton's had heard threats from union members to the effect that they intended to kill the replacement workers (para. 100), that they planned

diligence : voir, p. ex., *Hill*, par. 20. L'analyse doit être centrée spécifiquement sur la relation particulière en cause, car les considérations pertinentes concernant la prévisibilité, la proximité et la politique sont propres à chaque relation : voir, p. ex., *Hill*, par. 27.

[19] À mon avis, la relation entre, d'une part, les mineurs qui ont péri dans l'explosion et, d'autre part, Pinkerton's et le gouvernement satisfait aux conditions de prévisibilité et de proximité devant être remplies pour qu'une obligation de diligence *prima facie* soit établie. Je conclus également que ces obligations *prima facie* ne sont pas écartées pour des considérations de politique générale. Sur ces points, mon opinion diffère de celle de la Cour d'appel.

[20] Il est utile d'examiner tour à tour la question de la prévisibilité, celle de la proximité et les considérations de politique générale résiduelles.

a) *La prévisibilité*

[21] Le juge du procès et la Cour d'appel étaient tous deux d'avis que le critère de prévisibilité dans une affaire comme celle-ci consiste à déterminer si une personne raisonnable estimerait qu'il y a de fortes probabilités que le préjudice se produise : motifs de la C.A., par. 53-54. La Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge du procès selon laquelle cette condition de prévisibilité était remplie en ce qui concerne tant Pinkerton's que le gouvernement. Les intimés contestent cette conclusion, mais selon moi elle est bien étayée par la preuve.

[22] Le juge du procès a tiré les conclusions suivantes : au mois de juin, le surintendant de la mine avait informé Pinkerton's de l'existence d'une menace d'explosion d'une bombe (par. 95); Pinkerton's savait que le souffle d'une explosion dans un poste électrique avait projeté un de ses agents dans les airs sur une longue distance au début du mois de juin (par. 96); Pinkerton's avait été informée que des grévistes avaient des explosifs en leur possession et qu'ils avaient l'intention de faire exploser le chevalement, l'usine de traitement ou le puits de ventilation (par. 98); enfin,

a “surprise party for the scabs” involving explosives (para. 115). These factual findings support a conclusion not only that a reasonable person would have foreseen death resulting from an explosion, but that Pinkerton’s actually foresaw that risk.

[23] As for the government, the trial judge found that the mine safety division was aware that a set explosion in the vent shaft on September 2 could have caused a major fire which would have pumped high concentrations of smoke and noxious gases into the mine workings, potentially endangering the lives of the 40 men working in the underground at the time (para. 157). His conclusion was that the killing of the miners “was the very kind of thing that was likely to happen” (para. 812). Again, and like the Court of Appeal, I see no reviewable error in that finding.

[24] Given that conclusion, it is not necessary to address the question of whether the “very likely to occur” test for foreseeability sets too high a standard or of whether foresight of physical harm short of grievous bodily harm would be sufficient to satisfy the foreseeability requirement.

(b) *Proximity*

(i) Legal Principles

[25] The appellants’ claims against Pinkerton’s and the government are based on their alleged failure to protect the murdered miners from danger created by Mr. Warren’s intentional wrongful acts. The case, therefore, is concerned with omissions by these defendants to prevent harm to the miners caused by another.

[26] In cases of this nature, the law requires close examination of the question of proximity.

Pinkerton’s avait eu vent de menaces de mort proférées par des membres du syndicat à l’égard des travailleurs de remplacement (par. 100), du fait qu’ils préparaient une [TRADUCTION] « fête-surprise pour les briseurs de grève » avec des explosifs (par. 115). Ces conclusions de fait appuient la conclusion non seulement qu’une personne raisonnable aurait prévu les décès causés par une explosion, mais aussi que Pinkerton’s prévoyait effectivement la réalisation de ce risque.

[23] Pour ce qui est du gouvernement, le juge du procès est arrivé à la conclusion que la division de la sécurité des mines était au courant qu’une explosion planifiée dans la tour de ventilation survenue le 2 septembre aurait pu déclencher un incendie majeur, de sorte que de fortes concentrations de fumée et de gaz nocifs se seraient infiltrées dans les galeries, mettant potentiellement en danger la vie des 40 hommes qui travaillaient alors sous terre (par. 157). Il a conclu que le meurtre des mineurs [TRADUCTION] « était justement le type d’événement susceptible de se produire » (par. 812). Je suis encore une fois d’accord avec la Cour d’appel, pour dire que cette conclusion n’est entachée d’aucune erreur donnant lieu à révision.

[24] Vu cette conclusion, il n’est pas nécessaire de décider si le critère de la « forte probabilité » en matière de prévisibilité est une norme trop élevée ou si la prévisibilité d’un préjudice corporel moindre que des lésions corporelles graves suffirait à satisfaire à la condition de la prévisibilité.

b) *La proximité*

(i) Principes juridiques

[25] Les appelantes fondent leurs poursuites contre Pinkerton’s et contre le gouvernement sur leur prétendu défaut de protéger les mineurs tués du danger créé par les actes fautifs intentionnels de M. Warren. Le litige porte donc sur l’omission de ces défendeurs d’empêcher qu’un tiers cause un préjudice aux mineurs.

[26] Dans les causes de cette nature, le droit exige un examen minutieux du critère de la proximité. Il

The inquiry is concerned with whether the case discloses factors which show that the relationship between the plaintiff and the defendant was sufficiently close and direct to give rise to a legal duty of care, considering such factors as expectations, representations, reliance and the property or other interests involved: *Hill*, at paras. 23, 24 and 29. Proximity is not confined to physical proximity, but includes “such close and direct relations that the act complained of directly affects a person whom the person alleged to be bound to take care would know would be directly affected by his careless act”: *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), at p. 581.

[27] The Court discussed proximity in detail in *Childs*, at paras. 31-46. In *Childs*, as here, the proposed duty was to take care to prevent harm caused to the plaintiff by a third party; in other words, what was proposed there was a positive duty to act even though the defendant’s conduct had not directly caused foreseeable physical injury to the plaintiff. The Court noted that there are at least three factors which may identify the situations in which the law has recognized such duties (paras. 38-40). The first is that the defendant is materially implicated in the creation of the risk or has control of the risk to which others have been invited. The second is the concern for the autonomy of the persons affected by the positive action proposed. As the Chief Justice put it: “The law . . . accepts that competent people have the right to engage in risky activities . . . [and] permits third parties witnessing risk to decide not to become rescuers or otherwise intervene” (para. 39). The third is whether the plaintiff reasonably relied on the defendant to avoid and minimize risk and whether the defendant, in turn, would reasonably expect such reliance.

(ii) Pinkerton’s

[28] The appellants maintain that the necessary proximity existed here between the miners and Pinkerton’s: it undertook management of the

faut déterminer si la preuve révèle l’existence d’éléments — attentes, déclarations, confiance et biens ou autres intérêts en jeu, par exemple — montrant que la relation entre le demandeur et le défendeur était suffisamment étroite pour donner naissance à une obligation de diligence en droit : *Hill*, par. 23, 24 et 29. La proximité ne se limite pas à une simple proximité physique, elle s’étend également à [TRADUCTION] « des relations si rapprochées et si directes, que l’acte incriminé touche directement une personne alors que celui qui est censé être prudent sait qu’elle sera directement touchée par sa négligence » : *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), p. 581.

[27] Notre Cour a examiné en détail le critère de la proximité dans *Childs*, aux par. 31-46. Dans cette affaire, tout comme en l’espèce, l’obligation proposée consistait à veiller à prévenir le préjudice causé au demandeur par un tiers; autrement dit, on invoquait une obligation positive d’agir même si la conduite du défendeur n’avait pas causé directement un préjudice corporel prévisible au demandeur. La Cour a signalé l’existence d’au moins trois facteurs propres aux situations dans lesquelles le droit reconnaît l’existence d’une telle obligation (par. 38-40). Le premier est la participation réelle du défendeur à la création du risque ou l’exercice par celui-ci d’un contrôle sur un risque que d’autres personnes ont été invitées à courir. Le deuxième est le souci du respect de l’autonomie des personnes touchées par la mesure concrète proposée. Comme l’a dit la Juge en chef : « Le droit [. . .] reconnaît aux personnes capables le droit de se livrer à des activités risquées [. . .] [et] permet aux tiers qui sont témoins d’une activité risquée de décider de ne pas secourir une personne en danger ou de ne pas intervenir » (par. 39). Le troisième est la question de savoir si le demandeur s’est fié raisonnablement au défendeur pour écarter le risque et le réduire au minimum et si le défendeur, quant à lui, pouvait raisonnablement s’attendre à ce qu’on se fie à lui de la sorte.

(ii) Pinkerton’s

[28] Les appelantes soutiennent qu’un lien suffisamment étroit existait entre les mineurs et Pinkerton’s : l’entreprise s’est engagée à gérer le

risk and assumed responsibility to protect the miners from intimidation and injury by the strikers. Pinkerton's must have understood that the miners reasonably relied on it to do so: it assured the miners and other employees that they would be safe if they continued to work during the strike and it knew that Royal Oak was assuring mine workers, mainly on the basis of Pinkerton's presence, that they would be safe. These circumstances, the appellants contend, created a special relationship of the sort discussed in *Childs*.

[29] The Court of Appeal rejected this submission, holding that “[w]hile it was reasonable for the miners to expect that Pinkerton's would do what it could to mitigate the risks, they must have been aware that there had been incursions into the mine because of the graffiti that had been left. Notwithstanding any assurances of Pinkerton's and Royal Oak that they were ‘safe’, [the miners] must have realized that they were still exposed to some residual risk. If they believed that they had an unconditional guarantee of safety, that belief was unreasonable” (para. 121). In the view of the Court of Appeal, there was no special relationship of vulnerability between the mine workers and Pinkerton's. Whatever control Pinkerton's had over the premises, it had no control over Mr. Warren and it could have no duty to the miners to provide greater resources or services than its principal, Royal Oak, had contracted for (para. 122).

[30] I cannot agree with this analysis as it seems to me to be based on a misstatement of the proposed duty. The Court of Appeal found that it would have been unreasonable for the miners to think that they had an “unconditional guarantee of safety” (para. 121). While I accept this conclusion, it is beside the point. The brutal reality of unfolding events was well known to the miners, and that knowledge would make unreasonable any reliance on those sorts of sweeping assurances. But no one

risque et avait la responsabilité de protéger les mineurs contre l'intimidation des grévistes et le préjudice que ces derniers pouvaient leur causer. Pinkerton's devait avoir compris que les mineurs se fiaient raisonnablement à elle pour les protéger : elle donnait aux mineurs et aux autres employés l'assurance qu'ils seraient en sécurité s'ils continuaient à travailler pendant la grève et elle savait que Royal Oak donnait aux travailleurs de la mine l'assurance qu'ils seraient en sécurité, principalement en raison de la présence de Pinkerton's. Les appelantes font valoir que ces circonstances créaient une relation spéciale, du type de celle dont il est question dans l'arrêt *Childs*.

[29] La Cour d'appel a rejeté cette prétention, parce que [TRADUCTION] « [b]ien qu'il ait été raisonnable que les mineurs s'attendent à ce que Pinkerton's fasse tout en son possible pour atténuer les risques, ils devaient savoir qu'il y avait eu des incursions dans la mine, vu la présence des graffitis. Peu importe les assurances qu'ils étaient “en sécurité” qu'ils ont pu recevoir de Pinkerton's et de Royal Oak, [les mineurs] ont dû réaliser qu'ils demeuraient exposés à certains risques résiduels. S'ils croyaient bénéficier d'une garantie inconditionnelle de sécurité, cette croyance était déraisonnable » (par. 121). Selon la Cour d'appel, il n'y avait pas, entre les travailleurs de la mine et Pinkerton's, de relation spéciale dans laquelle la vulnérabilité aurait joué. Quel que soit le degré de contrôle exercé par Pinkerton's sur les lieux, elle ne pouvait contrôler M. Warren et elle ne pouvait avoir l'obligation de fournir aux mineurs plus de ressources ou de services que ceux qu'elle s'était engagée à fournir à Royal Oak, de qui elle tenait son mandat (par. 122).

[30] Je ne puis souscrire à cette analyse parce qu'elle me semble fondée sur une formulation erronée de l'obligation proposée. La Cour d'appel a conclu qu'il aurait été déraisonnable que les mineurs pensent bénéficier d'une [TRADUCTION] « garantie inconditionnelle de sécurité » (par. 121). Cette conclusion, bien qu'elle soit exacte, n'est pas pertinente en l'espèce. Les mineurs étaient bien au fait de l'évolution brutale de la situation, de sorte qu'il aurait été déraisonnable de leur part de miser

was suggesting that Pinkerton's had a duty to provide any such "guarantee". All that was proposed was that Pinkerton's had a duty to take reasonable care. That was precisely the expectation that the miners had. The Court of Appeal confirmed this when it found that "it was reasonable for the miners to expect that Pinkerton's would do what it could to mitigate the risks" (para. 121). This, in my view, is the reliance that counts in the proximity analysis. The relevant question is whether the miners reasonably relied on Pinkerton's to take reasonable precautions to reduce the risk. The Court of Appeal found that was their reasonable expectation. This reasoning, in my view, supports rather than negates the existence of sufficient proximity. The fact that, as the Court of Appeal noted, any higher expectation on the miners' part would have been unreasonable was not relevant to the analysis.

[31] Pinkerton's must have shared the miners' expectation. It was there to protect property and people. The whole point of its presence was to help secure the site so that the mine could continue to operate. The miners who continued to work during the strike made up a well-defined and identifiable group. Pinkerton's surely ought to have expected that the very people it was there to protect would rely on it to exercise reasonable care in doing so.

[32] Pinkerton's also undertook to exert some control over the risk. While the Court of Appeal reasoned that Pinkerton's had no control over Mr. Warren, I do not think that is the issue. Pinkerton's undertook to exert some control over everyone who came onto the property, including Mr. Warren. Contrary to Pinkerton's submissions, the trial judge made a clear finding that Pinkerton's gave assurances to the miners (see, e.g., trial judge's reasons, at paras. 744 and 758) and the Court of Appeal accepted that finding (C.A. reasons, at paras. 117-19). Based on the purpose of Pinkerton's presence

sur de telles assurances générales. Mais nul n'a prétendu que Pinkerton's avait l'obligation de fournir pareille « garantie ». On a simplement fait valoir que Pinkerton's avait l'obligation de faire preuve d'une diligence raisonnable. Voilà qui correspond précisément à l'attente des mineurs. La Cour d'appel l'a confirmé lorsqu'elle a conclu qu'il était [TRADUCTION] « raisonnable que les mineurs s'attendent à ce que Pinkerton's fasse tout en son possible pour atténuer les risques » (par. 121). Il s'agit selon moi de la confiance qui constitue un facteur dans l'analyse de la proximité. La question qu'il faut se poser est celle de savoir si les mineurs se sont fiés raisonnablement au fait que Pinkerton's prendrait des précautions raisonnables pour réduire le risque. La Cour d'appel a conclu que telle était leur attente raisonnable. À mon sens, cette conclusion tend à confirmer plutôt qu'à nier l'existence d'un lien de proximité suffisant. Le fait qu'il eût été déraisonnable que les mineurs aient des attentes plus élevées, signalé par la Cour d'appel, n'est pas pertinent.

[31] Les attentes de Pinkerton's devaient correspondre à celles des mineurs. Ses agents avaient pour mission de protéger les biens et les gens. C'est justement pour aider à protéger les lieux, de façon à ce qu'il soit possible de continuer à exploiter la mine, qu'ils étaient présents. Les mineurs qui continuaient à travailler pendant la grève constituaient un groupe bien défini et identifiable. Pinkerton's devait sûrement s'attendre à ce que les personnes mêmes qu'elle devait protéger se fient à elle pour faire preuve d'une diligence raisonnable dans l'accomplissement de cette tâche.

[32] Pinkerton's s'était également engagée à exercer un certain contrôle sur le risque. La Cour d'appel a conclu que Pinkerton's n'exerçait aucun contrôle sur M. Warren, mais j'estime que cette question n'est pas pertinente. Pinkerton's s'était en effet engagée à exercer un certain contrôle sur toutes les personnes qui se présenteraient sur les lieux, y compris M. Warren. Contrairement à ce qu'avance Pinkerton's, le juge du procès a clairement conclu que cette dernière avait donné des assurances aux mineurs (voir, p. ex., les motifs du juge du procès, par. 744 et 758) et la Cour d'appel a retenu cette conclusion (motifs

and the assurances given, the miners reasonably expected that Pinkerton's would take reasonable steps to guard against the risks.

[33] I have difficulty understanding the pertinence, in this context, of the Court of Appeal's comments that unless "the assurance amounts to a 'guarantee' or a covenant to indemnify, it does not itself form a cause of action" and that an assurance "that the situation is 'safe' does not make the defendant an insurer for any damage that might result" (para. 119). Respectfully, these considerations relate to the scope of a possible duty, not to whether proximity has been established.

[34] I conclude that the reasonable expectations of both the miners and Pinkerton's as well as Pinkerton's undertaking to exert some control over the risk to the miners supported the trial judge's finding of proximity.

[35] Pinkerton's also submits that the trial judge erred in finding proximity because the relationship between it and the miners does not fall within any of the three situations recognized by the Court in *Childs*. This, of itself, is not fatal to the appellants' position on proximity. The Court in *Childs* made clear that the three situations it identified do not function as strict legal categories, but as factors that can lead to the conclusion that sufficient proximity exists to give rise to *prima facie* positive duties to act: *Childs*, at para. 34.

[36] In my view, the appellants established sufficient proximity to give rise to a *prima facie* duty of care on the part of Pinkerton's towards the miners.

(iii) The Government

[37] The Court of Appeal accepted the trial judge's reasoning that, in the case of the government as

de la C.A., par. 117-119). Compte tenu du but dans lequel on avait fait appel à Pinkerton's et des assurances que celle-ci leur avait données, les mineurs s'attendaient raisonnablement à ce que Pinkerton's prennent des mesures raisonnables pour éloigner les risques.

[33] J'ai de la difficulté à comprendre la pertinence, dans ce contexte, du commentaire de la Cour d'appel selon lequel à moins que [TRADUCTION] « l'assurance donnée correspond à une "garantie" ou à une promesse d'indemnisation, elle ne constitue pas en soi une cause d'action » et l'assurance que « la situation est "sécuritaire" ne fait pas du défendeur un assureur offrant une garantie contre tout préjudice pouvant se produire » (par. 119). Soit dit en toute déférence, ces considérations se rapportent à l'étendue d'une obligation potentielle, et non à l'application du critère de la proximité.

[34] Je conclus que les attentes raisonnables des mineurs et celles de Pinkerton's, de même que l'engagement de Pinkerton's à exercer un certain contrôle sur le risque que couraient les mineurs justifiaient la conclusion du juge du procès que le critère de la proximité était rempli.

[35] Pinkerton's soutient également que le juge du procès a commis une erreur en concluant à la proximité parce que son lien avec les mineurs ne correspond à aucune des trois situations reconnues par la Cour dans *Childs*. En soi, cela n'est pas fatal à la position des appelantes concernant la proximité. Dans l'arrêt *Childs*, la Cour a clairement indiqué que les trois situations relevées ne constituent pas des catégories juridiques strictes, mais plutôt des facteurs pouvant permettre de conclure à l'existence d'un lien de proximité suffisant pour donner naissance à une obligation positive *prima facie* : *Childs*, par. 34.

[36] À mon avis, les appelantes ont établi l'existence d'un lien de proximité suffisant pour donner naissance à une obligation de diligence *prima facie* de la part de Pinkerton's envers les mineurs.

(iii) Le gouvernement

[37] La Cour d'appel a accepté la conclusion du juge du procès selon laquelle, dans le cas du

regulator, the existence of proximity turns mainly on the statute delegating the regulatory powers: trial judge's reasons, at para. 797; C.A. reasons, at para. 124. Unlike the trial judge, however, the Court of Appeal found that the regulatory duties imposed by the legislation in force at the time, the *Mining Safety Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. M-13 ("*MSA*"), and the *Mining Safety Regulations*, R.R.N.W.T. 1990, c. M-16 ("*Regulations*"), "did not fix the [government] and its mining inspectors with the responsibility to reduce the risk of intentional criminal conduct"; "[t]he risk that materialized was completely outside the scope of the statute" (para. 125). It followed, the Court of Appeal reasoned, that as the *MSA* and *Regulations* were not concerned with labour relations, crime prevention or criminal acts, there was not sufficient proximity between the government and the miners (para. 125).

[38] The appellants challenge these conclusions. They submit that the *MSA* creates a private law duty to the miners. They point in particular to two provisions: the mandatory language in s. 42 of the *MSA*, that a mining inspector "shall . . . order the immediate cessation of work in . . . a mine . . . that the inspector considers unsafe" and the broad parameters of the inspectors' obligation under s. 43 to give notice to management of "any matter, thing or practice . . . that, in the opinion of the inspector, is dangerous". In response, the government, supporting the conclusion of the Court of Appeal, contends that when the *MSA* is construed as a whole and in light of its purposes, the duties it imposes relate to the prevention of accidents, not to the prevention of intentional criminal acts. It follows, says the government, that there is no close and direct relationship between the miners and the government.

[39] These submissions must be evaluated in the context of legal principles which are not in dispute. They were recently summarized by the Court in

gouvernement agissant en sa qualité d'autorité réglementaire, l'existence d'un lien de proximité dépend essentiellement de la loi qui lui confère ses pouvoirs de réglementation : motifs du juge du procès, par. 797; motifs de la C.A., par. 124. Toutefois, contrairement au juge du procès, la Cour d'appel a conclu que les obligations de réglementation imposées par la législation en vigueur à l'époque, la *Loi sur la sécurité dans les mines*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. M-13 (« *LSM* »), et le *Règlement sur la sécurité dans les mines*, R.R.T.N.-O. 1990, ch. M-16 (« *Règlement* »), [TRADUCTION] « n'ont pas eu pour effet d'imposer au [gouvernement] et à ses inspecteurs des exploitations minières la responsabilité de réduire le risque d'une conduite criminelle intentionnelle »; « [l]e risque qui s'est réalisé échappait totalement à la portée de la Loi » (par. 125). La Cour d'appel a donc statué que, parce que la *LSM* et le *Règlement* ne visaient pas les relations du travail, la prévention des crimes ni les agissements criminels, il n'existait pas de lien de proximité suffisant entre le gouvernement et les mineurs (par. 125).

[38] Les appelantes contestent ces conclusions. Ils soutiennent que la *LSM* crée une obligation de droit privé envers les mineurs. Ils s'appuient plus particulièrement sur deux dispositions : le libellé impératif de l'art. 42 de la *LSM*, suivant lequel l'une des fonctions de l'inspecteur des mines consiste à « ordonner la cessation immédiate de tout travail dans une mine [. . .] qu'il juge dangereuse » et les grands paramètres de l'obligation imposée à l'inspecteur par l'art. 43 de communiquer à la direction « tout renseignement relatif à une question, à une chose ou à une pratique [. . .] qui, selon lui, présente un danger ». En réponse, le gouvernement, qui défend la conclusion de la Cour d'appel, soutient que les obligations qu'impose la *LSM* — considérée dans son ensemble et en fonction de son objet — concernent la prévention des accidents et non la prévention d'agissements criminels intentionnels. Selon le gouvernement, il n'existe donc pas de lien étroit et direct entre les mineurs et le gouvernement.

[39] Ces observations doivent être examinées dans le contexte des principes juridiques non contestés qui ont été résumés récemment par notre Cour dans

Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D., 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83, at paras. 26-30:

- The statute is the foundation of the proximity analysis and policy considerations arising from the particular relationship between the plaintiff and the defendant must be considered.
- The fact that an alleged duty of care is found to conflict with an overarching statutory or public duty may provide a policy reason for refusing to find proximity. Both *Cooper* and *Edwards* are examples. In *Cooper*, a duty to individual investors on the part of the Registrar of Mortgage Brokers potentially conflicted with the Registrar's overarching public duty; in *Edwards*, the proposed private law duty to the victim of a dishonest lawyer potentially conflicted with the Law Society's obligation to exercise its discretion to meet a myriad of objectives.
- A statutory immunity provision may also, as in *Edwards*, indicate the Legislature's intention to preclude or limit private law duties.

[40] The analysis in *Hill*, in relation to whether there was sufficient proximity between the police investigators and a particularized suspect, is instructive. The most basic factor relevant to proximity is whether there is a relationship between the alleged wrongdoer and the victim, usually described as "close and direct" (para. 29). The focus is on whether the actions of the alleged wrongdoer have a close and direct effect on the victim. Other considerations include expectations, representations, reliance and the nature of the interests engaged by the relationship. In *Hill*, the Chief Justice emphasized that the relationship between the police and a particularized suspect was closer than that between the regulator and the public which had been in issue

Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D., 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83, par. 26-30 :

- L'analyse du lien de proximité se fonde sur la loi applicable et tient compte des considérations de politique générale découlant de la relation particulière entre le demandeur et le défendeur.
- Un conflit entre l'obligation de diligence revendiquée et une obligation primordiale de nature publique ou imposée par la loi peut constituer une raison de principe pour refuser de conclure à la proximité. Les arrêts *Cooper* et *Edwards* en constituent des exemples. Dans *Cooper*, la Cour a estimé que l'obligation du registraire des courtiers en hypothèques envers les investisseurs individuellement était susceptible d'aller à l'encontre de son obligation à l'égard des intérêts supérieurs du public; dans *Edwards*, l'obligation de droit privé proposée envers la victime d'un avocat malhonnête était susceptible d'aller à l'encontre de l'obligation du Barreau d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à favoriser la réalisation de multiples objectifs.
- Une disposition législative prévoyant une immunité, comme c'était le cas dans *Edwards*, peut aussi indiquer que le législateur avait l'intention d'écarter ou de limiter les obligations de droit privé.

[40] L'analyse de la question de savoir s'il existait un lien suffisant entre les enquêteurs et un suspect particulier dans *Hill* est éclairante. Le critère premier en matière de proximité est l'existence d'un lien que l'on dit habituellement « étroit et direct » entre l'auteur allégué de la faute et la victime (par. 29). L'accent est mis sur la question de savoir si les actes de l'auteur allégué de la faute ont un effet étroit et direct sur la victime. D'autres considérations peuvent se révéler pertinentes, dont les attentes, les déclarations, la confiance et la nature des intérêts en jeu. Dans *Hill*, la Juge en chef a insisté sur le fait que la relation entre les policiers et un suspect particulier était plus étroite que la relation entre l'autorité réglementaire et le public considérée dans *Edwards* et

in *Edwards* and *Cooper*. In those cases, the public officials were acting in relation to a third party, that is, the person being regulated who, in turn, interacted with the claimant (para. 33). In contrast, in *Hill* the police interacted directly with the suspect who was the claimant.

[41] In the case of the mining safety regulators and the miners, the closeness of the relationship is somewhere between that in *Hill*, on the one hand, and *Cooper* and *Edwards* on the other. Under the *MSA*, the onus for maintaining mine safety is on the owner, management and employees of the mine. Section 2 of the *MSA* imposes on management the duty to take all reasonable measures to enforce the Act and on workers the duty to take all necessary and reasonable measures to carry out their duties according to the Act. Under s. 3, the owner is to ensure that the manager is provided with the necessary means to conduct the operation of the mine in full compliance with the *MSA* and under s. 5(3), the manager, or the competent person authorized by the manager, is to personally and continually supervise work involving unusual danger in an emergency situation. A worker has the right to refuse to do any work when he or she has reason to believe that there is an unusual danger to his or her health or safety (s. 8(1)(a)) and is to report the circumstances to the owner or supervisor (s. 8(2)). A worker acting in compliance with these provisions is protected against discharge or discipline for having done so (s. 8(9)). Thus, much as the regulatory schemes at issue in *Cooper* and *Edwards* put the onus on lawyers and mortgage brokers to observe the rules, the scheme set out in the *MSA* puts the onus on mine owners, management and workers to observe safety regulations. The role of the mining inspectors is essentially to see that the persons who have the primary obligation to comply with the *MSA* — mine owners, managers and workers — are doing so. In that sense, their role is analogous to the roles of the Law Society and the Registrar of Mortgage Brokers discussed in *Edwards* and *Cooper*.

Cooper. Dans ces deux affaires, les agents de l'État traitaient avec un tiers — soit la personne assujettie à la réglementation — qui, à son tour, interagissait avec le demandeur (par. 33). Par contraste, dans *Hill*, les policiers interagissaient directement avec le suspect, qui était le demandeur.

[41] Le lien entre l'autorité réglementaire en matière de sécurité dans les mines et les mineurs, sans être aussi étroit que celui dont il était question dans *Hill*, l'est plus que celui en cause dans *Cooper* et *Edwards*. Sous le régime de la *LSM*, le fardeau d'assurer la sécurité dans les mines incombe au propriétaire ainsi qu'aux gestionnaires et aux travailleurs de la mine. L'article 2 de la *LSM* exige que les gestionnaires prennent toutes les mesures raisonnables pour l'application de cette loi et que les travailleurs prennent toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour exercer leurs fonctions en conformité avec cette loi. L'article 3 oblige le propriétaire à veiller à ce que le directeur ait les moyens nécessaires pour assurer l'exploitation de la mine en toute conformité avec la *LSM* et, selon le par. 5(3), le directeur, ou une personne compétente qu'il autorise à cette fin, surveille personnellement et constamment les travaux qui comportent un danger inhabituel dans une situation d'urgence. Un travailleur peut refuser de travailler s'il a des motifs de croire qu'il existe un danger inhabituel pour sa santé ou sa sécurité (al. 8(1)a), auquel cas il fait rapport sur les circonstances de son refus au propriétaire ou au surveillant (par. 8(2)). Le travailleur qui s'est prévalu de ces dispositions ne peut être congédié ni faire l'objet d'une mesure disciplinaire pour cette raison (par. 8(9)). Ainsi, à l'instar des régimes réglementaires en cause dans *Cooper* et *Edwards* qui obligent les avocats et les courtiers en hypothèques à observer les règles en vigueur, le régime instauré par la *LSM* oblige les propriétaires, les gestionnaires et les travailleurs des mines à observer les règles de sécurité. Le rôle des inspecteurs des mines consiste essentiellement à veiller à ce que les personnes ayant l'obligation première de l'observation de la *LSM* — les propriétaires, les gestionnaires et les travailleurs des mines — s'acquittent de cette obligation. En ce sens, leur rôle est analogue aux rôles du Barreau et du registrateur des courtiers en hypothèques dont il est question dans *Edwards* et *Cooper*.

[42] However, the relationship between the inspectors and the miners was considerably closer and more direct than the relationships in issue in *Edwards* or *Cooper*. While no single factor on its own is dispositive, there are three factors present here which, in combination, lead me to this conclusion.

[43] The persons to whom mining inspectors are said to owe a duty — those working in the mine — is not only a much smaller but also a more clearly defined group than was the case in *Cooper* or *Edwards*. There, the alleged duties were owed, in effect, to the public at large because they extended to all clients of all lawyers and mortgage brokers.

[44] In addition, the mining inspectors had much more direct and personal dealings with the deceased miners than the Law Society or the Registrar had with the clients of the lawyer or mortgage broker in *Edwards* and *Cooper*. As pointed out in *Hill*, in considering whether the relationship in question is close and direct, the existence, or absence, of personal contact is significant. The murdered miners were not in the sort of personal contact with the inspectors as the police in *Hill* were with Mr. Hill as a particularized suspect. However, the relationship between the miners and the inspectors was much more personal and direct than the relationship between the undifferentiated multitude of lawyers' clients and the Law Society as considered in *Edwards* or the undifferentiated customers of mortgage brokers as considered in *Cooper*. As the trial judge found in this case, visits by inspectors to the mine during the strike were "almost daily" occurrences, 11 official inspections were conducted and at any time a tour of the mine was required, the inspector would be accompanied by a member of the occupational health and safety committee (para. 256). There was therefore more direct and personal contact with miners than there was with the clients in either *Cooper* or *Edwards*.

[42] Toutefois, le lien entre les inspecteurs et les mineurs était beaucoup plus étroit et plus direct que les liens en jeu dans les arrêts *Edwards* ou *Cooper*. Aucun facteur n'est déterminant en soi, mais trois facteurs combinés m'ont mené à cette conclusion en l'espèce.

[43] Les personnes envers lesquelles les inspecteurs des mines ont une obligation — celles qui travaillent dans la mine — constituent non seulement un groupe beaucoup plus petit, mais aussi un groupe plus clairement défini que ne l'étaient les groupes en cause dans *Cooper* ou *Edwards*. En fait, c'est envers le public en général que le Barreau et le registrateur des courtiers en hypothèques avaient les obligations alléguées, puisque celles-ci s'étendaient à tous les clients des avocats et des courtiers en hypothèques.

[44] De plus, les inspecteurs des mines avaient des rapports beaucoup plus étroits et personnels avec les mineurs qui sont morts dans l'explosion que le Barreau et le registrateur des courtiers en hypothèques en avaient avec les clients de l'avocat ou du courtier en hypothèques en cause dans *Edwards* et *Cooper*. Comme on le souligne dans *Hill*, l'existence ou l'absence d'un contact personnel est un facteur important pour déterminer si le lien en jeu est étroit et direct. Les mineurs tués dans l'explosion et les inspecteurs n'ont pas eu de contacts personnels de la nature de ceux que la police a eus avec M. Hill — dans l'arrêt du même nom — en tant que suspect. Par contre, la relation entre les mineurs et les inspecteurs était beaucoup plus personnelle et directe que la relation dans *Edwards* entre les clients des avocats — fort nombreux et non identifiés — et le Barreau ou que celle entre le registrateur et les clients non identifiés des courtiers en hypothèques en jeu dans l'arrêt *Cooper*. Comme l'a conclu le juge du procès en l'espèce, les inspecteurs se sont rendus sur les lieux [TRADUCTION] « presque quotidiennement » pendant la grève, ils ont procédé à 11 inspections officielles et, chaque fois qu'il s'est avéré nécessaire de visiter la mine, l'inspecteur était accompagné d'un membre du comité de santé et de sécurité au travail (par. 256). Les contacts avec les mineurs étaient donc plus directs et personnels que les contacts avec les clients dans *Cooper* et *Edwards*.

[45] Finally, the inspectors' statutory duties related directly to the conduct of the miners themselves. This is in contrast to the Law Society in *Edwards* or the Registrar in *Cooper* who had no direct regulatory authority over the claimants who were the clients of the regulated lawyers and mortgage brokers.

[46] In my view, there is a close parallel between this case and the Court's building inspection cases, *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259, and *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 SCC 12, [2000] 1 S.C.R. 298. These cases are instructive because in each there were regulatory duties to inspect and enforce provisions of a building code. The purpose of the inspections was to detect, among other things, construction defects that violated those codes, whether committed by the owner-builder or third parties and the Court found a duty of care to the owner, a subsequent owner and/or third parties who suffered damage because of the construction defect. These features of building inspection schemes are similar to the mining safety scheme in issue in this case. In each of the building inspection cases, a duty of care was found to exist.

[47] In *Kamloops*, a municipal by-law prohibited construction without a building permit, provided for a scheme of inspections at various stages of construction, prohibited occupancy without an occupancy permit and imposed on the building inspector a duty to enforce the by-law (p. 12). During construction of a home, a building inspector found deficiencies and issued a stop work order pending the submission of a plan. Although a plan was submitted, it was not followed and construction continued in spite of a warning that the stop work order was in effect. The city solicitor informed the first purchasers of the deficiencies, the stop work orders and the need for an engineer's certificate of the adequacy of the construction to lift the stop work

[45] Enfin, les obligations légales des inspecteurs concernaient directement la conduite des mineurs eux-mêmes. Cela s'oppose à la situation du Barreau dans *Edwards* ou du registrateur dans *Cooper*, qui n'avaient pas de pouvoir réglementaire direct sur les demandeurs qui étaient les clients des avocats et des courtiers en hypothèques assujettis au régime réglementaire.

[46] À mon avis, il y a des ressemblances importantes entre la présente espèce et les arrêts de la Cour portant sur l'inspection des bâtiments, *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259, et *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 CSC 12, [2000] 1 R.C.S. 298. Ces arrêts nous éclairent parce que chacun d'eux mettait en jeu une obligation réglementaire de procéder à une inspection et d'appliquer les dispositions d'un code du bâtiment. L'objectif des inspections était de détecter notamment les vices de construction contrevenant au code en question, qu'ils soient attribuables au propriétaire, à l'entrepreneur ou à un tiers, et la Cour a conclu à l'existence d'une obligation de diligence envers le propriétaire, un propriétaire subséquent et les tiers ayant subi un préjudice en raison des vices de construction. Ces particularités des régimes d'inspection des bâtiments sont similaires à celles du régime d'inspection des mines en cause en l'espèce. Dans chacun des arrêts portant sur l'inspection des bâtiments, la Cour a conclu à l'existence d'une obligation de diligence.

[47] Dans *Kamloops*, un règlement municipal interdisait les travaux de construction sans l'obtention préalable d'un permis de construction, instaurait un régime d'inspections à diverses étapes de la construction, interdisait l'occupation en l'absence d'un permis d'occupation et imposait à l'inspecteur des bâtiments l'obligation d'appliquer le règlement (p. 12). Pendant la construction d'une maison, un inspecteur des bâtiments a repéré des vices de construction et délivré un ordre d'arrêt des travaux jusqu'à ce qu'on lui soumette un plan de correction des vices. Un plan a été soumis, mais il n'a pas été suivi et les travaux se sont poursuivis malgré l'avertissement que l'ordre d'arrêt des travaux était toujours en vigueur. L'avocat de la ville a avisé

order. Nothing further was done and the house was later sold to Mr. Nielson without notice of the construction problems. When he learned of them, he sued the builder and the City.

[48] A majority of the Court upheld the trial judge's attribution of 25 percent of the fault to the City. The City's building inspector had a duty to enforce the bylaw. Mr. Nielson's relationship to the City was sufficiently close that it ought to have had him in its reasonable contemplation as likely to be injured by a breach of its duty, and it was negligent in allowing construction to continue in breach of its duty to protect the plaintiff against the builder's negligence. Wilson J., for the majority, said this at p. 24:

Having regard to the fact that we are here concerned with a statutory duty and that the plaintiff was clearly a person who should have been in the contemplation of the City as someone who might be injured by any breach of that duty, I think this is an appropriate case for the application of the principle in [*Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)]. I do not think the appellant can take any comfort from the distinction between non-feasance and misfeasance where there is a duty to act or, at the very least, to make a conscious decision not to act on policy grounds. In my view, inaction for no reason or inaction for an improper reason cannot be a policy decision taken in the *bona fide* exercise of discretion.

[49] In *Rothfield*, the building inspector issued a building permit for a retaining wall based on a rough sketch. Construction began, but neither the owner nor the builder advised the city that construction had reached a stage at which an inspection was required. When the inspectors did attend, they directed that further backfilling be delayed in order to determine if there was any movement. The builder finished the backfilling when the wall had not moved in a 20-day period. Months later,

les premiers acquéreurs de l'existence de vices de construction, de la délivrance d'un ordre d'arrêt des travaux et de la nécessité de produire un rapport d'ingénieur attestant la conformité des travaux pour que l'ordre soit levé. Rien d'autre n'a été fait et la maison a par la suite été vendue à M. Nielsen sans qu'il soit informé des problèmes de construction. Lorsqu'il en a appris l'existence, il a poursuivi l'entrepreneur et la ville.

[48] Les juges majoritaires de notre Cour ont confirmé la décision du juge du procès d'attribuer 25 p. 100 de la faute à la ville. L'inspecteur des bâtiments de la ville était tenu d'appliquer le règlement. La relation de M. Nielsen avec la ville était suffisamment étroite pour que cette dernière puisse raisonnablement prévoir qu'il était susceptible de subir un préjudice advenant un manquement à ce devoir, et elle a fait preuve de négligence en permettant que la construction se poursuive au mépris de son obligation de protéger le demandeur contre la négligence de l'entrepreneur. La juge Wilson, qui s'exprimait pour la majorité, a dit ce qui suit à la p. 24 :

Étant donné qu'il s'agit en l'espèce d'une obligation imposée par une loi et que le demandeur est manifestement une personne dont la ville pouvait prévoir qu'il pourrait subir des dommages à cause du manquement à cette obligation, je crois que le principe énoncé dans l'arrêt [*Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)] s'applique en l'espèce. Je ne crois pas que l'appelante puisse tirer avantage de la distinction entre l'inaction et la mauvaise exécution lorsqu'il y a une obligation d'agir ou, tout au moins, de prendre une décision réfléchie de ne rien faire pour des motifs de politique. À mon sens, la passivité non motivée ou mal motivée ne peut être une décision de politique prise dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir discrétionnaire.

[49] Dans *Rothfield*, l'inspecteur des bâtiments a délivré un permis de construction d'un mur de soutènement sur la base d'un croquis rudimentaire. La construction a débuté, mais ni le propriétaire ni l'entrepreneur n'ont avisé la municipalité que le projet était rendu à une étape où une inspection était nécessaire. Lorsque les inspecteurs se sont finalement présentés, ils ont recommandé d'interrompre les travaux de remblai et de surveiller le mur pour voir s'il bougerait. L'entrepreneur a terminé

the wall collapsed. A majority of the Court found the inspectors had a duty of care to the owner and to neighbouring owner's and that the builder's failure to give timely notice to the inspectors did not absolve the inspectors from liability. As La Forest J. put it at p. 1271:

It is to be expected that contractors . . . will fail to observe certain aspects of the building by-laws. That is why municipalities employ building inspectors. Their role is to detect such negligent omissions before they translate into dangers to health and safety.

[50] *Ingles* was another action by a property owner against a municipality for negligent building inspection. Bastarache J. for the Court found that inspection schemes fall within a category of cases in which a statute confers powers, but leaves the scale on which they are to be exercised to the discretion of the delegate. If the delegate elects to exercise the statutory power, there is a duty at the operational level to use due care in doing so (para. 17). In cases of this type, “[o]nce it is determined that an inspection has occurred at the operational level, and thus that the public actor owes a duty of care to all who might be injured by a negligent inspection, a traditional negligence analysis will be applied” (para. 20). He noted in reviewing the relevant statutory provisions that the purpose of the building inspection scheme was to protect the health and safety of the public by enforcing safety standards for all construction projects. The municipalities who appoint inspectors to inspect construction projects and enforce the statute owe a duty of care to all who it is reasonable to conclude might be injured by the negligent exercise of those inspection powers (para. 23).

les travaux de remblai après avoir constaté que, 20 jours plus tard, le mur n’avait pas bougé. Quelques mois plus tard, le mur s’est effondré. Les juges majoritaires ont conclu que les inspecteurs avaient une obligation de diligence envers le propriétaire ainsi qu’envers les propriétaires voisins et que le défaut de l’entrepreneur de donner avis en temps opportun aux inspecteurs ne les dégageait pas de leur responsabilité. Comme l’a dit le juge La Forest à la p. 1271 :

On peut s’attendre à ce que les entrepreneurs [. . .] passent outre à certains aspects des règlements de construction. C’est la raison pour laquelle les municipalités embauchent des inspecteurs des bâtiments qui ont pour mission de déceler ces omissions négligentes avant qu’elles posent un danger pour la santé et la sécurité du public.

[50] L’arrêt *Ingles* concerne également une action intentée par un propriétaire contre une municipalité pour cause de négligence dans l’inspection d’un bâtiment. Le juge Bastarache, au nom de la Cour, a conclu que les régimes législatifs d’inspection relèvent de la catégorie des lois qui confèrent des pouvoirs, mais qui laissent l’étendue de leur exercice à la discrétion de l’autorité à laquelle ils sont délégués. Si cette dernière choisit d’exercer son pouvoir discrétionnaire, il existe alors une obligation de faire preuve de diligence raisonnable en mettant cette décision à exécution (par. 17). Dans de tels cas, « [l]orsqu’il a été jugé qu’il y a eu inspection du point de vue opérationnel et que, par conséquent, l’entité publique a une obligation de diligence envers tous ceux qui peuvent subir un préjudice par suite d’une inspection effectuée négligemment, le tribunal procède à l’analyse classique en matière de négligence » (par. 20). Il souligne, dans le cadre de son examen des dispositions de la loi, que l’objet des régimes d’inspection est de protéger la santé et la sécurité du public en assujettissant tous les projets de construction au respect des normes de sécurité. Les municipalités qui nomment des inspecteurs chargés d’inspecter les projets de construction et de veiller au respect des dispositions de la loi ont une obligation de diligence envers toute personne dont il est raisonnable de penser qu’elle pourrait subir un préjudice en cas d’exercice négligent des pouvoirs d’inspection (par. 23).

[51] The analysis of the duty of care on the part of building inspectors in these three decisions supports the existence of a *prima facie* duty of care on the mining inspectors in this case. The relationship between the mining inspectors and the miners is analogous to that between the building inspectors and the owner, subsequent purchaser and neighbour. Like the building inspectors, the mining inspectors have a duty to inspect and to enforce mine safety laws. As with the building inspectors, there is some discretion as to how they carry out their duties, but also like the building inspectors, once the mining inspectors embark on their inspections, it is reasonable to think they will exercise care in the way they carry them out. The mining inspectors are required by s. 42 of the *MSA* to “order the immediate cessation of work in . . . a mine . . . the inspector considers unsafe”. Similar to the role of the building inspectors, the job of the mining inspectors includes protecting the miners from risk arising from other people’s defaults. To paraphrase La Forest J. in *Rothfield*, the role of the mining inspector is to detect those defaults before they translate into dangers of health and safety.

[52] I accept, of course, that it is not the job of mining inspectors to prevent would-be murderers. However, the fact that the inspectors’ statutory duties do not extend to the detection and prevention of crime does not seem to me to be an answer to the question of whether there is sufficient proximity between the inspectors and the miners in relation to mine safety issues, whatever the cause.

[53] The clear lines for which the government contends dividing safety, crime and labour relations do not, in my view, exist. For example, deliberately ignoring safety regulations may also constitute a crime and a violation of a collective agreement. This is recognized in the *Regulations* made under the *MSA*. They prohibit fighting or similar conduct that may constitute a hazard, prohibit the entry of unauthorized persons, require explosive magazines to be securely locked and prohibit the unauthorized

[51] L’analyse de l’obligation de diligence des inspecteurs des bâtiments exposée dans ces trois arrêts permet de conclure à l’existence d’une obligation de diligence *prima facie* de la part des inspecteurs des mines en l’espèce. La relation entre les inspecteurs des mines et les mineurs s’apparente à la relation entre les inspecteurs des bâtiments et les propriétaires, les acheteurs subséquents et les voisins. À l’instar des inspecteurs des bâtiments, les inspecteurs des mines ont l’obligation de procéder à des inspections et d’appliquer la législation sur la sécurité dans les mines. Comme eux, ils jouissent d’une certaine latitude quant à la façon de s’acquitter de leurs obligations et comme dans le cas des inspecteurs des bâtiments, il est raisonnable de penser qu’ils feront preuve de diligence lorsqu’ils procéderont à une inspection. L’article 42 de la *LSM* oblige l’inspecteur des mines à « ordonner la cessation immédiate de tout travail dans une mine [. . .] qu’il juge dangereuse ». À l’instar des inspecteurs des bâtiments, les inspecteurs des mines doivent notamment protéger les mineurs des risques découlant des fautes commises par des tiers. Pour paraphraser les propos du juge La Forest dans *Rothfield*, le rôle des inspecteurs des mines consiste à détecter ces fautes avant qu’elles posent un danger pour la santé et la sécurité.

[52] Je reconnais évidemment qu’il n’appartient pas aux inspecteurs des mines de neutraliser d’éventuels meurtriers. Toutefois, le fait que les obligations légales des inspecteurs ne s’étendent pas à la détection et à la prévention des crimes ne répond pas selon moi à la question de savoir s’il existe un lien de proximité suffisant entre les inspecteurs et les mineurs relativement aux problèmes de sécurité dans les mines, quelle qu’en soit la cause.

[53] Contrairement à ce que prétend le gouvernement, il n’existe pas selon moi de lignes claires établissant une distinction entre les questions liées à la sécurité, à la criminalité et aux relations du travail. À titre d’exemple, le fait d’ignorer délibérément les normes de sécurité peut aussi constituer un crime et une contravention à la convention collective, ce que reconnaît d’ailleurs le *Règlement* pris en application de la *LSM*. Celui-ci interdit de se battre ou d’avoir un comportement de nature

taking away of explosive devices from the mine: *Regulations*, ss. 4, 15, 125(10) and 138. Fighting, theft and unauthorized possession of explosives are potentially criminal matters. They may also be the result of poisonous labour relations. But they all may put mine safety at risk. Categorizing the conduct as one of these rather than the others is artificial. Moreover, the duties provided for in the *MSA* and *Regulations* have as their object the protection of workers from the acts and omissions of others. Unsafe conditions may arise from the conduct of co-workers, management or third parties. It is the impact of the conduct on the safety of the workplace that is the touchstone of the legislation and the concern of the mining inspectors.

[54] I am not at all persuaded that it was beyond the statutory jurisdiction of the inspectors to act in the extraordinary situation that presented itself here. They had a clear and well-substantiated belief that the mine was unsafe. As they put it in a report more than three months before the fatal blast, “the lack of security at the mine site is endangering the occupational health and safety of employees” (A.R., vol. 12, Tab 154, at p. 79). The legislative scheme is about safety in mines, it exists to protect miners from the acts of others and there were clearly identified and well-documented findings that the miners were subject to unsafe working conditions. I agree with the government that the *MSA* does not clothe the inspectors with power to issue orders simply to address strike-related violence. My view, however, is that it did give the authority to make orders to prevent obvious and serious risks to the miners in the mine even though the risks were by-products of the labour relations situation. Would it be argued that if the inspectors had actually known that there was a bomb in the mine, they could have done nothing because the placement of the bomb resulted from a labour relations dispute and constituted a crime? I would hope not. But that is the logical extension of the position adopted by

à causer un danger, prohibe l'accès aux lieux par des personnes non autorisées, exige que les dépôts soient fermés à clé et interdit d'emporter des engins détonants hors d'une mine : *Règlement*, art. 4, 15, par. 125(10) et art. 138. La participation à une bataille, la perpétration d'un vol ou la possession d'explosifs sans autorisation peuvent être de nature criminelle. Ces comportements peuvent également découler de relations du travail hostiles. Mais tous sont susceptibles de compromettre la sécurité de la mine. Il serait factice de classer ces comportements dans l'une ou l'autre catégorie. De plus, les obligations imposées par la *LSM* et le *Règlement* ont pour objet de protéger les travailleurs des actes et omissions des tiers. Des situations dangereuses peuvent être imputables au comportement de compagnons de travail, de gestionnaires ou de tiers. Ce sont les conséquences du comportement sur la sécurité en milieu de travail qui constituent la pierre d'assise de la législation et le sujet de préoccupation des inspecteurs des mines.

[54] Je ne suis pas du tout convaincu que les inspecteurs n'avaient pas le pouvoir légal d'agir dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce. Ils croyaient nettement, et pour des motifs solides, que la mine était dangereuse. Comme ils le disent dans un rapport rédigé plus de trois mois avant l'explosion fatale [TRADUCTION] « la sécurité déficiente à la mine compromet la santé et la sécurité au travail des employés » (d.a., vol. 12, onglet 154, p. 79). Le régime législatif vise la sécurité dans les mines; il existe pour protéger les mineurs contre les actes de tiers et il était clairement établi, preuve à l'appui, que les conditions de travail des mineurs étaient dangereuses. Je conviens avec le gouvernement que la *LSM* ne confère pas aux inspecteurs le pouvoir de donner des ordres simplement pour contrer la violence pendant une grève. Je suis toutefois d'avis qu'elle leur conférerait bel et bien le pouvoir de donner des ordres afin d'éliminer les risques réels et sérieux auxquels les mineurs étaient exposés dans la mine, même si ces risques découlaient de la situation en matière de relations du travail. Soutiendrait-on que, s'ils avaient effectivement su qu'il y avait une bombe dans la mine, les inspecteurs n'auraient rien pu faire parce que la pose de la bombe était la conséquence d'un conflit de travail

the Court of Appeal and supported by the government in argument. I cannot accept this view.

[55] To sum up, the mine inspectors had a statutory duty to inspect the mine and to order the cessation of work if they considered it unsafe. In exercising this statutory power, the inspectors had been physically present in the mine on many occasions, had identified specific and serious risks to an identified group of workers and knew that the steps being taken by management and Pinkerton's to maintain safe working conditions were wholly ineffectual. In my view, the trial judge did not err in finding that there was a sufficiently close and direct relationship between the inspectors and the miners to give rise to a *prima facie* duty of care.

(iv) Policy Considerations

[56] The Court of Appeal found that the claims against Pinkerton's and the government failed for want of proximity. But it went on to say that even if a *prima facie* duty of care existed, it should be negated by several policy considerations making it unjust to hold the defendants liable. The appellants challenge this conclusion. As several of the policy considerations relating to Pinkerton's and the government overlap, it will be helpful to discuss them at the same time.

[57] The question is whether there are broad policy considerations beyond those relating to the parties that make the imposition of a duty of care unwise: *Odhavji Estate*, at para. 51. At issue is the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally: *Cooper*, at para. 37. In order to trump the existence of what would otherwise be a duty of care (foreseeability and proximity having been established), these residual policy considerations must

et constituait une infraction criminelle? J'espère que non. C'est pourtant la suite logique du raisonnement adopté par la Cour d'appel et défendu par le gouvernement dans son argumentation. Je ne peux accepter ce point de vue.

[55] En résumé, les inspecteurs des mines avaient une obligation légale d'inspecter la mine et d'ordonner la cessation de tout travail s'ils jugeaient la mine dangereuse. Pour exercer ce pouvoir, que leur confère la Loi, ils s'étaient rendus en personne à la mine à maintes occasions, ils avaient constaté l'existence de risques spécifiques et sérieux qui menaçaient un groupe précis de travailleurs et ils savaient que les mesures prises par la direction et Pinkerton's en vue de maintenir des conditions de travail sécuritaires étaient totalement inefficaces. Selon moi, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant à l'existence d'un lien suffisamment étroit et direct entre les inspecteurs et les mineurs pour donner naissance à une obligation de diligence *prima facie*.

(iv) Considérations de politique générale

[56] La Cour d'appel a conclu que les recours intentés contre Pinkerton's et le gouvernement devaient être rejetés faute de lien de proximité suffisant. Elle a toutefois ajouté que, même s'il existait une obligation de diligence *prima facie*, elle serait écartée par plusieurs considérations de politique générale en raison desquelles il serait injuste de tenir les défendeurs responsables. Les appelantes contestent cette conclusion. Comme plusieurs des considérations de politique générale touchant Pinkerton's et le gouvernement se chevauchent, il me paraît utile de les examiner en même temps.

[57] Il s'agit de déterminer s'il existe des considérations de politique générale, outre celles qui concernent les parties, en raison desquelles il ne serait pas judicieux d'imposer une obligation de diligence : *Succession Odhavji*, par. 51. L'analyse porte sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général : *Cooper*, par. 37. Des considérations de politique résiduelles ne peuvent supplanter une

be more than speculative. They must be compelling; a real potential for negative consequences of imposing the duty of care must be apparent: *Hill*, at paras. 47-48; A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8th ed. 2006), at pp. 304-6.

[58] The Court of Appeal listed five policy considerations which, in its view, made imposing a duty of care here unwise (paras. 76-90 and 127-29). However, in my respectful view, these considerations are not compelling either individually or collectively.

[59] Two of these policy considerations may be considered together. The Court of Appeal held that imposing liability here would be contrary to the general principle that “tort liability is personal, and that some exceptional reason should be shown for making one person responsible for the torts of another” (para. 78). It also decided that imposing liability in these circumstances “undermines the general principle that tort liability is fault based, in those cases [like the present one] where the immediate tortfeasor has deliberately evaded the efforts of the ancillary tortfeasor” (para. 78). These lines of reasoning, in my view, are premised on the Court of Appeal’s mischaracterization of the basis of the appellants’ claims.

[60] The Court of Appeal described the appellants’ claims as attempts to hold “one person responsible for the acts of someone else” (para. 78). This may be a convenient, short way of describing the claims. However, as I discussed earlier, it is not an accurate description of the appellants’ claims against Pinkerton’s and the government. The appellants seek to have these parties held responsible for their own negligence, not for the fault of others. Holding them liable for their own negligence does not undermine the general principles that tort liability is personal and fault-based. These first two

obligation de diligence qui existerait autrement (la prévisibilité et la proximité étant établies) si elles ne sont qu’hypothétiques. Il doit s’agir de considérations impérieuses; le risque réel de conséquences négatives de l’imposition d’une obligation de diligence doit être manifeste : *Hill*, par. 47-48; A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8^e éd. 2006), p. 304-306.

[58] La Cour d’appel a énuméré cinq considérations de politique générale en raison desquelles il n’était pas judicieux d’imposer une obligation de diligence en l’espèce (par. 76-90 et 127-129). J’estime cependant, en toute déférence, que ces considérations ne sont pas impérieuses, que ce soit individuellement ou collectivement.

[59] Deux de ces considérations de politique générale peuvent être examinées ensemble. La Cour d’appel a statué qu’une conclusion de responsabilité en l’espèce serait contraire au principe général portant que [TRADUCTION] « la responsabilité délictuelle est personnelle et que l’existence de raisons exceptionnelles doit être démontrée pour qu’une personne soit tenue responsable de la faute commise par un tiers » (par. 78). Elle a aussi conclu qu’une reconnaissance de responsabilité dans les circonstances [TRADUCTION] « bafouerait le principe général voulant que la responsabilité délictuelle repose sur la faute lorsque [comme c’est le cas ici] l’auteur direct du délit a déjoué délibérément les efforts de l’auteur secondaire du délit » (par. 78). Selon moi, ce raisonnement repose sur une qualification erronée, par la Cour d’appel, du fondement des recours des appelantes.

[60] La Cour d’appel a décrit les recours des appelantes comme des tentatives de tenir [TRADUCTION] « une personne responsable des actes d’une autre personne » (par. 78). Cet énoncé a certes l’avantage d’être simple et concis. Toutefois, comme nous l’avons vu, il ne décrit pas correctement les recours exercés par les appelantes contre Pinkerton’s et le gouvernement. Les appelantes veulent que Pinkerton’s et le gouvernement soient tenus responsables de leur propre négligence, et non d’actes fautifs commis par des tiers. Or, les tenir responsables de leur propre négligence ne bafoue en rien

policy considerations, therefore, have little to do with the claims advanced in this case.

[61] As third, fourth and fifth policy considerations, the Court of Appeal reasoned that liability should not be imposed simply on the basis that a party was aware of the risk where that party has no control over the tortfeasor or when doing so would unduly impinge on individual autonomy. “It is unfair”, wrote the Court of Appeal, “to hold one person responsible for the acts of someone else that they [*sic*] do not control” (para. 78). Moreover, it would be “contrary to the general principle that a person has no duty to intervene just because he or she is aware that the plaintiff is exposed to a risk” (para. 78). I do not think these considerations negate the *prima facie* duty of care.

[62] Control and autonomy were discussed in the proximity analysis in *Childs*. Control is concerned with whether the defendant was either materially implicated in the creation of the risk or had control over a risk to which others have been invited: *Childs*, at para. 38. Autonomy is concerned with a person’s right to engage in risky activities and to choose not to intervene to prevent others from doing so or to save them from the consequences.

[63] Consider first the issue of control. It is true that Pinkerton’s and the government did not have control over Mr. Warren. The absence of direct control over Mr. Warren is of course a relevant consideration, but it must be placed in the context of Pinkerton’s contractual and the government’s statutory obligations. They had a significant measure of control of the risk that his activities would kill miners. Given their statutory and contractual obligations, I think it is misleading to speak of an absence of control over Mr. Warren.

les principes généraux voulant que la responsabilité délictuelle soit personnelle et qu’elle repose sur l’existence d’une faute. Les deux premières considérations de politique générale ne sont donc guère utiles en l’espèce.

[61] Pour ce qui est des trois autres considérations de politique générale, la Cour d’appel explique qu’on ne saurait tenir une partie responsable du seul fait qu’elle était au courant du risque, alors qu’elle n’exerce aucun contrôle sur l’auteur de la faute, ou lorsque cela porterait indûment atteinte à l’autonomie individuelle. [TRADUCTION] « Il est injuste » écrit la Cour d’appel « de tenir une personne responsable des actes d’une autre personne qu’elle ne contrôle pas » (par. 78). De plus, cela serait « contraire au principe général selon lequel une personne n’est pas tenue d’intervenir simplement parce qu’elle est au courant que le demandeur court un risque » (par. 78). Je ne pense pas que ces considérations supplantent l’obligation de diligence *prima facie*.

[62] Les notions de contrôle et d’autonomie ont été examinées dans le cadre de l’appréciation de la proximité dans *Childs*. La question du contrôle tient à la participation réelle du défendeur à la création du risque ou à l’exercice par celui-ci d’un contrôle sur un risque que d’autres personnes ont été invitées à courir : *Childs*, par. 38. Quant à l’autonomie, elle concerne le droit d’une personne de se livrer à des activités risquées et de choisir de ne pas intervenir pour empêcher d’autres personnes de se livrer à de telles activités ou pour leur en éviter les conséquences.

[63] Abordons d’abord la question du contrôle. Il est vrai que Pinkerton’s et le gouvernement n’exerçaient aucun contrôle sur M. Warren. L’absence de contrôle direct sur lui est de toute évidence une considération pertinente, mais elle doit être envisagée dans le contexte des obligations contractuelles de Pinkerton’s et des obligations légales du gouvernement. Ils exerçaient un contrôle appréciable sur le risque que des mineurs décèdent par suite des actes de M. Warren. Vu leurs obligations légales et contractuelles, je pense qu’il est faux de conclure à l’absence de contrôle sur M. Warren.

[64] Next, consider the concern about individual autonomy. The Chief Justice explained this concern in *Childs*: “The law does not impose a duty to eliminate risk. It accepts that competent people have the right to engage in risky activities. Conversely, it permits third parties witnessing risk to decide not to become rescuers or otherwise intervene” (para. 39). This concern about autonomy, which is a core value of the common law, does not have much to do with the situation of the miners, Pinkerton’s or the government in this case.

[65] Imposing a duty of care on Pinkerton’s and the government does not seem to me to have much to do with the miners’ autonomy. The miners were aware that they faced risk and decided to accept it. However, they made that choice in light of the assurances given to them and with the reasonable expectation that Pinkerton’s and the government would make reasonable efforts to guard against that risk.

[66] Pinkerton’s surrendered much of its autonomy by its contractual undertaking with the employer to become involved. Pinkerton’s was hired by the employer to guard the miners. As for the government, it had a statutory responsibility for mine safety; its autonomy (if that is a useful concept in the case of the government) gave way to its statutory duties. Pinkerton’s and the government were not mere bystanders who happened upon a dangerous situation and decided not to get involved. Given their contractual and statutory obligations, it does not unduly interfere with their autonomy to impose a duty on them to take reasonable care for the miners’ safety.

[67] I do not share the view of the Court of Appeal that the policy of protecting autonomy is a compelling policy reason to negate a duty of care on the part of Pinkerton’s and the government in this case.

[64] Examinons maintenant la question de l’autonomie individuelle. La Juge en chef traite de cette préoccupation dans *Childs* : « Le droit n’impose pas une obligation d’écarter le risque. Il reconnaît aux personnes capables le droit de se livrer à des activités risquées. Réciproquement, il permet aux tiers qui sont témoins d’une activité risquée de décider de ne pas secourir une personne en danger ou de ne pas intervenir » (par. 39). Il s’agit là d’une valeur fondamentale de la common law, qui n’a toutefois guère à voir avec la situation des mineurs, de Pinkerton’s ou du gouvernement en l’espèce.

[65] L’imposition d’une obligation de diligence à Pinkerton’s et au gouvernement a selon moi peu à voir avec l’autonomie des mineurs. Ceux-ci savaient qu’ils couraient un risque et ils ont décidé de l’accepter. Toutefois, ils ont fait ce choix en tenant compte des assurances qu’ils avaient reçues et en s’attendant raisonnablement à ce que Pinkerton’s et le gouvernement prennent des mesures raisonnables pour les protéger de ce risque.

[66] Pinkerton’s a renoncé dans une large mesure à son autonomie en s’engageant contractuellement envers l’employeur à s’impliquer. L’employeur a retenu les services de Pinkerton’s pour protéger les mineurs. Le gouvernement avait, quant à lui, une obligation légale d’assurer la sécurité dans la mine; son autonomie (dans la mesure où ce concept s’applique au gouvernement) a cédé la place à ses obligations légales. Pinkerton’s et le gouvernement n’étaient pas de simples observateurs qui auraient été témoins d’une situation dangereuse et qui auraient décidé de ne pas intervenir. Compte tenu de leurs obligations contractuelles et légales, leur imposer l’obligation de faire preuve d’une diligence raisonnable pour assurer la sécurité des mineurs n’empiète pas indûment sur leur autonomie.

[67] Je ne partage pas l’opinion de la Cour d’appel que le principe de la protection de l’autonomie est une considération de politique impérieuse qui justifie en l’espèce que Pinkerton’s et le gouvernement soient déchargés d’une obligation de diligence.

[68] The Court of Appeal discussed additional policy considerations relating only to the government. These focussed on the spectre of indeterminate liability and the potential for conflicting duties. As the Court of Appeal put it, holding a mine inspector responsible for the criminal acts of others “would expose him to indeterminate liability, for events over which he has little control” (para. 128). Moreover, imposing liability “might cause [the regulators] to over-regulate or under-regulate in an abundance of caution, which would be contrary to the public interest” and therefore conflict with the inspector’s duty to regulate in the public interest (para. 129).

[69] In my view, the Court of Appeal erred in attaching weight to these policy considerations in the circumstances of this case.

[70] The concern about indeterminate liability is not valid here. This policy consideration has often held sway in negligence claims for pure economic loss. But even in that context, it has not always carried the day to exclude a duty of care. The concern is that the proposed duty of care, if accepted, would impose “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class”, to use the often repeated words of Cardozo C.J. in *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), at p. 444. At the root of the concern is that the duty, and therefore the right to sue for its breach, is so broad that it extends indeterminately. In this sense, the policy concern about indeterminate liability is closely related to proximity; the question is whether there are sufficient special factors arising out of the relationship between the plaintiff and the defendant so that indeterminate liability is not the result of imposing the proposed duty of care: see, e.g., *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at p. 1153. What is required is a principled basis upon which to draw the line between those to whom the duty is owed and those to whom it is not: see, e.g., *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John*

[68] La Cour d’appel a examiné d’autres considérations de politique générale qui ne concernent que le gouvernement. Celles-ci touchent plus particulièrement le risque de responsabilité indéterminée et la possibilité de conflits d’obligations. Comme l’a dit la Cour d’appel, tenir l’inspecteur des mines responsable des agissements criminels d’autres personnes [TRADUCTION] « l’exposerait à une responsabilité indéterminée pour des événements sur lesquels il n’a guère de contrôle » (par. 128). De plus, conclure à la responsabilité d’une autorité réglementaire [TRADUCTION] « pourrait l’inciter à réglementer exagérément ou insuffisamment par excès de prudence, ce qui serait contraire à l’ordre public » et entrerait en conflit avec son obligation d’établir des règlements dans l’intérêt public (par. 129).

[69] À mon avis, la Cour d’appel a commis une erreur en accordant trop d’importance à ces considérations de politique générale dans les circonstances de l’espèce.

[70] La crainte d’une responsabilité indéterminée n’est pas fondée en l’espèce. Cette considération de principe a souvent fait pencher la balance dans les recours fondés sur la négligence concernant une perte purement économique. Mais, même dans ce contexte, elle n’a pas toujours permis d’écarter une obligation de diligence. On craint que l’obligation de diligence proposée, si elle est acceptée, impose une [TRADUCTION] « responsabilité pour un montant indéterminé pour une période indéterminée envers une catégorie indéterminée », pour reprendre les propos maintes fois cités du juge Cardozo dans *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), p. 444. Cette crainte vient de la possibilité que cette obligation et, partant, le droit de poursuivre pour un manquement à celle-ci, soient tellement généraux qu’ils aient une portée indéterminée. En ce sens, la considération de politique concernant la responsabilité indéterminée est étroitement liée au critère de la proximité; il s’agit de déterminer si la relation entre le demandeur et le défendeur comporte suffisamment de caractéristiques particulières pour éviter que l’imposition de l’obligation de diligence proposée emporte une responsabilité indéterminée :

Shipbuilding Ltd., [1997] 3 S.C.R. 1210, at para. 64, *per* McLachlin J. (as she then was).

[71] I do not see this as a difficulty here and, as a result, I do not think that the proposed duty of care exposes the government to indeterminate liability. What is in issue is liability for physical injury to miners caused by an explosion in a mine which, it is alleged, would have been prevented had the government taken reasonable care in discharging its statutory duties in relation to mine safety. The duty is to the finite group of miners working in the mine which the inspectors had inspected repeatedly. The potential liability is no more indeterminate than in the building inspector cases I reviewed earlier.

[72] Nor do I think that the Court of Appeal's concern about the potential for over- or under-regulation and conflicting duties is justified here. Conflicting duties have been an important consideration in dealing with proximity in claims against regulators and others carrying out statutory duties: see, e.g., *Cooper, Edwards, Syl Apps and Hill*. Serious negative policy consequences may flow where such conflict exists: *Syl Apps*, at para. 28. However, it does not follow that such consequences will follow from every imposition of a duty of care on those who carry out statutory or public duties. No such concern about conflicting duties was noted by the Court in the building inspector cases. I do not understand what duty could conflict with the inspector's duty to order the immediate cessation of work in a unsafe mine. Of course, every exercise of discretion calls for weighing and balancing different considerations that do not all point in the same direction. But there is a difference between

voir, p. ex., *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1153. Il faut un fondement rationnel à la ligne de démarcation entre ceux qui bénéficient de l'obligation de diligence et les autres : voir, p. ex., *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, par. 64, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef).

[71] Selon moi, cela ne pose pas problème en l'espèce et, par conséquent, je ne pense pas que l'obligation de diligence proposée expose le gouvernement à une responsabilité indéterminée. Il s'agit de déterminer s'il est responsable du préjudice corporel causé à des mineurs par suite d'une explosion dans une mine qui, allègue-t-on, aurait été évitée si le gouvernement avait fait preuve d'une diligence raisonnable dans l'exécution de ses obligations légales concernant la sécurité dans les mines. Il s'agit d'une obligation envers le groupe limité des mineurs travaillant dans la mine que les inspecteurs avaient inspectée à maintes occasions. La responsabilité éventuelle n'est pas plus indéterminée que celle des inspecteurs des bâtiments dans les affaires que j'ai déjà mentionnées.

[72] Je ne crois pas non plus que les craintes de la Cour d'appel concernant la possibilité d'une réglementation exagérée ou insuffisante et le risque de conflit d'obligations soient justifiées. Le conflit d'obligations a joué un rôle important dans l'analyse du lien de proximité dans le contexte des recours contre des autorités réglementaires et d'autres personnes ou organismes ayant des obligations légales : voir, p. ex., *Cooper, Edwards, Syl Apps et Hill*. Un conflit d'obligations peut avoir de graves conséquences négatives sur le plan de l'intérêt public : *Syl Apps*, par. 28. Toutefois, cela ne signifie pas que l'imposition d'une obligation de diligence à ceux qui ont des obligations légales ou des devoirs publics aura automatiquement de telles conséquences. D'ailleurs, la Cour n'a exprimé aucune préoccupation au sujet d'éventuels conflits d'obligations dans les affaires concernant les inspecteurs des bâtiments. Je ne vois pas quel devoir pourrait entrer en conflit avec celui de l'inspecteur

the need to exercise judgment and the existence of conflicting duties. I see no conflict here.

[73] The argument that conflicting duties should preclude a finding of proximity was considered in detail and rejected by a majority of the Court in *Hill*. The majority emphasized that a conflict or potential conflict of duties does not in itself negate a *prima facie* duty of care; rather the conflict must be between the duty proposed and an overarching public duty and it must pose a real potential for negative policy consequences. That is not the case here. The Court of Appeal asserted that imposing a duty to carry out their public duties with reasonable care “might cause [the regulators] to over-regulate or under-regulate in an abundance of caution”. This, in my view, is speculative and falls far short of showing that there is a “real potential” for negative policy consequences arising from conflicting duties. Moreover, any tension between the broader public interest with the immediate demands of safety may be taken into account in formulating the appropriate standard of care.

[74] The Court of Appeal also discussed, but expressly did not rely on, a further policy consideration. It is rooted in the fact that there were threats and intimidation directed at forcing the closure of the mine during the strike. The issue is whether the law of negligence should in effect require defendants to give into these threats. This policy consideration relates most directly to the mine owner who insisted on operating during the strike and whose liability is not before us on this appeal. As neither Pinkerton’s nor the government rely on this policy concern, I do not need to address it.

d’ordonner la cessation immédiate de tout travail dans une mine jugée dangereuse. Bien sûr, l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire requiert toujours l’analyse comparative des différents facteurs qui ne tendent pas tous à la même conclusion. Mais il y a une différence entre la nécessité d’exercer son jugement et l’existence d’obligations conflictuelles. Il n’y a aucun conflit en l’espèce.

[73] L’argument selon lequel l’existence d’obligations conflictuelles devrait faire obstacle à la reconnaissance d’un lien de proximité a été examiné en détail et rejeté par les juges majoritaires de notre Cour dans *Hill*. Ceux-ci ont souligné qu’un conflit d’obligations, réel ou possible, n’écarte pas en soi l’obligation de diligence *prima facie*; le conflit doit plutôt opposer l’obligation proposée à celle existant à l’égard des intérêts supérieurs du public et présenter un risque réel de conséquences négatives sur le plan des politiques. Ce n’est pas le cas dans le présent pourvoi. La Cour d’appel a affirmé qu’imposer une obligation de diligence à une autorité réglementaire dans l’accomplissement de ses devoirs publics [TRADUCTION] « pourrait l’inciter à réglementer exagérément ou insuffisamment par excès de prudence ». Cette conclusion relève selon moi de l’hypothèse et est très loin de démontrer que des obligations conflictuelles comportent un « risque réel » de conséquences négatives sur le plan des politiques. De plus, tout conflit entre l’intérêt général du public et les exigences pressantes de la sécurité peut être pris en compte dans la formulation de la norme de diligence appropriée.

[74] La Cour d’appel a aussi examiné, sans l’utiliser pour étayer son jugement, une autre considération de politique générale liée aux menaces et aux actes d’intimidation employés pour forcer la fermeture de la mine pendant la grève. La question est de savoir si le droit en matière de négligence devrait effectivement obliger les défendeurs à céder devant ces menaces. Cette considération de politique concerne plus directement la propriétaire de la mine qui a tenu à continuer de l’exploiter durant la grève et dont la responsabilité n’est pas en cause ici. Comme ni Pinkerton’s ni le gouvernement n’invoquent cette considération de politique, il n’est pas nécessaire que je me prononce à son égard.

[75] To conclude, I do not find any of the residual policy considerations relied on by the Court of Appeal, alone or in combination, sufficiently compelling to oust the *prima facie* duty of care on the part of Pinkerton's and the government in this case.

(2) Standard of Care

[76] In my view, the trial judge erred in his analysis of whether Pinkerton's and the government failed to meet the standard of care necessary to discharge their duties to the murdered miners. My reasons for reaching that conclusion follow.

(a) *Pinkerton's*

[77] The trial judge found that Pinkerton's breached its standard of care in two ways. First, it failed to complete a security survey and plan, in contradiction of its own policy. Second, it failed to properly guard the entrances, thereby permitting striking workers access to the mine. The Court of Appeal disagreed with these conclusions and held that, if Pinkerton's had a duty of care, it met the required standard. The Court reasoned that Pinkerton's had devoted all of its resources to securing the site from striker incursions and could not be held liable for Royal Oak's decision to reduce the number of guards. As well, the Court of Appeal held that Pinkerton's had no duty to withdraw its services in light of insufficient resources (paras. 115-16).

[78] The appellants submit that the trial judge's findings are entitled to deference. They say that it was so easy for Mr. Warren to enter the underground through Akaitcho that it is patent that Pinkerton's took no steps to prevent its use. Pinkerton's responds that it was Royal Oak's job to block the entrances and that Royal Oak neither provided a

[75] Pour conclure, je suis d'avis qu'aucune des considérations de politique résiduelles sur lesquelles s'est appuyée la Cour d'appel n'est suffisamment impérieuse, isolément ou avec d'autres, pour que soit écartée l'obligation de diligence *prima facie* de Pinkerton's et du gouvernement dans la présente affaire.

(2) La norme de diligence

[76] Selon moi, le juge du procès a commis une erreur dans son analyse de la question de savoir si Pinkerton's et le gouvernement se sont conformés ou non à la norme de diligence applicable à leurs obligations envers les mineurs tués dans l'explosion. Voici les motifs qui m'ont amené à cette conclusion.

a) *Pinkerton's*

[77] Le juge du procès a conclu que Pinkerton's a manqué de deux façons à la norme de diligence à laquelle elle était tenue. Premièrement, elle n'a pas effectué une évaluation et établi un plan de sécurité comme l'exigeait sa propre politique. Deuxièmement, elle n'a pas surveillé adéquatement les entrées, de sorte que les travailleurs en grève ont eu accès à la mine. La Cour d'appel a rejeté ces conclusions et elle a statué que, dans la mesure où une obligation de diligence lui incombait, Pinkerton's s'était conformée à la norme applicable. Selon elle, Pinkerton's avait utilisé toutes les ressources dont elle disposait pour empêcher l'incursion des grévistes sur le site et elle ne pouvait être tenue responsable de la décision de Royal Oak de réduire le nombre de gardiens. En outre, la Cour d'appel a statué que Pinkerton's n'avait pas l'obligation de cesser de fournir ses services parce qu'elle ne disposait pas de ressources suffisantes (par. 115-116).

[78] Les appelantes soutiennent que les conclusions du juge du procès commandent la déférence. Ils disent que le fait qu'il ait été aussi facile pour M. Warren d'entrer dans la mine par le point d'entrée d'Akaitcho oblige à conclure que Pinkerton's n'avait pris aucune mesure en vue d'empêcher l'utilisation de cet accès. Pinkerton's répond qu'il

list of the entrances nor requested Pinkerton's to handle this. Pinkerton's further says that it continually, but unsuccessfully urged Royal Oak not to reduce the number of guards. As to the security survey and plan, Pinkerton's submits that this task had been undertaken by Royal Oak and the preceding security firm before the strike and that, in any event, it prepared a detailed security survey which Royal Oak ignored.

[79] I respectfully agree with the Court of Appeal that the trial judge made an error of law and palpable and overriding errors of fact which require that his conclusion about Pinkerton's breach of its standard of care be set aside.

[80] With respect to the law, my view is that the trial judge erred by failing to articulate the standard of care to which Pinkerton's was to be held. Although the trial judge acknowledged that Pinkerton's was not an insurer of the mine's safety (para. 752), he nonetheless found that it had failed to ensure that the entrances were properly guarded to avoid incursions (para. 764). This statement is problematic in two respects. To the extent that the trial judge required Pinkerton's to ensure there was no clandestine access to the mine, he imposed an absolute duty, not a duty of reasonable care. Moreover, the trial judge does not indicate what "properly" guarding the entrances required Pinkerton's to do. Lacking in the trial judge's reasons is any articulation of what constituted reasonable care on Pinkerton's part given the limitation of resources imposed by its contract with the mine owner and Mr. Warren's determination to commit an intentional, criminal act. The difficulty with this aspect of the trial judge's reasons is attributable perhaps to his having based liability on Pinkerton's status as an occupier of the land. The trial judge's analysis in that respect, I should add, was found to have been incorrect by the Court of Appeal and there is no appeal from that finding.

appartenait à Royal Oak de bloquer les entrées et que cette dernière ne lui en a pas fourni la liste ni demandé d'assumer cette responsabilité. Elle ajoute qu'elle a constamment, mais sans succès, exhorté Royal Oak de ne pas réduire le nombre de gardiens. Enfin, elle allègue que Royal Oak et l'agence de sécurité précédente s'étaient occupées de l'évaluation et du plan de sécurité avant le début de la grève et que, de toute façon, elle avait préparé une évaluation de sécurité détaillée que Royal Oak avait ignorée.

[79] Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge du procès a commis une erreur de droit ainsi que des erreurs de fait manifestes et dominantes en raison desquelles sa conclusion que Pinkerton's a manqué à la norme de diligence à laquelle elle était tenue doit être annulée.

[80] Sur le plan du droit, je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur en ne précisant pas la norme de diligence à laquelle Pinkerton's était tenue. Après avoir reconnu que Pinkerton's n'était pas un assureur garantissant la sécurité de la mine (par. 752), le juge du procès a néanmoins conclu qu'elle n'avait pas réussi à faire en sorte que les entrées soient surveillées adéquatement pour éviter les incursions (par. 764). Cette affirmation pose deux problèmes. Dans la mesure où le juge du procès estimait que Pinkerton's était tenue de faire en sorte que personne ne pénètre clandestinement sur le site de la mine, il lui a imposé une obligation absolue et non une obligation de diligence raisonnable. De plus, il n'indique pas ce que Pinkerton's devait faire pour surveiller « adéquatement » les entrées. Les motifs du juge du procès ne précisent aucunement ce qui aurait constitué de la diligence raisonnable de la part de Pinkerton's, compte tenu des limites aux ressources stipulées dans son contrat avec la propriétaire de la mine et de la détermination de M. Warren à commettre un crime intentionnel. Cette lacune dans les motifs du juge du procès découle peut-être du fait qu'il fonde la responsabilité de Pinkerton's sur sa qualité d'occupant du bien-fonds. J'ajouterais que la Cour d'appel a conclu que l'analyse du juge du procès à cet égard était incorrecte et que cette conclusion n'est pas contestée dans le pourvoi.

[81] Turning to the facts, the trial judge's reasons contain contradictory findings highly relevant to his conclusion about Pinkerton's breach of its standard of care. These diametrically opposed findings of fact on a critical issue in my view constitute clear and determinative errors. I will refer to two examples. The trial judge found, that "[t]here were no limitations to [Pinkerton's] mandate by Royal Oak" (para. 243). I cannot reconcile that conclusion with the trial judge's extensive findings about the ongoing pressure by Royal Oak on Pinkerton's to reduce the costs of security by cutting back the number of Pinkerton's personnel on the site (para. 253). The trial judge also found that Pinkerton's had been advised of all means of access to the underground, including the Akaitcho shaft by which Mr. Warren gained access (para. 248). This finding, however, is at odds with the trial judge's later findings that Royal Oak "omitted to cause Pinkerton's to be duly familiar with the mine site's portals of entrances and exits" and that Pinkerton's "did not fully familiarize itself with knowledge of said portals" (para. 710). In my respectful view, these factual contradictions, highly relevant to whether Pinkerton's standard of care was met, require appellate intervention.

[82] In light of the trial judge's legal and factual errors, the Court of Appeal was justified in reversing the trial judge's findings about Pinkerton's breach of its standard of care.

(b) *The Government*

[83] The trial judge found that the government's conduct fell below its standard of care. As he put it, those responsible for regulating mine safety "dithered when [they] should have reacted" (para. 828). In the trial judge's view, officials were incompetent when, knowing about the unsafe conditions, they failed to use their statutory powers (paras. 821-39). The trial judge was dismissive of the Government's

[81] Sur le plan des faits, les motifs du juge du procès comportent des conclusions contradictoires étroitement liées à son opinion que Pinkerton's a manqué à la norme de diligence à laquelle elle était tenue. Ces conclusions de fait diamétralement opposées sur une question qui me paraît fondamentale constituent des erreurs manifestes et dominantes. En voici deux exemples. Le juge du procès a affirmé que [TRADUCTION] « [l]e mandat que Royal Oak a confié à [Pinkerton's] ne comportait pas de restrictions » (par. 243). Je ne peux concilier ce constat avec ses conclusions détaillées sur les pressions répétées que Royal Oak a exercées sur Pinkerton's afin d'abaisser les coûts liés à la sécurité en réduisant le nombre d'agents de Pinkerton's sur le site de la mine (par. 253). Le juge du procès a également conclu que Pinkerton's avait été informée de toutes les voies par lesquelles on pouvait descendre dans la mine, y compris le puits de mine Akaitcho que M. Warren a utilisé (par. 248). Or, cette conclusion n'est pas compatible avec les conclusions subséquentes du juge du procès selon lesquelles Royal Oak [TRADUCTION] « n'a pas veillé à faire en sorte que Pinkerton's connaisse bien les endroits donnant accès à la mine et permettant d'en sortir » et Pinkerton's « ne s'est pas suffisamment familiarisée avec les points d'accès en question » (par. 710). À mon humble avis, ces contradictions sur les faits, étroitement liées à la question de savoir si Pinkerton's a satisfait à la norme de diligence à laquelle elle était tenue, justifient une intervention en appel.

[82] Les erreurs de droit et de fait commises par le juge du procès justifiaient que la Cour d'appel infirme ses conclusions sur le manquement de Pinkerton's à la norme de diligence à laquelle elle était tenue.

b) *Le gouvernement*

[83] Le juge du procès a conclu que la conduite du gouvernement ne respectait pas la norme de diligence applicable. Pour reprendre ses propos, les responsables de la réglementation en matière de sécurité dans les mines [TRADUCTION] « ont tergiversé alors qu'il[s] aurai[ent] dû réagir » (par. 828). Selon le juge du procès, les représentants de l'État ont fait preuve d'incompétence lorsque, sachant que la

claims that it lacked the statutory power to intervene in what was essentially a situation involving labour relations and criminal law. He was similarly dismissive of the consideration that the inspectors had relied on legal advice to this effect. This, to the trial judge was “of no consequence, and certainly . . . no answer” (para. 834).

[84] The Court of Appeal, however, found that the trial judge had erred by failing to take into account that the government had obtained and acted on legal advice when it decided not to intervene by closing the mine. That reliance met the government’s standard of care. For the Court of Appeal, it was critical that the mining inspectors had sought legal advice about the scope of their powers, had been advised that their jurisdiction did not permit them to close the mine for reasons derived from labour relations issues and criminal activity, and that they relied on that advice in deciding not to close the mine (para. 126).

[85] I respectfully agree with the Court of Appeal on this point. Before explaining why, I should briefly review the trial judge’s factual findings concerning this legal advice.

[86] In late May 1992, Mr. Gould (whom the trial judge referred to as the acting chief mine inspector), Mr. McRae (director of the Mine Safety Division) and the fire marshal, Kit Bell, wrote a detailed memorandum outlining their serious concerns about the safety of the mine. Mr. Gould then wrote to the Minister, seeking his support for an order closing the mine. As Mr. Gould put it in his letter of May 28, 1992 to the Minister: “The mine site is clearly accessible by non-employees, virtually at will. Disruptions of power to the mine imperil the ventilation, hoist operation, and emergency communications to workers in and about the mine. The number of incidents of fire at the mine site indicates a lack of security, and the endangering of employees from fire or the products of those

situation était dangereuse, ils n’ont pas exercé les pouvoirs que la loi leur confère (par. 821-839). Le juge du procès a rejeté la prétention du gouvernement voulant qu’il n’ait pas le pouvoir d’intervenir dans une situation relevant essentiellement du domaine des relations du travail et du droit criminel. De même, il n’a pas jugé pertinent le fait que les inspecteurs se soient appuyés sur un avis juridique en ce sens. Selon le juge du procès, cela n’avait [TRADUCTION] « aucune importance et ne constitu[ait] certainement pas une justification » (par. 834).

[84] La Cour d’appel a quant à elle conclu que le juge du procès avait commis une erreur en ne tenant pas compte du fait que le gouvernement avait obtenu un avis juridique et que sa décision de ne pas fermer la mine reposait sur cet avis. En agissant de la sorte, le gouvernement a respecté la norme de diligence à laquelle il était tenu. La Cour d’appel a jugé déterminant le fait que les inspecteurs des mines aient sollicité un avis juridique concernant l’étendue de leurs pouvoirs, aient reçu un avis selon lequel ils n’avaient pas compétence pour fermer la mine pour des motifs résultant des relations du travail et d’activités criminelles et aient décidé de ne pas fermer la mine sur la foi de cet avis (par. 126).

[85] Je partage l’opinion de la Cour d’appel sur ce point. Avant d’expliquer pourquoi, j’examinerai brièvement les conclusions de fait du juge du procès concernant cet avis juridique.

[86] À la fin du mois de mai 1992, M. Gould (que le juge du procès désigne comme l’inspecteur en chef intérimaire des mines), M. McRae (le directeur de la division de la sécurité dans les mines) et M. Kit Bell, le chef du service des incendies, ont écrit une note de service détaillée faisant état des graves inquiétudes qu’ils avaient quant à la sécurité de la mine. M. Gould a ensuite écrit au ministre pour lui demander d’appuyer la fermeture de la mine. Dans sa lettre au ministre datée du 28 mai 1992, M. Gould explique : [TRADUCTION] « Les personnes qui ne travaillent pas à la mine peuvent de toute évidence avoir accès au site comme bon leur semble. Les interruptions de courant menacent la ventilation, le fonctionnement du treuil et la communication de messages urgents aux travailleurs à

fires, especially when the fires involve highly toxic materials” (A.R., vol. 12, Tab 154, at p. 81; trial judge’s reasons at paras. 90-91).

[87] Mr. Gould had never before sought the support of the Minister to issue any order. In this case, however, Mr. Gould questioned his jurisdiction, believing the situation to be inherently criminal. The trial judge noted that the Mine Safety Division had consistently taken the position that security issues were in the exclusive jurisdiction of the police and were not matters of occupational health and safety (para. 256). The Minister, however, felt unable to provide direction. The order in question, if made, would be appealable to the Minister and he wished to avoid the conflict of interest that would result from him giving direction in relation to the order and then deciding an appeal from it.

[88] With no direction available from the Minister, Mr. Gould sought and received legal advice about the scope of his powers. At para. 91, the trial judge states that Mr. Gould received legal advice from the acting Deputy Minister. At para. 825, however, the trial judge states that the Deputy Minister passed Mr. Gould over to departmental counsel who in turn gave the advice. Whatever the details, there is no dispute in this Court about two critical facts: Mr. Gould sought and received legal advice and the bottom line of that advice was that he did not have authority to make the order he proposed and that if he made the order, it could be promptly and successfully appealed (paras. 91 and 825).

[89] The trial judge thought that this advice was wrong. I agree with him about that for the reasons set out earlier in the duty of care analysis. But in the context of allegations of negligence against those responsible for regulating mine safety, the fact that this advice was received and acted on cannot be

l’intérieur et aux alentours de la mine. Les nombreux incendies survenus à la mine révèlent que la sécurité est déficiente et que les travailleurs courent des risques associés à ces incendies ou à ce qui s’en dégage, plus particulièrement lors de la combustion de matières très toxiques » (d.a., vol. 12, onglet 154, p. 81; motifs du juge du procès, par. 90-91).

[87] M. Gould n’avait jamais sollicité auparavant l’appui du ministre pour donner un ordre. Toutefois, en l’espèce, M. Gould n’était pas certain d’avoir compétence, parce qu’il s’agissait selon lui d’une situation intrinsèquement criminelle. Le juge du procès note que la division de la sécurité dans les mines avait toujours soutenu que les questions de sécurité (*security*) relevaient de la compétence exclusive de la police et qu’il ne s’agissait pas de problèmes de santé et sécurité (*safety*) au travail (par. 256). Par ailleurs, le ministre estimait qu’il ne pouvait pas donner de directives à cet égard. Les ordres de cette nature étant susceptibles d’appel devant lui, il voulait éviter de se placer en situation de conflit d’intérêts en donnant des directives concernant l’ordre, le cas échéant, pour ensuite trancher l’appel le concernant.

[88] N’ayant pas réussi à obtenir des directives du ministre, M. Gould a sollicité et reçu un avis juridique concernant l’étendue de ses pouvoirs. Au paragraphe 91, le juge du procès relève que M. Gould a reçu un avis juridique du sous-ministre par intérim. Au paragraphe 825, le juge du procès mentionne toutefois que le sous-ministre a adressé M. Gould à l’avocat du ministère, qui lui a fourni un avis. Peu importe les détails, deux faits cruciaux sont admis devant notre Cour : M. Gould a sollicité et reçu un avis juridique lui indiquant essentiellement qu’il n’avait pas le pouvoir de donner l’ordre qu’il se proposait de donner et que cet ordre, s’il le donnait, risquait d’être rapidement porté en appel et annulé (par. 91 et 825).

[89] Selon le juge du procès, cet avis était erroné. Je suis d’accord avec lui sur ce point pour les motifs exposés plus tôt dans le cadre de mon analyse de l’obligation de diligence. Mais dans le contexte d’allégations de négligence contre une autorité réglementaire en matière de sécurité dans les mines, le

dismissed, as the trial judge did, as being of “no consequence” (para. 834). This advice goes precisely to the issue of whether the government took reasonable care in deciding not to close the mine. It will rarely be negligent for officials to refrain from taking discretionary actions that they have been advised by counsel, whose competence and good faith in giving the advice they have no reason to doubt, are beyond their statutory authority: see, e.g., *Dunlop v. Woollahra Municipal Council*, [1981] 1 All E.R. 1202 (P.C.), at p. 1209; *Stafford v. British Columbia*, [1996] B.C.J. No. 1010 (QL) (S.C.), at paras. 78-81. In the context of this case, the opposite view leads to alarming results, as the trial judge’s holding here demonstrates. The effect of the trial judge’s holding is that officials may be found to have acted negligently by refraining from taking action that they believed in good faith and on the basis of reputable, professional legal advice, to be unlawful. In other words, the law of negligence would require the inspectors to take action which they believed abused their powers. This cannot be the law. There is no argument advanced on behalf of the appellants that it was unreasonable for officials to rely on the advice received or that they did not seek or rely on it in good faith.

[90] In my respectful view, the trial judge erred in law by rejecting the relevance and legal effect of good faith reliance on legal advice received by officials about the scope of their statutory powers. I agree with the government that, in the circumstances here, this is a complete answer to the negligence claims made against it and its officials.

(3) Summary of Conclusions on Duty and Standard of Care

[91] In my view, the trial judge did not err in finding that both Pinkerton’s and the government owed

fait d’avoir reçu un avis et agi sur la foi de cet avis ne peut être écarté au motif qu’il n’a « aucune importance » comme le juge du procès l’a fait (par. 834). Cet avis touche directement la question de savoir si le gouvernement a fait preuve d’une diligence raisonnable en décidant de ne pas fermer la mine. On conclura rarement à la négligence des représentants de l’État pour s’être abstenus de prendre des mesures discrétionnaires qui outrepassent leurs pouvoirs légaux suivant l’avis de conseillers juridiques dont ils n’ont aucune raison de douter de la compétence et de la bonne foi : voir, p. ex., *Dunlop c. Woollahra Municipal Council*, [1981] 1 All E.R. 1202 (C.P.), p. 1209; *Stafford c. British Columbia*, [1996] B.C.J. No. 1010 (QL) (C.S.), par. 78-81. Dans le contexte du présent pourvoi, la position contraire donne des résultats alarmants, comme en témoigne la conclusion du juge du procès. Celle-ci permettrait en effet de conclure à la négligence des représentants de l’État qui s’abstiennent de prendre des mesures qu’ils croient en toute bonne foi illégales en se fondant sur l’avis professionnel d’un conseiller juridique digne de confiance. Autrement dit, le droit de la négligence exigerait que les inspecteurs prennent des mesures qui, à leur connaissance, outrepassent leur compétence. Tel ne peut être l’état du droit. Les appelantes ne font valoir aucun argument visant à démontrer qu’il était déraisonnable que les représentants de l’État agissent sur la foi de l’avis reçu, ou qu’ils ne l’ont pas sollicité ou suivi de bonne foi.

[90] Soit dit en toute déférence, le juge du procès a commis une erreur de droit en refusant d’attribuer de l’importance et un effet juridique au fait que les représentants de l’État se sont fondés de bonne foi sur un avis juridique concernant l’étendue des pouvoirs que leur confère la loi. Je retiens la prétention du gouvernement qu’il s’agit en l’occurrence d’une défense complète aux poursuites fondées sur la négligence intentées contre l’État et ses représentants.

(3) Résumé des conclusions sur l’obligation et la norme de diligence

[91] Selon moi, le juge du procès n’a pas commis d’erreur en concluant que Pinkerton’s et le

the murdered miners a duty of care. However, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in finding that they failed to meet the requisite standard of care. It follows that, like the Court of Appeal, I would dismiss the claims against these parties.

B. Pinkerton's and the Government: Causation

[92] The Court of Appeal found that the trial judge had made two errors in his analysis of causation: he applied the wrong legal test for causation and he wrongly considered the conduct of the co-defendants collectively rather than individually (paras. 181-87 and 202-3). However, the Court of Appeal did not address the consequences that ought to flow from the trial judge's errors concerning causation. It was not necessary for it to do so given its conclusion that neither Pinkerton's nor the government owed the miners a duty of care.

[93] I agree with the Court of Appeal that the trial judge applied the wrong legal test for causation. When he wrote his reasons in 2004, the trial judge did not have the advantage of this Court's judgment in *Resurfice Corp. v. Hanke*, 2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333. That decision clarified the law of causation, holding that absent special circumstances, the plaintiff must establish on the balance of probabilities that the injury would not have occurred but for the negligence of the defendant: *Hanke*, at paras. 21-22; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at para. 14.

[94] In my view, the trial judge did not apply this "but for" test. The appellants' contention that he did cannot be sustained by a careful reading of his reasons as a whole. Failing to apply it is a reversible error.

[95] The appellants submit in the alternative that this case falls into the class of exceptional

gouvernement avaient une obligation de diligence envers les mineurs tués dans l'explosion. Toutefois, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'ils n'ont pas respecté la norme de diligence applicable. Par conséquent, comme la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter les recours contre ces parties.

B. Pinkerton's et le gouvernement : le lien de causalité

[92] La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis deux erreurs dans son analyse du lien de causalité : il a appliqué le mauvais critère juridique concernant la causalité et il a considéré à tort le comportement des codéfendeurs collectivement plutôt qu'individuellement (par. 181-187 et 202-203). Cependant, la Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur les conséquences des erreurs commises par le juge du procès concernant le lien de causalité. Il n'était pas nécessaire qu'elle le fasse, vu sa conclusion que Pinkerton's et le gouvernement n'avaient aucune obligation de diligence envers les mineurs.

[93] À l'instar de la Cour d'appel, j'estime que le juge du procès a appliqué le mauvais critère juridique concernant la causalité. Lorsqu'il a rédigé ses motifs en 2004, il n'avait pas pu prendre connaissance de l'arrêt rendu par notre Cour dans *Resurfice Corp. c. Hanke*, 2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333. Cet arrêt a précisé les règles de droit applicables en matière de causalité, en spécifiant que le demandeur doit, en l'absence de circonstances particulières, établir selon la prépondérance des probabilités qu'il n'aurait pas subi de préjudice n'eût été le comportement du défendeur : *Hanke*, par. 21-22; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 14.

[94] Selon moi, le juge du procès n'a pas appliqué ce critère, dit du « facteur déterminant ». La prétention contraire des appelantes ne résiste pas à une lecture attentive de l'ensemble de ses motifs. Le défaut d'appliquer ce critère constitue une erreur donnant lieu à révision.

[95] Subsidiairement, les appelantes soutiennent que l'affaire dont nous sommes saisis entre

situations discussed in *Hanke* in which the test for causation should be relaxed to the “material contribution” standard. I cannot accept this submission. As *Hanke* made clear, the sorts of special situations for which the material contribution test is reserved generally have two characteristics. First, it is impossible for the plaintiff to prove that the defendant’s negligence caused the injury under the “but for” test, and second, it is clear that the defendant breached a duty of care owed to the plaintiff and thereby exposed the plaintiff to an unreasonable risk of injury of the type which the plaintiff ultimately suffered: *Hanke*, at para. 25. This case has neither of these characteristics. It was not impossible to prove causation to the “but for” standard. The appellants’ submissions in effect demonstrate this: their primary position is that they did so and the trial judge found that they had. Moreover, there was no clear breach of a duty: for the reasons I have given, I would hold that neither Pinkerton’s nor the government breached its duty of care towards the murdered workers. It follows that the “but for” standard should have been, but was not applied by the trial judge.

[96] In view of my conclusion that neither Pinkerton’s nor the government breached their duty of care to the murdered miners, I will not address what consequences ought to flow from the trial judge’s legal error with respect to causation.

C. *Claims Against the Unions*

(1) Introduction

[97] When the labour dispute at the mine began in May of 1992 and at the time of the fatal blast the following September, the workers were represented by CASAW Local 4, one of six locals

dans la catégorie des cas exceptionnels dans lesquels, selon l’arrêt *Hanke*, il convient d’appliquer à la question de la causalité le critère moins exigeant de la « contribution appréciable ». Cet argument ne tient pas. Comme l’indique clairement l’arrêt *Hanke*, les circonstances particulières commandant l’application du critère de la contribution appréciable comportent généralement deux caractéristiques. Premièrement, il est impossible pour le demandeur de prouver selon le critère du « facteur déterminant » que son préjudice résulte de la négligence du défendeur et, deuxièmement, il est clair que le défendeur a manqué à une obligation de diligence envers le demandeur, l’exposant ainsi à un risque déraisonnable de préjudice semblable à celui que le demandeur a finalement subi : *Hanke*, par. 25. L’affaire dont la Cour est saisie aujourd’hui ne présente ni l’une ni l’autre de ces caractéristiques. D’abord, il n’était pas impossible de prouver le lien de causalité en appliquant le critère du « facteur déterminant ». L’argumentation des appelantes en témoigne : leur argument principal est qu’ils l’ont effectivement prouvé selon ce critère et que le juge du procès l’a reconnu. De plus, il n’est pas clair qu’il y a eu manquement à une obligation : pour les motifs que j’ai exposés, j’arrive en effet à la conclusion que ni Pinkerton’s ni le gouvernement n’ont manqué à leur obligation de diligence envers les travailleurs tués dans l’explosion. Le juge du procès aurait donc dû appliquer le critère du « facteur déterminant », mais il ne l’a pas fait.

[96] Étant donné que je conclus que ni Pinkerton’s ni le gouvernement n’ont manqué à leur obligation de diligence envers les mineurs tués, je ne me prononcerai pas sur les conséquences de l’erreur de droit que le juge du procès a commise concernant le lien de causalité.

C. *Les recours contre les syndicats*

(1) Introduction

[97] Lorsque le conflit de travail à la mine a débuté, en mai 1992, et au moment de l’explosion fatale au mois de septembre suivant, les travailleurs étaient représentés par la section locale n° 4 de la

affiliated with the Canadian Association of Smelter and Allied Workers (“CASAW National”). In July of 1994, nearly two years after the explosion, CASAW National amalgamated with the National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (“CAW National”). As noted by the Court of Appeal, CAW National (as successor to CASAW National) is the only union entity sued in the *Fullowka* action (para. 9). (The *Fullowka* plaintiffs also had sought to sue CAW Local 2304, the CAW local which succeeded CASAW Local 4. The claim against it was dismissed as barred by a limitation period: *Fullowka v. Slezak*, 2002 NWTSC 23 (CanLII).) In the *O’Neil* action, both national unions and both locals were named as defendants. However, as the trial judge observed, only CAW National defended.

[98] The trial judge found CAW National directly liable for the acts of Messrs. Shearing and Seeton who had been members of the CASAW Local 4’s executive, and vicariously liable for the acts of CASAW Local 4’s members, particularly those of Messrs. Warren and Bettger (para. 919). He treated the national and local unions as one legal entity so that each was responsible for the torts of the others. He found that CAW National’s then President, Mr. Hargrove (who was sued in the *O’Neil* action) owed no duty of care to Mr. O’Neil.

[99] The Court of Appeal set aside the trial judge’s findings of liability against CAW National and the appellants appeal that decision. They submit that: (1) the trial judge was correct to find that CASAW National and CASAW Local 4 were a single legal entity; (2) CAW National was vicariously liable for the acts of Messrs. Warren and Bettger; (3) CAW National was directly liable in negligence; and

CASAW, l’une des six sections locales affiliées à l’Association canadienne des travailleurs de fonderie et ouvriers assimilés (« CASAW nationale »). En juillet 1994, près de deux ans après l’explosion, la CASAW nationale a fusionné avec le Syndicat national de l’automobile, de l’aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (le « syndicat national des TCA »). Comme l’a signalé la Cour d’appel, le syndicat national des TCA (en tant que successeur de la CASAW nationale) est le seul syndicat visé par l’action intentée dans l’affaire *Fullowka* (par. 9). (Les demandeurs dans cette action ont également cherché à poursuivre la section locale n° 2304 des TCA, la section locale ayant succédé à la section locale n° 4 de la CASAW. Le recours contre cette dernière a été rejeté pour cause de prescription : *Fullowka c. Slezak*, 2002 NWTSC 23 (CanLII).) Dans l’affaire *O’Neil*, les deux syndicats nationaux et les deux sections locales étaient désignés comme défendeurs. Toutefois, comme le juge du procès l’a fait remarquer, seul le syndicat national des TCA a présenté une défense.

[98] Le juge du procès a statué que le syndicat national des TCA était directement responsable des actes de MM. Shearing et Seeton qui ont été membres du bureau de la section locale n° 4 de la CASAW, et qu’il était responsable du fait d’autrui pour les actes des membres de la section locale n° 4 de la CASAW, plus particulièrement ceux de MM. Warren et Bettger (par. 919). Il a considéré le syndicat national et la section locale comme une seule entité juridique, de sorte que chacun était responsable des délits commis par l’autre. Il a statué que M. Hargrove, alors président du syndicat national des TCA (et défendeur dans l’affaire *O’Neil*), n’avait pas d’obligation de diligence envers M. O’Neil.

[99] La Cour d’appel a annulé les conclusions de responsabilité tirées par le juge du procès contre le syndicat national des TCA et les appelantes contestent cette décision. Ils font valoir les arguments suivants : (1) le juge du procès a eu raison de conclure que la CASAW nationale et la section locale n° 4 de la CASAW constituaient une seule entité; (2) le syndicat national des TCA était responsable du fait

(4) CAW National was jointly liable for the torts of Messrs. Warren and Bettger.

[100] I cannot accept these submissions and would affirm the conclusions of the Court of Appeal.

[101] Before turning to analyse the appellants' submissions, it will be helpful to set out some further details about the claims and how they were addressed at trial and in the Court of Appeal.

(a) *The Trial Judge's Findings*

[102] The trial judge made findings of liability against Mr. Seeton, who had been a shop steward, Vice-President and then President of CASAW Local 4; Mr. Shearing who was a member of the CASAW Local 4 executive; and Messrs. Warren and Bettger who were members of CASAW Local 4. The trial judge also found that CAW National was directly liable for the acts of Messrs. Shearing and Seeton as members of CASAW Local 4's executive and vicariously liable for the acts of CASAW Local 4's members, particularly Messrs. Warren and Bettger. Only the findings in relation to CAW National and Mr. Bettger are in issue before us.

[103] The trial judge found CAW National liable on three bases.

[104] First, he held that CASAW National and CASAW Local 4 were one entity and therefore that their conduct should be considered cumulatively. As the successor by merger to CASAW National, CAW National assumed responsibility for all the actions of both its predecessor national and local unions. It was on this basis that the trial judge concluded that

d'autrui pour les actes commis par MM. Warren et Bettger; (3) le syndicat national des TCA était directement responsable pour cause de négligence; et (4) le syndicat national des TCA était conjointement responsable des délits commis par MM. Warren et Bettger.

[100] Je ne puis retenir ces prétentions et je suis d'avis de confirmer les conclusions de la Cour d'appel.

[101] Avant d'analyser les prétentions des appelantes, il me semble utile de préciser certains aspects des recours et de la façon dont ils ont été traités en première instance et par la Cour d'appel.

a) *Les conclusions du juge du procès*

[102] Le juge du procès a conclu à la responsabilité de M. Seeton, qui avait successivement occupé les fonctions de délégué syndical, de vice-président et de président de la section locale n° 4 de la CASAW, de M. Shearing, qui a fait partie du bureau de la section locale n° 4 de la CASAW, et de MM. Warren et Bettger, qui étaient membres de la section locale n° 4 de la CASAW. Le juge a également statué que le syndicat national des TCA était directement responsable des actes commis par MM. Shearing et Seeton à titre de membres du bureau de la section locale n° 4 de la CASAW et qu'il était responsable du fait d'autrui pour les actes commis par les membres de la section locale n° 4 de la CASAW, et plus particulièrement pour les actes de MM. Warren et Bettger. Seules les conclusions concernant le syndicat national des TCA et M. Bettger sont en cause dans le pourvoi.

[103] Le juge du procès a conclu à la responsabilité du syndicat national des TCA pour trois motifs.

[104] Premièrement, il a conclu que la CASAW nationale et la section locale n° 4 de la CASAW constituaient une seule entité, de sorte que leurs actes devaient être considérés cumulativement. Ayant remplacé la CASAW nationale par suite de la fusion, le syndicat national des TCA est devenu responsable de tous les actes du syndicat national et

CAW National was directly liable for the conduct of the CASAW Local 4's officers, Messrs. Shearing and Seeton.

[105] Second, the trial judge found that, quite apart from the CAW National having assumed CASAW National's obligations by virtue of the merger, CAW National owed an independent duty of care to the murdered miners. He found that the requirements of foreseeability and proximity were met with respect to CAW National and no policy reason negated a *prima facie* duty of care (paras. 878-79). The trial judge also found that CAW National effectively controlled the conduct of the strike, encouraged and failed to prevent violence and provided financial support (para. 879).

[106] CAW National's control of the strike was exercised, in the trial judge's view, mainly through Harold David who was seconded from CAW National to CASAW Local 4 for a period of time during the strike. The trial judge found: that CAW National "assumed responsibility for . . . strike co-ordination and labour negotiation" for CASAW Local 4 through Mr. David in July of 1992 (para. 851); from the moment of Mr. David's arrival, CASAW Local 4 and its members were "completely enslaved" by him and through him, by CAW National (para. 883); CASAW National was "beneficially absorbed" by CAW National during the strike (para. 851); and that CAW National assumed management and *de facto* control of CASAW Local 4 during the strike (para. 875).

[107] He concluded that the union leadership, including the leadership of CAW National, CASAW

des sections locales auxquels il a succédé. C'est sur cette base que le juge du procès a conclu que le syndicat national des TCA était directement responsable de la conduite de MM. Shearing et Seeton, membres du bureau de la section locale n° 4 de la CASAW.

[105] Deuxièmement, le juge du procès a conclu que, sans égard à la prise en charge par le syndicat national des TCA des obligations de la CASAW nationale par suite de la fusion, le syndicat national des TCA avait une obligation de diligence distincte envers les mineurs tués dans l'explosion. Il a conclu que les exigences en matière de prévisibilité et de proximité étaient remplies en ce qui concerne le syndicat national des TCA et qu'aucune considération de politique ne permettait d'écarter une obligation de diligence *prima facie* (par. 878-879). Le juge du procès a également conclu que le syndicat national des TCA avait effectivement exercé un contrôle sur le déroulement de la grève, encouragé et omis de prévenir le recours à la violence, et fourni un soutien financier (par. 879).

[106] Selon le juge du procès, c'est principalement par l'entremise de Harold David — détaché par le syndicat national des TCA auprès de la section locale n° 4 de la CASAW pour un certain temps pendant la grève — que le syndicat national des TCA a exercé un contrôle sur la grève. Le juge du procès a tiré les conclusions suivantes : le syndicat national des TCA [TRADUCTION] « a pris en charge [. . .] la coordination de la grève et les négociations collectives » pour la section locale n° 4 de la CASAW par l'entremise de M. David en juillet 1992 (par. 851); à compter de l'arrivée de M. David, la section locale n° 4 de la CASAW et ses membres ont été [TRADUCTION] « entièrement sous son emprise » et, par son intermédiaire, sous l'emprise du syndicat national des TCA (par. 883); le syndicat national des TCA a [TRADUCTION] « véritablement absorbé » la CASAW nationale pendant la grève (par. 851); et le syndicat national des TCA a géré et contrôlé *de facto* la section locale n° 4 de la CASAW pendant la grève (par. 875).

[107] Il a conclu que les dirigeants du syndicat, y compris les dirigeants du syndicat national des

Local 4 and CASAW National, “fell well below the standard of reasonableness in the circumstances, and thus caused or contributed to the deaths of the nine miners” (para. 905). He found that CAW National (and CASAW Local 4) breached their duty of care by encouraging and condoning illegal acts by union members, by failing to discipline the aberrant behaviour of union members and in the case of CAW National by failing to withdraw its financial support and expertise in the face of continuing violence (paras. 887-88). As the trial judge put it, “CAW National did nothing to stop the illegal activity; that, in turn, made CAW National [directly] liable for the conduct of CASAW Local 4 and its members” (para. 892; see also para. 905).

[108] Third, the trial judge found that CAW National was vicariously liable for the acts of the members of CASAW Local 4, primarily on the basis that it not only failed to exercise its effective control of the members but also encouraged their unlawful acts. In the trial judge’s view, Messrs. Schram and Seeton, successive presidents of CASAW Local 4 “not only encouraged violence to line crossers and their families, they promoted it through addresses to members, strike bulletins and any medium they could locate. Then they trumped it by causing strikers who committed criminal acts to have counsel and fines paid for by the union” (para. 887).

(b) *Court of Appeal’s Findings*

[109] The Court of Appeal set aside the trial judge’s findings on liability, holding that:

- CASAW National and CASAW Local 4 were separate legal entities and therefore that CAW

TCA, de la section locale n° 4 de la CASAW et de la CASAW nationale [TRADUCTION] « étaient loin d’avoir satisfait à la norme de la raisonabilité dans les circonstances et qu’ils ont ainsi causé la mort des neuf mineurs ou contribué à celle-ci » (par. 905). Il a statué que le syndicat national des TCA (et la section locale n° 4 de la CASAW) avaient manqué à leur obligation de diligence en encourageant et en tolérant la perpétration d’actes illégaux par des membres du syndicat, en ne prenant pas de mesures disciplinaires contre le comportement aberrant de certains syndiqués et, pour ce qui est du syndicat national des TCA, en continuant d’offrir son soutien financier et son expertise malgré les actes de violence incessants (par. 887-888). Comme l’a dit le juge du procès [TRADUCTION] « le syndicat national des TCA n’a rien fait pour mettre un terme aux activités illégales, ce qui l’a rendu [directement] responsable de la conduite de la section locale n° 4 de la CASAW et de ses membres » (par. 892; voir aussi le par. 905).

[108] Troisièmement, le juge du procès a conclu que le syndicat national des TCA était responsable du fait d’autrui pour les actes des membres de la section locale n° 4 de la CASAW, principalement pour avoir non seulement omis d’exercer un contrôle effectif sur ses membres, mais aussi encouragé la perpétration d’actes illégaux. Selon le juge du procès, MM. Schram et Seeton, deux présidents successifs de la section locale n° 4 de la CASAW [TRADUCTION] « ont non seulement encouragé la violence envers les briseurs de grève et leurs familles, mais en ont fait la promotion dans leurs discours aux membres, les bulletins de grève et les autres moyens de communication qu’ils pouvaient trouver. Ils ont ensuite renchéri en veillant à ce que le syndicat paie les honoraires d’avocats et les amendes des grévistes qui avaient commis des infractions criminelles » (par. 887).

b) *Les conclusions de la Cour d’appel*

[109] La Cour d’appel a infirmé les conclusions de responsabilité du juge du procès et décidé ce qui suit :

- La CASAW nationale et la section locale n° 4 de la CASAW étaient des entités juridiques

National had not on merger acquired the debts and obligations of CASAW Local 4 (para. 143);

- The union entities were not liable to Mr. O'Neil because they owed no duty of care to him (para. 101). CASAW Local 4 and Local 2304 were not defendants in the *Fullowka* action and were not liable to the *Fullowka* appellants (para. 167);
- Although it may be that CASAW National and its successor CAW National owed a duty of care to the miners, that duty did not extend to preventing the intentional torts of persons beyond the control of the unions (paras. 168-69 and paras. 91-100); and
- Mr. David during the strike was seconded to and acted as a representative of CASAW Local 4 so that CAW National was not vicariously liable for his conduct (para. 169).

[110] As the Court of Appeal summed up its conclusions: "The neighbour relationship does not create liability for failing to prevent the torts of persons beyond one's control. It does not make the National Unions vicariously liable for everything its members do. Absent a finding of incitement or other tortious conduct by a representative of the National Unions within the scope of his employment, or a decision to conduct business in a tortious way, liability does not arise. The findings of liability against CAW National cannot be supported" (para. 175).

(c) *The Appellants' Position*

[111] The appellants make three main points in relation to CAW National's liability. First, they

distinctes et, par conséquent, le syndicat national des TCA n'avait pas acquis les dettes et obligations de la section locale n° 4 de la CASAW par suite de la fusion (par. 143).

- Les entités syndicales n'étaient pas responsables envers M. O'Neil car elles n'avaient aucune obligation de diligence envers lui (par. 101). La section locale n° 4 de la CASAW et la section locale n° 2304 des TCA n'étaient pas désignées comme parties défenderesses dans l'affaire *Fullowka* et ne pouvaient être tenues responsables envers les appelantes dans l'affaire *Fullowka* (par. 167).
- Bien qu'il soit possible que la CASAW nationale et son successeur, le syndicat national des TCA, aient eu une obligation de diligence envers les mineurs, celle-ci ne comportait pas l'obligation d'empêcher les délits intentionnels des personnes qui échappaient au contrôle des syndicats (par. 168-169 et par. 91-100).
- Pendant la grève, M. David était détaché auprès de la section locale n° 4 de la CASAW et agissait à titre de représentant de cette section, de sorte que le syndicat national des TCA ne pouvait être tenu responsable du fait d'autrui pour sa conduite (par. 169).

[110] Pour reprendre le résumé que la Cour d'appel fait de ses conclusions : [TRADUCTION] « Le principe du prochain ne rend pas une personne responsable de ne pas avoir empêché la perpétration d'un délit par une autre personne qui échappe à son contrôle. Il ne rend pas un syndicat national responsable de tout ce que font ses membres. La responsabilité d'un syndicat national ne saurait découler que d'une incitation ou d'un autre comportement délictueux de la part de l'un de ses représentants dans l'exercice de ses fonctions ou de la décision d'agir de façon délictueuse dans la poursuite de ses activités. Rien ne peut étayer une conclusion de responsabilité à l'égard du syndicat national des TCA » (par. 175).

c) *La position des appelantes*

[111] Les appelantes font valoir trois principaux arguments en ce qui concerne la responsabilité

contend that CAW National joined with Mr. Warren in concerted wrongful action. Second, the appellants submit that CAW National is vicariously liable for the torts committed by Messrs. Warren and Bettger. Finally, they submit that CASAW Local 4 was not a separate legal entity from CASAW National and therefore CAW National, on amalgamation, became responsible for the misconduct of CASAW Local 4.

[112] I cannot accept these submissions. I will address them in reverse order.

(2) Were CASAW Local 4 and CASAW National Separate Legal Entities?

[113] The question of whether CASAW Local 4 and CASAW National were separate legal entities is an important one for two reasons. If, contrary to the trial judge's view, they are separate legal entities, it follows that when CAW National stepped into the shoes of CASAW National on merger, CAW National did not thereby assume the obligations and liabilities of CASAW Local 4. Moreover, the trial judge's findings of liability considered the conduct of all union participants cumulatively. If he erred in doing so, his conclusions would be seriously undermined.

[114] The trial judge found that a national union and its local make a "two-tiered structure of one entity" (para. 862) and therefore CASAW Local 4 was not a separate legal entity from CASAW National (para. 867). Nearly every aspect of his analysis of the negligence claimed against the unions was affected by that conclusion. Throughout the standard of care analysis in relation to the claims against the union, the trial judge treated the conduct of both CASAW Local 4 and CAW National cumulatively (para. 881) and held it liable for the

du syndicat national des TCA. Ils soutiennent d'abord que le syndicat national des TCA a participé avec M. Warren à une action fautive concertée. Ensuite, ils avancent qu'il est responsable du fait d'autrui pour les délits commis par MM. Warren et Bettger. Enfin, ils soutiennent que la section locale n° 4 de la CASAW n'était pas une entité juridique distincte de la CASAW nationale et, par conséquent, que le syndicat national des TCA est devenu responsable des actes fautifs de la section locale n° 4 de la CASAW par suite de la fusion.

[112] Je ne puis retenir ces arguments, que j'examinerai tour à tour en commençant par le dernier.

(2) La section locale n° 4 de la CASAW et la CASAW nationale étaient-elles des entités juridiques distinctes?

[113] La question de savoir si la section locale n° 4 de la CASAW et la CASAW nationale constituaient des entités juridiques distinctes est importante pour deux raisons. S'il s'agit effectivement d'entités distinctes, contrairement à ce qu'a décidé le juge du procès, il s'ensuit que le syndicat national des TCA n'a pas pris en charge les obligations et responsabilités de la section locale n° 4 de la CASAW lorsqu'il a succédé à la CASAW nationale par suite de la fusion. De plus, pour conclure à la responsabilité, le juge du procès a considéré cumulativement les actes des syndicats en cause. S'il a ainsi commis une erreur, ses conclusions s'en trouvent sérieusement ébranlées.

[114] Le juge du procès a conclu qu'un syndicat national et sa section locale constituent [TRADUCTION] « deux paliers d'un même organisme » (par. 862) et que la section locale n° 4 de la CASAW n'était donc pas une entité juridique distincte de la CASAW nationale (par. 867). Cette conclusion a eu des incidences sur presque tous les aspects de son analyse de la négligence reprochée aux syndicats. Tout au long de son analyse de la norme de diligence au regard des allégations formulées contre le syndicat, le juge du procès a

torts of the others (paras. 197, 875, 883, 888, 891, 900, 917 and 919).

[115] The Court of Appeal found that the local and the national unions were separate legal entities. Assuming CASAW Local 4 could be found liable, its liability did not extend to CASAW National or to its successor, CAW National. As the court put it, “CAW National (the only named defendant in the Fullowka action) is not liable for the debts and obligations of Local 4” (para. 143; see also paras. 134-42).

[116] The appellants challenge this conclusion.

[117] However, in my view, the union constitution and the merger agreement between CASAW National and CAW National, as well as the jurisprudence, support the view of the Court of Appeal that CASAW National and CASAW Local 4 were separate legal entities and that on merger, CAW National did not succeed to CASAW Local 4's tort liabilities.

[118] There is no dispute that in the circumstances of this case CAW National is a legal entity capable of being sued in tort. As Iacobucci J. wrote for the Court in *Berry v. Pulley*, 2002 SCC 40, [2002] 2 S.C.R. 493, at para. 3, “unions have come to be recognized as entities which possess a legal personality with respect to their labour relations role”. The question to be answered is the narrower one of whether CASAW Local 4 was a separate legal entity from CASAW National, so that on merger, CAW National did not assume CASAW Local 4's liabilities.

considéré cumulativement la conduite de la section locale n° 4 de la CASAW et du syndicat national des TCA (par. 881), et il a tenu le syndicat responsable des délits commis par d'autres (par. 197, 875, 883, 888, 891, 900, 917 et 919).

[115] La Cour d'appel a pour sa part conclu que la section locale et le syndicat national étaient des entités juridiques distinctes. Dans l'hypothèse où la responsabilité de la section locale n° 4 de la CASAW serait engagée, elle ne pourrait s'étendre à la CASAW nationale ou à son successeur, le syndicat national des TCA. Pour reprendre les termes employés par la cour, le [TRADUCTION] « syndicat national des TCA (la seule entité désignée comme défenderesse dans l'affaire Fullowka) n'est pas responsable des dettes et obligations de la section locale n° 4 » (par. 143; voir aussi les par. 134-142).

[116] Les appelantes contestent cette conclusion.

[117] Toutefois, à mon avis, les statuts du syndicat et l'accord de fusion entre la CASAW nationale et le syndicat national des TCA, ainsi que la jurisprudence étayent l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle la CASAW nationale et la section locale n° 4 de la CASAW étaient des entités juridiques distinctes et la responsabilité délictuelle de la section locale n° 4 de la CASAW n'a pas été transmise au syndicat national des TCA lors de la fusion.

[118] Il est indéniable que, dans les circonstances en cause ici, le syndicat national des TCA est une entité juridique susceptible de faire l'objet de poursuites en responsabilité délictuelle. Comme l'a dit le juge Iacobucci dans *Berry c. Pulley*, 2002 CSC 40, [2002] 2 R.C.S. 493, au par. 3, « les syndicats en sont venus à être reconnus comme des entités possédant la personnalité juridique lorsqu'ils assument leur rôle dans le domaine des relations du travail ». Il s'agit donc de répondre à la question plus précise de savoir si la section locale n° 4 de la CASAW était une entité juridique distincte de la CASAW nationale, de sorte que, lors de la fusion, le syndicat national des TCA n'a pas pris en charge les obligations de la section locale n° 4 de la CASAW.

[119] There is no doubt that union locals may have an independent legal status and obligations separate from those of their parent national unions. Whether they do depends on the relevant statutory framework, the union's constitutional documents and the provisions of collective agreements. For example, it has been consistently held that where, as in this case, the local union is a certified bargaining agent, it and not the national union assumes the statutory and contractual duties of a bargaining agent. The reasoning of the Court in *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265, is based on the fact that the local union, certified as a bargaining agent, was a legal entity that could be sued because it had statutory powers and responsibilities in relation to collective bargaining: Locke J., at pp. 275-76. In *New Brunswick Electric Power Commission v. International Brotherhood of Electrical Workers AFL-CIO-CLC, Local 1733* (1976), 16 N.B.R. (2d) 361 (S.C., App. Div.), the union local was found in contempt of a court order. The court noted at para. 17 that "[i]t is well established that a union certified as a bargaining agent for employees is a legal entity" and that it is "persona juridica and may be punished for contempt . . . and like a corporation may be made liable for the conduct of its officials even where they act in breach of their duty to their superiors".

[120] It is clear taking this approach that CASAW Local 4 is a legal entity capable of being sued in actions relating to its labour relations role. CASAW Local 4 was the certified bargaining agent for the mine workers at the time of the strike and explosion. This is reflected in the collective agreement between it — and I would add *only* it — and Giant Yellowknife Mines Ltd. In the agreement, Giant recognized CASAW Local 4 as *exclusive* bargaining agent for all employees covered by the agreement (art. 2.01). The certification of CASAW Local 4 was pursuant to the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2 ("Code"). The Code defines a "bargaining agent" (in part) as a "trade union that has been certified by the Board as the bargaining agent

[119] Il ne fait pas de doute qu'une section locale peut avoir une personnalité juridique et des obligations distinctes de celles de son syndicat national. Tout dépend du régime législatif auquel elle est assujettie, des statuts du syndicat et des clauses des conventions collectives. À titre d'exemple, les tribunaux ont de façon constante reconnu que, dans le cas où, comme en l'espèce, une section locale est un agent négociateur accrédité, c'est elle et non le syndicat national qui assume les obligations légales et contractuelles d'un agent négociateur. Le raisonnement suivi par la Cour dans *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265, se fonde sur le fait que la section locale, accréditée comme agent négociateur, est une entité juridique pouvant être poursuivie parce que la loi lui confère des pouvoirs et lui impose des obligations en matière de négociation collective : le juge Locke, p. 275-276. Dans *New Brunswick Electric Power Commission c. International Brotherhood of Electrical Workers AFL-CIO-CLC, Local 1733* (1976), 16 N.B.R. (2d) 361 (C.S., Div. app.), le syndicat local a été déclaré coupable d'outrage au tribunal. La cour a déclaré, au par. 17, qu'il [TRADUCTION] « est bien établi qu'un syndicat accrédité comme agent négociateur des employés est une entité juridique » et qu'il est une « *persona juridica* et peut être puni pour outrage au tribunal [. . .] et que, à l'instar d'une société, il peut être tenu responsable de la conduite de ses représentants même lorsqu'ils manquent à leurs obligations envers leurs supérieurs ».

[120] Suivant cette approche, il est clair que la section locale n° 4 de la CASAW est une entité juridique pouvant faire l'objet de poursuites relativement à son rôle en matière de relations du travail. La section locale n° 4 de la CASAW était l'agent négociateur accrédité des travailleurs de la mine à l'époque de la grève et lorsque l'explosion est survenue. Cela ressort de la convention collective entre elle — et j'ajouterais *seulement* elle — et Giant Yellowknife Mines Ltd. Dans la convention, Giant reconnaît que la section locale n° 4 de la CASAW est l'agent négociateur *exclusif* de tous les employés visés (art. 2.01). La section locale n° 4 de la CASAW a été accréditée sous le régime du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2 (« Code »). Le Code

for the employees in a bargaining unit” (s. 3(1)). A “trade union” is defined to mean “any organization of employees, of any branch or local thereof, the purposes of which include the regulation of relations between employers and employees” (s. 3(1)). Thus, CASAW Local 4 was a “trade union” as defined in the Code. As the certified bargaining agent, CASAW Local 4 had “exclusive authority to bargain collectively on behalf of the employees in the bargaining unit” (s. 36(1)(a)). CASAW National was not a party to the collective agreement and had no status as a bargaining agent under the Code.

[121] As the Court of Appeal rightly pointed out, there is binding authority from this Court that local unions who are certified bargaining agents under the Code are legal entities. That was the decision of a unanimous Court in *International Longshoremen's Association, Local 273 v. Maritime Employers' Association*, [1979] 1 S.C.R. 120. The Court considered whether the local unions were legal entities capable of being sued for an injunction prohibiting participation in an allegedly illegal strike. Estey J., for the Court, noted the Code “establishes in modern form an elaborate and comprehensive pattern of labour relations in all its aspects within the federal jurisdiction. The exercise of the rights and the performance of the obligations arising under that statute can only be undertaken efficiently and conveniently by those groups acting as legal entities” (pp. 136-37 (emphasis added)). He concluded at p. 137:

The Locals are legal entities capable of being sued and of being brought before the Court to answer the claims being made herein for an injunction prohibiting the participation in the activities found to constitute an illegal strike.

[122] I conclude, therefore, that CASAW Local 4 was a legal entity capable of being sued in its own right. For the reasons which follow, I also conclude that it had a separate legal existence from CASAW National. This, in my view, is confirmed by the

prévoit qu'un « agent négociateur » est (notamment) un « [s]yndicat accrédité par le Conseil et représentant à ce titre une unité de négociation » (par. 3(1)). Un « syndicat » est une « [a]ssociation — y compris toute subdivision ou section locale de celle-ci — regroupant des employés en vue notamment de la réglementation des relations entre employeurs et employés » (par. 3(1)). La section locale n° 4 de la CASAW était donc un « syndicat » au sens du Code. À titre d'agent négociateur, la section locale n° 4 de la CASAW avait le « droit exclusif de négocier collectivement au nom des employés de l'unité de négociation représentée » (al. 36(1)a)). La CASAW nationale n'était pas partie à la convention collective et n'avait pas la qualité d'agent négociateur selon le Code.

[121] Comme la Cour d'appel l'a souligné à juste titre, des arrêts de notre Cour ayant force de précédent établissent que les sections locales qui sont accréditées comme agent négociateur sous le régime du Code sont des entités juridiques. Notre Cour a d'ailleurs statué à l'unanimité en ce sens dans *Association internationale des débardeurs, section locale 273 c. Association des employeurs maritimes*, [1979] 1 R.C.S. 120. La Cour y a examiné la question de savoir si les sections locales étaient des entités juridiques susceptibles de faire l'objet d'une injonction leur interdisant de participer à une grève illégale. Le juge Estey, s'exprimant au nom de notre Cour, a souligné que le Code « fournit un cadre moderne et global aux relations de travail dans ses aspects qui relèvent de la compétence fédérale. Seuls des groupes constituant des entités juridiques peuvent efficacement exercer les droits et remplir les obligations découlant de cette loi » (p. 136 (je souligne)). Il conclut, à la p. 137 :

Les sections locales sont des entités juridiques habiles à être poursuivies en justice et à comparaître devant la Cour pour répondre à la demande d'injonction présentée dans le but de leur interdire de participer à des activités qui ont été jugées constituer une grève illégale.

[122] Je conclus donc que la section locale n° 4 de la CASAW était une entité juridique pouvant être poursuivie en son propre nom. Pour les motifs qui suivent, je conclus également qu'elle avait une personnalité juridique distincte de la CASAW

Code, by the constitutional arrangements between the local and the national union and by the terms of the merger agreement between CASAW and CAW.

[123] As noted, under the Code and the collective agreement, CASAW Local 4 had *exclusive* bargaining rights. It therefore had legal rights and obligations distinct from those of the national union. This reality is also reflected in the CASAW National constitution and in the merger agreement between CASAW National and CAW National.

[124] The constitution deals with the establishment of local unions, and its provisions underline their separate and autonomous status. The constitution consistently differentiates between the national union and the locals and provides for a high measure of local autonomy. For example, s. 4b) provides that the funds and assets of any local belong to the local provided the constitution is complied with and s. 4f) provides that the local can make by-laws which are subject to national approval only with respect to whether they are consistent with the constitution. Section 13 provides that local union autonomy will be fostered and encouraged.

[125] The separate and autonomous character of the local and the national unions is particularly clear in the merger agreement. Article 1, is headed "Assets and Other Rights Remain with the Locals". It provides that assets and bargaining rights of the CASAW locals remain the exclusive property of the CAW locals which succeeded them. Article 2 provides that the merged locals acquire the rights and duties of the CASAW local to which it has succeeded. Article 4 provides that each merged local union will have autonomy to make decisions on local union matters. Article 16 protects the rights of the merged CASAW locals to secede from the CAW with their assets, deeds, records and financial accounts. I agree with the respondent CAW when it submits that the merger agreement treats CASAW National and CASAW locals as separate entities,

nationale. Le Code, les statuts régissant les rapports entre la section locale et le syndicat national et les modalités de l'accord de fusion entre la CASAW et les TCA confirment selon moi cette conclusion.

[123] Comme on l'a vu, selon le Code et la convention collective, la section locale n° 4 de la CASAW possédait des droits de négociation *exclusifs*. Elle avait donc des obligations et des droits distincts de ceux du syndicat national. Cette réalité ressort également des statuts de la CASAW nationale et de l'accord de fusion entre la CASAW nationale et le syndicat national des TCA.

[124] Les statuts régissent la création d'une section locale et ses clauses mettent en lumière son statut d'organisme distinct et autonome. Les statuts font partout la distinction entre le syndicat national et les sections locales et ils prévoient un haut degré d'autonomie locale. À titre d'exemple, l'al. 4b) prévoit que les fonds et les biens des sections locales leur appartiennent dans la mesure où les statuts sont respectés et l'al. 4f) prévoit que les sections locales peuvent prendre des règlements sous réserve de l'approbation du syndicat national uniquement en ce qui concerne leur conformité avec les statuts. L'article 13 prévoit que l'autonomie des sections locales doit être encouragée et favorisée.

[125] L'accord de fusion est particulièrement clair quant au statut distinct et autonome du syndicat national et des sections locales. L'article 1 est intitulé [TRADUCTION] « Les biens et autres droits des sections locales continuent de leur appartenir ». Il précise que les biens et les droits de négociation collective des sections locales de la CASAW continuent d'appartenir exclusivement aux sections locales des TCA qui leur ont succédé. L'article 2 prévoit que les sections locales issues de la fusion acquièrent les droits et obligations des sections locales de la CASAW auxquelles elles ont succédé. L'article 4 prévoit que chacune des sections locales issues de la fusion aura le pouvoir de décider des questions qui la concernent. L'article 16 protège le droit des sections locales de la CASAW visées par la fusion de se séparer des TCA en conservant leurs biens,

transferring rights and obligations from CASAW National to CAW National and from CASAW locals to new CAW locals.

[126] In my view, and contrary to the findings of the trial judge and the appellants' submissions, nothing in the constitution or in the merger agreement supports the view that the local and the national unions are simply branches of the same entity. Each has its own management structure, areas of responsibility and assets and liabilities which are treated as such consistently in both documents.

[127] The appellants submit that the Court's decision in *Berry* supports their position that the local and national union are one legal entity. I do not agree.

[128] At issue in *Berry* was whether a union member may be personally liable to other members in a breach of contract action based on the terms of the union constitution. The Court decided that it was time to move away from the notion that union members were joined together by a web of individual contracts. Instead, the relationship should be viewed as one in which a union member has a contractual relationship with the union itself. Taking this proposition as their starting point, the appellants submit that if local unions were entities distinct from their national unions, then a joining member would enter into two distinct agreements, one with the local union and one with the national union whereas in fact there is only one constitution and the member joins only once. This, it is submitted, shows that the Court in *Berry* viewed the local and national unions as one entity.

titres, registres et comptes financiers. Je suis d'accord avec le syndicat intimé des TCA qui soutient que l'accord de fusion traite la CASAW nationale et les sections locales de la CASAW comme des entités distinctes, transférant les droits et obligations de la CASAW nationale au syndicat national des TCA et ceux des sections locales de la CASAW aux nouvelles sections locales des TCA.

[126] Selon moi, et contrairement aux conclusions du juge du procès et aux arguments des appelantes, rien dans les statuts ou dans l'accord de fusion ne permet de conclure que les sections locales et le syndicat national ne sont que des subdivisions de la même entité. Chacun possède une structure de gestion, des domaines de responsabilité et des éléments d'actif et de passif qui leur sont propres et qui sont toujours traités comme tels dans les deux documents.

[127] Les appelantes font valoir que l'arrêt de notre Cour dans *Berry* vient appuyer leur position selon laquelle les sections locales et le syndicat national constituent une seule et même entité juridique. Je ne suis pas d'accord.

[128] Dans *Berry*, il s'agissait de déterminer si un syndiqué peut être tenu personnellement responsable envers d'autres syndiqués dans une action pour rupture de contrat fondée sur le texte des statuts du syndicat. La Cour a statué que le temps était venu de s'éloigner de la théorie voulant que les syndiqués soient liés entre eux par un échec de contrats individuels. Il fallait plutôt envisager les rapports des membres du syndicat sous l'angle de l'existence d'un lien contractuel entre chaque syndiqué et le syndicat. Partant de ce postulat, les appelantes soutiennent que, si les sections locales étaient des entités distinctes de leurs syndicats nationaux, il faudrait conclure deux ententes distinctes pour devenir membre du syndicat, soit l'une avec la section locale et l'autre avec le syndicat national, alors qu'ils sont tous les deux régis par les mêmes statuts et qu'une seule adhésion suffit pour en devenir membre. Cela démontre selon eux que, dans *Berry*, notre Cour a considéré que les syndicats national et local ne constituent qu'une seule et même entité.

[129] I cannot accept this reading of *Berry*. Nothing in the Court's decision suggests that a local and national union are one entity simply because an individual joins a parent union at the same time as she joins the local. Moreover, the appellants' contention that a single constitutional structure cannot create two separate legal entities is not correct. Taken to its logical conclusion, this would mean that because there is a single constitution creating a federation, the provinces cannot be separate legal entities. This, of course, is not so as the *Constitution Act, 1867* demonstrates.

[130] The appellants further submit that one of the purposes of recognizing unions as legal entities is to allow victims of group action to recover from group assets. I agree. But in this case, the constitutional provisions make it clear that the union local retains control of its own assets. It is one thing to say that victims should have access to the assets of the entity that causes the harm. It is quite another, however, to say as the appellants do, that there should be access to the assets of another entity. This view is supported by *Berry*, where Iacobucci J. for the Court, said at para. 46, "unions are legal entities at least for the purpose of discharging their function and performing their role in the field of labour relations. It follows from this that, in [suits by and against them in their own name], a union may be held liable to the extent of its own assets". I emphasize the words "its own assets". Moreover, the Court made it clear in *Berry* that the interpretation of the terms of the membership contract requires due regard to its unique character and context, including the statutory labour relations scheme which is superimposed over it (para. 49). When that analysis is undertaken in this case, the local union's autonomy and control over its assets is clear.

[129] Je ne peux souscrire à cette interprétation de l'arrêt *Berry*. Rien dans l'arrêt de la Cour n'indique qu'une section locale et un syndicat national constituent une seule entité simplement parce qu'une personne qui devient membre de la section locale adhère du même coup au syndicat national. De plus, la prétention de l'appelante selon laquelle des statuts uniques ne peuvent donner naissance à deux entités juridiques distinctes est erronée. Cette approche mènerait logiquement à la conclusion que, vu la création d'une fédération par une constitution unique, les provinces ne peuvent être des entités juridiques distinctes. Or, ce n'est évidemment pas le cas, comme en témoigne la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[130] Les appelantes font en outre valoir que l'un des buts de la reconnaissance des syndicats comme des entités juridiques est de permettre aux victimes des actes d'un groupe d'avoir accès aux éléments d'actif du groupe pour être indemnisées. Je suis d'accord. Toutefois, en l'espèce, les clauses des statuts prévoient clairement que les biens de la section locale demeurent sous son contrôle. C'est une chose que de dire que les victimes devraient avoir accès aux biens de l'entité qui leur a causé un préjudice. Mais c'est tout autre chose que de prétendre, comme le font les appelantes, qu'elles devraient avoir accès aux biens d'une autre entité. Cette distinction trouve un appui dans l'arrêt *Berry*, dans lequel le juge Iacobucci affirme au nom de la Cour, au par. 46, que « les syndicats sont des entités juridiques, du moins pour l'exécution de leurs fonctions et l'exercice de leur rôle dans le domaine des relations du travail. De ce fait, ils peuvent être tenus responsables jusqu'à concurrence de la valeur de leurs biens » lorsqu'ils estent en justice en leur propre nom. J'insiste sur les termes « leurs biens ». De plus, la Cour a clairement indiqué dans *Berry* que, pour interpréter les conditions du contrat d'adhésion au syndicat, il faut tenir compte du caractère et du contexte uniques de ce contrat et, notamment, du régime législatif en matière de relations du travail qui vient s'y superposer (par. 49). Suivant ce raisonnement, il ne fait aucun doute en l'espèce que la section locale est une entité autonome et que ses biens sont sous son contrôle.

[131] The appellants are mistaken when they submit that the local union holds its assets in trust for the union membership as a whole, and not just for the members of the local. The cases said to support this view are based on very different constitutional arrangements than we have before us in this case. The decisions in *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers, Edmonton Local* (1993), 146 A.R. 184 (Q.B.), and *Canadian Union of Public Employees v. Deveau* (1976), 19 N.S.R. (2d) 44 (S.C.T.D.), aff'd (1977), 19 N.S.R. (2d) 24 (S.C., App. Div.), turn on the interpretation of the particular unions' constitutions relating to property and asset entitlement upon the dissolution of, or secession by, a local union. Those provisions were entirely different than those in issue here. The appellants' reliance on *M'Kendrick v. National Union of Dock Labourers* (1910), 2 S.L.T. 215 (Sess. 2nd Div.), is also misplaced. It involved a different constitutional arrangement between the union and its branches such that, as the Lord Justice-Clerk said at p. 222, the union had control and could order transfer of money for union purposes from any branch to any other branch. To the same effect, Lord Salvesen said at p. 224, that if the branch had been a separate entity capable of being sued and possessing funds enabling it to meet its obligations, there would have been no question as to its own liability.

[132] Unlike the constitutional provisions in issue in these cases, CASAW National's constitution makes it clear that the locals retain their assets in the event of secession and, more generally, endorses local autonomy and provides for retention by locals of local assets (ss. 4(b) and 13).

[133] I conclude that the Court of Appeal was correct to hold that CAW National did not assume the debts and obligations of CASAW Local 4 upon the merger of CAW National and CASAW National and that CAW National is not liable for the debts and obligations of CASAW Local 4. Therefore, the liability of CAW National may only be sustained

[131] Les appelantes ont tort de prétendre que la section locale détient ses biens en fiducie pour l'ensemble des membres du syndicat et non uniquement pour les membres de la section locale. Les décisions censées appuyer cette thèse se fondent sur des statuts fort différents de ceux en cause en l'espèce. Les décisions *Letter Carriers' Union of Canada c. Canadian Union of Postal Workers, Edmonton Local* (1993), 146 A.R. 184 (B.R.), et *Canadian Union of Public Employees c. Deveau* (1976), 19 N.S.R. (2d) 44 (C.S. 1^{re} inst.), conf. par (1977), 19 N.S.R. (2d) 24 (C.S., Div. app.), concernent l'interprétation des clauses des statuts particuliers de ces syndicats portant sur la répartition des biens au moment de la dissolution ou de la séparation d'une section locale. Ces clauses ne présentent aucune similitude avec celles qui nous occupent en l'espèce. Les appelantes font aussi fausse route en invoquant l'arrêt *M'Kendrick c. National Union of Dock Labourers* (1910), 2 S.L.T. 215 (Sess. 2nd Div.). Les statuts en cause dans cette affaire établissaient des rapports différents entre le syndicat et ses subdivisions en ce que, comme l'a dit le lord juge-greffier à la p. 222, le contrôle était exercé par le syndicat, qui pouvait ordonner que des fonds soient transférés à l'une ou l'autre des sections locales à des fins syndicales. Dans le même ordre d'idées, lord Salvesen précise à la p. 224 que, si la subdivision avait été une entité juridique distincte susceptible d'être poursuivie et de posséder des fonds lui permettant de s'acquitter de ses obligations, sa responsabilité propre aurait de toute évidence été engagée.

[132] Contrairement aux statuts en cause dans ces arrêts, ceux de la CASAW nationale indiquent clairement que les sections locales conservent leurs biens advenant une séparation et, de façon plus générale, ils confirment l'autonomie des sections locales et ils prévoient que celles-ci conservent la propriété de leurs biens (al. 4b) et art. 13).

[133] Je conclus que la Cour d'appel a eu raison de statuer que le syndicat national des TCA n'a pas pris à sa charge les dettes et obligations de la section locale n° 4 de la CASAW lors de la fusion entre le syndicat national des TCA et la CASAW nationale et que le syndicat national des TCA n'est pas responsable des dettes et obligations de la section locale

on the basis of its own acts or on the principles of joint and vicarious liability.

[134] This conclusion means that the trial judge's finding that CAW National was directly liable for the acts of CASAW Local 4's executive members, Messrs. Seeton and Shearing, cannot stand. The trial judge's reasoning was that CASAW Local 4's acts (i.e. the acts of the Local's executive members Shearing and Seeton) should be considered to be acts of CASAW National. CAW National, on merger, acquired CASAW National's obligations and liabilities. However, because the trial judge erred by concluding that the acts of CASAW Local 4 were the responsibility of CASAW National, it follows that CAW National did not assume CASAW Local 4's obligations or liabilities on merger. CAW National is therefore not directly liable for the acts of CASAW Local 4's executive members Shearing and Seeton.

[135] The trial judge's error about the separate legal status of CASAW Local 4 and CASAW National also skewed his findings about CAW National's direct liability for its own acts. I agree with the Court of Appeal when it said at para. 168:

Because the trial judge concluded that the Local and the National Unions were one entity, he did not distinguish between those officers who were acting in their capacity as officers of the Locals, from those who were acting in their capacity as officers of the National Unions. Thus, generic findings of liability, such as those found in the [trial judge's] reasons are not helpful.

[136] I will have more to say about this aspect in the next two sections.

n^o 4 de la CASAW. Par conséquent la responsabilité du syndicat national des TCA ne peut être engagée qu'en raison de ses propres actes ou en vertu des principes de responsabilité conjointe ou du fait d'autrui.

[134] Cette conclusion signifie que celle du juge du procès portant que le syndicat national des TCA était directement responsable des actes des membres du bureau de la section locale n^o 4 de la CASAW, MM. Seeton et Shearing, ne peut être retenue. Le raisonnement du juge du procès consistait à dire qu'il y avait lieu d'assimiler les actes de la section locale n^o 4 de la CASAW (c.-à-d. les actes des membres du bureau de la section locale, MM. Seeton et Shearing) à des actes de la CASAW nationale. Par suite de la fusion, le syndicat national des TCA a acquis les obligations et responsabilités de la CASAW nationale. Toutefois, le juge du procès a commis une erreur en concluant que les actes de la section locale n^o 4 de la CASAW relevaient de la responsabilité de la CASAW nationale et il s'ensuit que le syndicat national des TCA n'a pas pris à sa charge les obligations ou responsabilités de la section locale n^o 4 de la CASAW au moment de la fusion. Le syndicat national des TCA n'est donc pas directement responsable des actes des membres du bureau de la section locale n^o 4 de la CASAW, MM. Seeton et Shearing.

[135] L'erreur du juge du procès concernant le statut juridique distinct de la section locale n^o 4 de la CASAW et de la CASAW nationale a aussi entaché ses conclusions portant sur la responsabilité directe du syndicat national des TCA à l'égard de ses propres actes. Je souscris aux propos suivants de la Cour d'appel (par. 168) :

[TRADUCTION] Ayant conclu que les syndicats locaux et nationaux constituaient une seule entité, le juge du procès ne fait pas de distinction entre les représentants qui ont agi pour le compte des sections locales et ceux qui ont agi pour le compte des syndicats nationaux. Les conclusions générales de responsabilité, comme celles qui figurent dans les motifs [du juge du procès] ne sont donc d'aucune utilité.

[136] Je reviendrai sur ce point dans les deux prochaines sections des présents motifs.

(3) CAW National's Vicarious Liability for Messrs. Warren's and Bettger's Torts

[137] There are two main issues to be addressed here. The first relates to the issue of control. The trial judge's finding that CAW National was vicariously liable for the acts of Messrs. Warren and Bettger as members of CASAW Local 4 turns on his conclusion that it was in control of CASAW Local 4. However, my respectful view is that this finding cannot be sustained. The second issue relates to the appellants' assertion of a broader basis on which vicarious liability may be imposed. They submit that unions are vicariously liable for the acts of their striking members. However, I cannot accept this broad contention. I will address these two points in turn.

(a) *Control*

[138] The trial judge was of the view that CASAW National and CAW National were in control of CASAW Local 4. Although he did not discuss this point in the portion of his reasons dealing with vicarious liability, this finding nonetheless seems to underpin his conclusion that the national union is vicariously liable for the Local's actions. I agree with the Court of Appeal that the trial judge's finding relating to control cannot be upheld.

[139] The trial judge's finding of control centred on the role of Mr. David. The trial judge concluded that Mr. David in effect ran the strike on behalf of CAW National. The difficulty with that conclusion, however, is that it is not consistent with the trial judge's other conclusions about Mr. David's involvement. The trial judge found, for example, that one of the terms of Mr. David being made available to CASAW Local 4 was that he should be answerable only to the local union (para. 185). The trial judge also noted that CASAW National and CASAW Local 4, in joint correspondence, accepted CAW National's offer of David's

(3) La responsabilité du fait d'autrui du syndicat national des TCA pour les délits de MM. Warren et Bettger

[137] À ce stade, il faut trancher deux questions principales. La première concerne le contrôle. La conclusion du juge du procès selon laquelle le syndicat national des TCA était responsable du fait d'autrui pour les actes de MM. Warren et Bettger en tant que membres de la section locale n° 4 de la CASAW repose sur sa conclusion que la section locale n° 4 de la CASAW était sous son contrôle. Or, je suis d'avis que cette conclusion ne peut être retenue. La deuxième concerne l'extension du fondement possible de la responsabilité du fait d'autrui prônée par les appelantes. Ils soutiennent à cet égard que les syndicats sont responsables du fait d'autrui pour les actes de leurs membres en grève. Je ne puis souscrire à cet argument fort général. J'examinerai ces deux points tour à tour.

a) *Le contrôle*

[138] Le juge du procès était d'avis que la CASAW nationale et le syndicat national des TCA exerçaient un contrôle sur la section locale n° 4 de la CASAW. Bien qu'il n'ait pas traité de cette question dans la partie de ses motifs qui porte sur la responsabilité du fait d'autrui, cette conclusion semble néanmoins l'avoir amené à conclure que le syndicat national est responsable du fait d'autrui pour les actes de la section locale. Comme la Cour d'appel, je suis d'avis que la conclusion du juge du procès concernant le contrôle ne peut être maintenue.

[139] La conclusion du juge du procès en matière de contrôle repose sur le rôle joué par M. David. Il a conclu que c'était M. David qui avait effectivement dirigé la grève pour le compte du syndicat national des TCA. Or, cette conclusion pose problème parce qu'elle n'est pas compatible avec les autres conclusions du juge du procès concernant le rôle exercé par M. David. À titre d'exemple, le juge du procès relève que l'une des conditions de l'affectation de M. David à la section locale n° 4 de la CASAW était qu'il n'avait de compte à rendre qu'à celle-ci (par. 185). Le juge du procès a également relevé que la CASAW nationale et la section

assistance but on the basis that he would act under the direction of CASAW Local 4 in conjunction with CASAW National (para. 189). As the trial judge put it, “Thus, CASAW Local 4 would retain its autonomy, yet have input from both Mr. David and CASAW National, neither of whom would have voting rights” (para. 189). As the trial judge’s reasons make clear, CASAW Local 4 was at pains to limit, if not extinguish the role of the national president, Mr. Slezak. The trial judge found that “Local 4 did not want Slezak involved” (para. 189) and that, by “early July [1992], CASAW Local 4 had autonomy and Slezak was no longer the contact person for the mediator or the company. This became the sole responsibility of CASAW Local 4 president Schram” (para. 206).

[140] My view is that the Court of Appeal was right to conclude that the trial judge’s findings about the local’s “enslavement” cannot be sustained. The trial judge’s own findings of fact make clear that Mr. David, at his own insistence and by agreement of the various union entities, was operating within the decision-making structure of CASAW Local 4 (C.A. reasons, at para. 158). I therefore agree with the Court of Appeal that the trial judge’s imposition of vicarious liability on the basis of the national unions’ control of CASAW Local 4 cannot stand.

(b) *CAW National Liability for Acts of Striking Members of CASAW Local 4*

[141] The appellants advance a broader basis for vicarious liability. They submit that the relationship between CAW National and the members of CASAW Local 4 renders CAW National vicariously liable for torts committed by members of

locale n° 4 de la CASAW avaient accepté, dans une lettre conjointe, l’aide de M. David que lui offrait le syndicat national des TCA à condition que celui-ci agisse sous la direction de la section locale n° 4 de la CASAW avec le concours de la CASAW nationale (par. 189). Comme l’a dit le juge du procès : [TRADUCTION] « Ainsi, la section locale n° 4 de la CASAW conserverait son autonomie tout en bénéficiant des conseils de M. David et de la CASAW nationale, qui n’avaient ni l’un ni l’autre droit de vote » (par. 189). Comme il ressort clairement des motifs du juge du procès, la section locale n° 4 de la CASAW s’était donné du mal pour limiter le rôle du président national, M. Slezak. Le juge a conclu que « la section locale n° 4 ne voulait pas que M. Slezak soit impliqué » (par. 189) et que, « [au] début du mois de juillet [1992], la section locale n° 4 de la CASAW était autonome et M. Slezak n’était plus la personne ressource dans les échanges avec le médiateur et la société minière. Ce rôle incombait désormais exclusivement au président de la section locale n° 4 de la CASAW, M. Schram » (par. 206).

[140] Je suis d’avis que la Cour d’appel a eu raison de statuer que les conclusions du juge du procès concernant l’« emprise » exercée sur la section locale ne tiennent pas. Les conclusions mêmes du juge du procès indiquent clairement que M. David, à sa propre demande et suivant l’accord intervenu entre les différentes entités syndicales, agissait à l’intérieur de la structure décisionnelle de la section locale n° 4 de la CASAW (motifs de la C.A., par. 158). Je suis donc d’accord avec la Cour d’appel pour dire que l’imposition par le juge du procès de la responsabilité du fait d’autrui au syndicat national en raison du contrôle qu’il exerçait sur la section locale n° 4 de la CASAW ne saurait être maintenue.

(b) *La responsabilité du syndicat national des TCA pour les actes des grévistes membres de la section locale n° 4 de la CASAW*

[141] Les appelantes font valoir un fondement plus général à la responsabilité du fait d’autrui. Ils soutiennent que le syndicat national des TCA est responsable du fait d’autrui pour les délits commis par les membres de la section locale n° 4 de la

the local in the course of a strike. CAW National was the successor under the merger to the liabilities of CASAW National. The question, therefore, is whether CASAW National is vicariously liable for the acts of members of CASAW Local 4. In my view, it is not.

[142] The question of whether vicarious liability should be imposed is approached in three steps. First, the court determines whether the issue is unambiguously determined by the precedents. If not, a further two-part analysis is used to determine if vicarious liability should be imposed in light of its broader policy rationales: *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, at para. 15; *John Doe v. Bennett*, 2004 SCC 17, [2004] 1 S.C.R. 436, at para. 20. The plaintiff must show that the relationship between the tortfeasor and the person against whom liability is sought is sufficiently close and that the wrongful act is sufficiently connected to the conduct authorized by the party against whom liability is sought: *Bennett*, at para. 20. The object of the analysis is to determine whether imposition of vicarious liability in a particular case will serve the goals of doing so: imposing liability for risks which the enterprise creates or to which it contributes, encouraging reduction of risk and providing fair and effective compensation: *Bennett*, at para. 20.

[143] The trial judge implies in his reasons that the issue of the union's vicarious liability is settled by authority, citing *Leroux v. Molgat* (1985), 67 B.C.L.R. 29 (S.C.), and *Matusiak v. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council*, [1999] B.C.J. No. 2416 (QL) (S.C.). Assuming without deciding that two trial level decisions could constitute an unambiguous determination of the question, these two cases do not do so as they are clearly distinguishable from the present one.

[144] *Leroux* was an action challenging a union election and claiming damages for wasted

CASAW pendant la grève en raison de la relation entre le syndicat national des TCA et les membres de ladite section. Le syndicat national des TCA a pris en charge les obligations de la CASAW nationale par suite de la fusion. Il s'agit donc de déterminer si la CASAW nationale est responsable du fait d'autrui à l'égard des actes des membres de la section locale n° 4 de la CASAW. Je suis d'avis qu'elle ne l'est pas.

[142] L'examen de la question de savoir s'il y a lieu de conclure à la responsabilité du fait d'autrui comporte trois étapes. Le tribunal détermine d'abord si des précédents permettent de trancher cette question sans équivoque. Dans la négative, deux étapes additionnelles servent à établir si la responsabilité du fait d'autrui est engagée compte tenu des considérations de politique générale qui la sous-tendent : *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, par. 15; *Untel c. Bennett*, 2004 CSC 17, [2004] 1 R.C.S. 436, par. 20. Le demandeur doit démontrer que la relation entre l'auteur du délit et la personne que l'on cherche à faire déclarer responsable est suffisamment étroite et que l'acte fautif est suffisamment lié à la conduite autorisée par cette partie : *Bennett*, par. 20. L'analyse a pour but de déterminer si l'imposition de la responsabilité du fait d'autrui dans une situation donnée sert les objectifs poursuivis : imposer la responsabilité à l'égard de risques qu'une entreprise crée ou auxquels elle contribue, encourager la réduction des risques et accorder une indemnisation juste et efficace : *Bennett*, par. 20.

[143] Le juge du procès laisse entendre que la question de la responsabilité du fait d'autrui du syndicat est réglée par des précédents lorsqu'il cite les décisions *Leroux c. Molgat* (1985), 67 B.C.L.R. 29 (C.S.), et *Matusiak c. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council*, [1999] B.C.J. No. 2416 (QL) (C.S.). À supposer, sans en décider, que deux décisions de première instance peuvent constituer des précédents tranchant la question sans équivoque, ces deux jugements ne règlent pas la question car ils se distinguent clairement de la présente espèce.

[144] Dans *Leroux*, il s'agissait de la contestation d'une élection syndicale et d'une demande de

campaign expenses. The court imposed vicarious liability, finding that one or more of the union's agents with control of its electoral procedures permitted or deliberately arranged for the irregularities. This was not a case in which vicarious liability was imposed for the conduct of the union's members but rather for conduct of its agents who controlled its electoral procedures.

[145] In *Matusiak*, two management employees sued a number of building trades union locals and others alleging threats to their personal safety, infliction of mental suffering, nuisance, intimidation and conspiracy to injure, which had occurred in the lead up to and during a riot to protest the presence of another union at the work site. The building trades locals (and their umbrella organisation, the Building and Construction Trades Council) admitted that they had authorized civil disobedience and admitted liability for the protest and the assaults. Their defence was that the plaintiffs had not proved that their members had engaged in the activities of which the plaintiffs complained. The admission of responsibility for the acts of the union local's members was supported by findings that the officers and agents of the unions had planned, organized and participated in the tortious conduct. Vicarious liability was not based simply on the fact that union members had participated in this conduct.

[146] In addition to these authorities, the appellants rely on *Mainland Sawmills Ltd. v. U.S.W., Local 1-3567*, 2007 BCSC 1433, 62 C.C.E.L. (3d) 66, for the proposition that unions are vicariously liable for the torts committed by their members in the course of a strike because they are closely connected with the union enterprise. This is an overly general characterization of the court's decision in that case, however. At issue was a claim against a union local for assaults and batteries committed

dommages-intérêts concernant des dépenses électorales inutiles. La cour a tenu le syndicat responsable du fait d'autrui après avoir conclu que l'un ou plusieurs de ses agents qui exerçaient un contrôle sur la procédure électorale avaient permis ou créé délibérément les irrégularités en cause. La cour a jugé que la responsabilité du fait d'autrui du syndicat devait être engagée non pas en raison de la conduite des membres du syndicat, mais plutôt en raison de la conduite de ses agents qui exerçaient un contrôle sur sa procédure électorale.

[145] Dans *Matusiak*, deux cadres ont poursuivi certaines sections locales des syndicats du bâtiment et d'autres entités pour cause de menaces à leur sécurité, d'infliction de souffrances psychiques, de nuisance, d'intimidation et de complot en vue de causer un préjudice, le tout ayant eu lieu au cours d'une émeute — et de la période l'ayant précédée — visant à contester la présence d'un autre syndicat sur les lieux de travail. Les sections locales (et leur organisme-cadre, le Building and Construction Trades Council) ont admis avoir autorisé le recours à la désobéissance civile et reconnu leur responsabilité à l'égard des manifestations et des agressions. En défense, elles ont fait valoir que les demandeurs n'avaient pas prouvé que leurs membres avaient participé aux activités dont ils se plaignaient. Des conclusions portant que les dirigeants et les agents des syndicats avaient planifié et organisé les actes délictueux et qu'ils y avaient participé venaient étayer la reconnaissance de la responsabilité pour les actes des membres de la section locale du syndicat. Ce n'est pas simplement en raison de la participation des membres du syndicat aux actes en cause que la cour a conclu à la responsabilité du fait d'autrui.

[146] Outre ces décisions, les appelantes s'appuient sur *Mainland Sawmills Ltd. c. U.S.W., Local 1-3567*, 2007 BCSC 1433, 62 C.C.E.L. (3d) 66, pour soutenir que les syndicats sont responsables du fait d'autrui pour les délits commis par leurs membres pendant une grève, parce qu'il existe un lien étroit entre les syndicats et leurs membres. Il s'agit toutefois d'une caractérisation trop générale de la décision rendue dans cette affaire. Le syndicat était poursuivi pour des agressions et voies de

on workers when members of the local entered the workplace and shut it down. The local did not deny that it was vicariously liable for trespass in the workplace. The trial judge found it was also vicariously liable for the assaults and batteries committed by union members because they were led by the local president and his acts were subsequently ratified by the officers and the local's executive: (paras. 200-201). As the trial judge put it, the local president "led the charge" (para. 200). She also held that even if the precise conduct was not expressly ratified, the wrongful acts were sufficiently related to the conduct authorized by the union to justify imposing vicarious liability (para. 213). Thus the local was held responsible for the acts of the membership which it had authorized, directed and led.

[147] I conclude that the appellants' broad proposition that a union is vicariously liable for the acts of its striking members is not settled by authority. It is therefore necessary to conduct the two-step analysis for determining vicarious liability set out in the authorities such as *Bazley; Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403; *Bennett and E.B. v. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia*, 2005 SCC 60, [2005] 3 S.C.R. 45. In my view, the appellants' proposition fails at the first of the two steps.

[148] At the first step, the question is whether a union member has a sufficiently close relationship with the union so that imposing vicarious liability will be consistent with and further the purposes of doing so.

[149] Union members do not fall into any of the traditional categories of vicarious liability. They are not, by virtue of union membership, the

fait commises contre des travailleurs par des membres de la section locale qui avaient pénétré sur le lieu de travail et en avaient forcé la fermeture. La section locale n'a pas nié qu'elle était responsable du fait d'autrui pour les intrusions sur le lieu de travail. La juge du procès a également conclu à sa responsabilité du fait d'autrui relativement aux agressions et voies de fait commises par les membres du syndicat parce qu'ils avaient agi sous la direction du président de la section locale dont les actes ont été par la suite approuvés par les dirigeants et le bureau de la section locale (par. 200-201). Comme l'a dit la juge du procès, le président de la section locale a [TRADUCTION] « mené la charge » (par. 200). Elle a aussi indiqué que, même si les comportements précis en cause n'avaient pas été expressément approuvés, il existait un lien suffisant entre les actes fautifs et les comportements autorisés par le syndicat pour justifier l'imposition de la responsabilité du fait d'autrui (par. 213). La section locale a donc été tenue responsable des actes de ses membres, qu'elle avait autorisés, dirigés ou initiés.

[147] Je conclus que la proposition fort générale des appelantes voulant que les syndicats soient responsables du fait d'autrui pour les actes de leurs membres en grève n'est pas reconnue par la jurisprudence. Il faut donc procéder à l'analyse en deux étapes visant à déterminer s'il y a lieu de conclure à la responsabilité du fait d'autrui, dont font notamment état les arrêts suivants : *Bazley; Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403; *Bennett et E.B. c. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia*, 2005 CSC 60, [2005] 3 R.C.S. 45. À mon avis, la proposition des appelantes ne résiste pas à la première des deux étapes de l'analyse.

[148] À la première étape, il faut se demander si la relation entre un syndicat et ses membres est suffisamment étroite pour que l'imposition de la responsabilité du fait d'autrui soit compatible avec les objectifs poursuivis et en favorise la réalisation.

[149] Les syndiqués n'appartiennent à aucune des catégories traditionnelles en matière de responsabilité du fait d'autrui. Leur qualité de membre du

employees, servants or agents of the union: see, for example, *Re Oil, Chemical & Atomic Workers & Polymer Corp.* (1958), 10 Lab. Arb. Cas. 31 (Ont.), at pp. 33-34. Nor is union membership closely analogous to any of these traditional categories. Unlike employers and principals, unions generally do not choose or control who their members are. The relationship between a union member and his or her union is contractual in nature, with both the union and the member agreeing to be bound by the terms of the union constitution. However, the analogy to contract has its limits given that the relationship is greatly determined by the relevant statutory regime and the general principles of labour law which have been fashioned over the years. Significantly, the members have the “unqualified” right to speak out against the agenda of their bargaining agent: *Berry*, at paras. 48 and 60. This point is dramatically illustrated in this case: union members crossed the picket line against CASAW Local 4’s wishes and we are told Mr. O’Neil, a member of the local, started a rival organization and campaigned to have CASAW Local 4 replaced while the local had a statutory duty to represent them.

[150] We must remember that the question is whether CASAW National is vicariously liable for the acts of the striking members of CASAW Local 4 and therefore it is the relationship between them that must be assessed. As discussed earlier, they are separate legal entities and the local had a large measure of autonomy under the constitution. Moreover, the trial judge found (as noted earlier) that CASAW Local 4 was at pains to eliminate, if not extinguish the role of CASAW National President Slezak (para. 189) and that by “early July [1992], CASAW Local 4 had autonomy and Slezak was no longer the contact person . . . This became the sole responsibility of CASAW Local 4 president Schram” (para. 206). These findings do not support the conclusion that the relationship between CASAW National and the striking union members Mr. Warren and Bettger was sufficiently close to

syndicat n’en fait pas des employés, préposés ou mandataires de celui-ci : voir à titre d’exemple *Re Oil, Chemical & Atomic Workers & Polymer Corp.* (1958), 10 Lab. Arb. Cas. 31 (Ont.), p. 33-34. De plus, leur situation ne ressemble guère à celle des personnes appartenant aux catégories traditionnelles. Contrairement aux employeurs et aux mandants, règle générale, les syndicats ne choisissent pas leurs membres et n’exercent aucun contrôle à cet égard. La relation entre un syndiqué et son syndicat est de nature contractuelle, les deux parties convenant d’être liées par les statuts du syndicat. Toutefois, l’analogie avec les liens contractuels a ses limites, car la relation entre le syndicat et ses membres est grandement tributaire du régime légal auquel ils sont assujettis et des principes généraux propres au droit des relations du travail établis au fil du temps. Point important, les syndiqués ont le droit « inconditionnel » de se prononcer contre les intentions de leur agent négociateur : *Berry*, par. 48 et 60. Le présent pourvoi en témoigne de façon frappante : les syndiqués ont franchi la ligne de piquetage malgré l’opposition de la section locale n° 4 de la CASAW et on nous dit que M. O’Neil, un membre de la section locale, a mis sur pied une organisation rivale et fait campagne en vue de remplacer la section locale n° 4 de la CASAW alors que celle-ci avait l’obligation légale de les représenter.

[150] Rappelons que la question à trancher est celle de savoir si la CASAW nationale est responsable du fait d’autrui pour les actes des syndiqués en grève de la section locale n° 4 de la CASAW; c’est donc la nature du lien qui les unit qu’il faut examiner. Comme nous l’avons vu, il s’agit d’entités juridiques distinctes et la section locale disposait d’une grande autonomie en vertu des statuts. De plus, le juge du procès a conclu (comme nous l’avons vu) que section locale n° 4 de la CASAW s’était donné du mal pour écarter, sinon empêcher la participation du président de la CASAW nationale, M. Slezak (par. 189), et que [TRADUCTION] « [au] début du mois de juillet [1992], la section locale n° 4 de la CASAW était autonome et M. Slezak n’était plus la personne ressource [. . .] Ce rôle incombait désormais exclusivement au président de la section locale n° 4 de la CASAW, M. Schram » (par. 206).

justify imposing vicarious liability on the national union for their unlawful acts.

(4) Joint Liability

[151] The appellants submit that there is a third basis upon which the trial judge did or could have imposed liability on CAW National. I cannot agree.

[152] Inciting another to commit a tort may make the person doing the inciting a joint tortfeasor with the person who actually commits it. However, I do not think that the trial judge imposed liability on this basis. His many references in his reasons to “incitement” by the union were in the context of his analysis of the various negligence claims (see, for example, para. 868 — negligence claim by Mr. O’Neil against Mr. Hargrove; para. 878 — analysis of duty of care of CAW National; paras. 880-81 — analysis of standard of care of CAW National; para. 917 — analysis of vicarious liability of CAW National; para. 923 — analysis of duty of care of Mr. Seeton; para. 954 — analysis of causation with respect to Mr. Bettger; para. 971 — analysis of adverse inferences). Reading the trial judge’s reasons as a whole, I do not think that he found or meant to find that the union was a joint tortfeasor with Mr. Warren because it had incited him to commit murder. Rather, as I read his reasons, the trial judge considered the “incitement” to commit illegal acts to be one aspect of the union’s negligence.

[153] The appellants further submit that CAW National’s liability could be sustained on the basis of concerted action liability because it “incited and participated in Warren’s tort and contributed to the deaths” (Factum, at para. 87). This submission,

Ces conclusions n’appuient pas celle voulant que la relation entre la CASAW nationale et les syndiqués en grève, MM. Warren et Bettger, ait été suffisamment étroite pour justifier que le syndicat national soit tenu responsable du fait d’autrui pour les actes qu’ils ont commis.

(4) La responsabilité conjointe

[151] Les appelantes soutiennent qu’il existe un troisième motif sur lequel le juge du procès s’est appuyé ou aurait pu se fonder pour conclure à la responsabilité du syndicat national des TCA. Je ne peux souscrire à ce point de vue.

[152] La personne qui en incite une autre à commettre un délit peut être tenue conjointement responsable du délit avec la personne qui le commet effectivement. Toutefois, je ne crois pas que le juge du procès ait conclu à la responsabilité sur cette base. C’est dans le cadre de l’analyse des diverses demandes fondées sur la négligence qu’il a fait mention à plusieurs reprises, dans ses motifs, du fait que le syndicat a eu recours à l’« incitation » (voir, p. ex., par. 868 — recours fondé sur la négligence exercé par M. O’Neil contre M. Hargrove; par. 878 — analyse de l’obligation de diligence du syndicat national des TCA; par. 880-881 — analyse de la norme de diligence à laquelle est assujéti le syndicat national des TCA; par. 917 — analyse de la responsabilité du fait d’autrui du syndicat national des TCA; par. 923 — analyse de l’obligation de diligence de M. Seeton; par. 954 — analyse de la causalité concernant M. Bettger; par. 971 — analyse des inférences défavorables). Après avoir lu les motifs du juge du procès globalement, je ne pense pas qu’il ait conclu ou voulu conclure que le syndicat était conjointement responsable avec M. Warren du délit parce qu’il l’avait incité à commettre un meurtre. Selon moi, il ressort plutôt de ses motifs qu’il a estimé que l’« incitation » à commettre des actes illégaux constituait l’un des aspects du comportement négligent du syndicat.

[153] Les appelantes ont en outre fait valoir que le syndicat national des TCA pouvait être tenu responsable sur le fondement de la responsabilité relative à une action concertée pour avoir [TRADUCTION] « incité M. Warren à commettre un délit, participé à

however, cannot be accepted. I agree with the respondent union that there is no basis in law or in fact for such a finding.

[154] As for the law, concerted action liability may be imposed where the alleged wrongdoers acted in furtherance of a common design: see, e.g., *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3, at para. 74, citing with approval J. G. Fleming, *The Law of Torts* (8th ed. 1992), at p. 255. While the required connection between the common design and the tort actually committed has been expressed in different ways in the authorities, the cases relied on by the appellants stand for the proposition that the tort, in this case the murders, must be committed in direct furtherance of the common design. As Fleming expressed it, this means that all participants must act in furtherance of the wrong: *Botiuk*, at para. 74; *Newcastle (Town) v. Mattatall* (1987), 78 N.B.R. (2d) 236 (Q.B.), aff'd (1988), 87 N.B.R. (2d) 238 (C.A.), at paras. 27-43; *The Koursk*, [1924] P. 140 (C.A.); *Mainland Sawmills*, at paras. 167-81; G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (2nd ed. 2002), at pp. 888-89; L. N. Klar, *Tort Law* (3rd ed. 2003), at p. 488.

[155] The trial judge's findings of fact in this case do not meet this test. There was no finding of any common design between Mr. Warren and CAW National to murder the miners and no finding that the murders were committed in direct furtherance of any other unlawful common design between Mr. Warren and the union. CAW National cannot be found liable as a joint tortfeasor with Mr. Warren on the basis that it acted with him in furtherance of a common design.

(5) Summary of Conclusions

[156] The appellants have not shown that the Court of Appeal erred in setting aside the trial judge's findings against CAW National.

sa perpétration et contribué à la mort des mineurs » (mémoire, par. 87). Je ne puis acquiescer à cet argument. Je suis d'accord avec le syndicat intimé pour dire que cette conclusion est sans fondement tant sur le plan juridique que factuel.

[154] Sur le plan du droit, la responsabilité relative à une action concertée est établie lorsque les auteurs présumés d'un délit ont agi dans un dessein commun : voir, p. ex., *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3, par. 74, où J. G. Fleming, *The Law of Torts* (8^e éd. 1992), p. 255, est cité avec approbation. Il est vrai que la jurisprudence ne s'exprime pas d'une seule voix lorsqu'il est question du lien requis entre le dessein commun et le délit effectivement commis, mais il ne fait pas de doute que la jurisprudence invoquée par les appelantes appuie la proposition voulant qu'il soit nécessaire que le délit, en l'espèce les meurtres, soit commis directement en vue de réaliser le dessein commun. Comme l'a dit Fleming, cela signifie qu'il faut que tous les participants nourrissent le dessein d'accomplir l'acte fautif : *Botiuk*, par. 74; *Newcastle (Town) c. Mattatall* (1987), 78 R.N.-B. (2^e) 236 (B.R.), conf. par (1988), 87 R.N.-B. (2^e) 238 (C.A.), par. 27-43; *The Koursk*, [1924] P. 140 (C.A.); *Mainland Sawmills*, par. 167-181; G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (2^e éd. 2002), p. 888-889; L. N. Klar, *Tort Law* (3^e éd. 2003), p. 488.

[155] Les conclusions de fait du juge du procès ne satisfont pas à ce critère. Il n'a conclu à l'existence d'aucun dessein commun de tuer les mineurs chez M. Warren et le syndicat national des TCA, ni conclu que les meurtres avaient été commis directement en vue de réaliser un autre dessein illicite poursuivi de concert par M. Warren et le syndicat. Le syndicat national des TCA ne saurait être tenu responsable à titre de coauteur du délit avec M. Warren pour avoir agi avec lui dans un dessein commun.

(5) Résumé des conclusions

[156] Les appelantes n'ont pas démontré que la Cour d'appel a commis une erreur en annulant les conclusions défavorables au syndicat national des TCA tirées par le juge du procès.

D. *The Claims Against Mr. Bettger and the Claims by Mr. O'Neil*

(1) The Claims Against Mr. Bettger

[157] Mr. Bettger was a miner employed by Royal Oak and a member of CASAW Local 4. The trial judge described him as “radica[l] from the outset, determined to disrupt and destroy Royal Oak” (para. 278). He participated in the so called “graffiti run” on June 29, the satellite dish explosion on July 21 and the vent shaft blast on September 2. He was convicted criminally and imprisoned for some of his actions during the strike.

[158] The trial judge found Mr. Bettger liable in negligence and apportioned to him 1 percent of the responsibility for the miners’ deaths (paras. 942-64 and 1300). The trial judge found that Mr. Bettger owed a duty of care and failed to exercise reasonable care towards those at the mine. With respect to causation, the trial judge concluded that it was irrelevant whether or not Mr. Bettger was aware of Mr. Warren’s plan to plant a bomb. Mr. Bettger’s conduct, the trial judge found, met the material contribution test because “Bettger’s criminal activity and his boasts with others contributed to Warren appreciating that his turn must arrive since the acts of others had not succeeded in meeting the union’s objective of shutting down the mine” (para. 959; see also para. 961).

[159] The Court of Appeal set aside these findings, holding that (1) the trial judge erred by concluding that the case fell within a pre-existing category of legal duties; (2) to the extent the trial judge found that there was a duty to warn, it was difficult in the circumstances to identify what warning Mr. Bettger was expected to give; and (3) there was no basis to impose a *Cooper* duty on him to prevent

D. *Les recours contre MM. Bettger et les recours de M. O'Neil*

(1) Les recours contre M. Bettger

[157] M. Bettger était un mineur employé par Royal Oak et un membre de la section locale n^o 4 de la CASAW. Le juge du procès dit de lui qu’il était [TRADUCTION] « extrémist[c] dès le départ, détermin[é] à perturber les activités de Royal Oak et à détruire l’entreprise » (par. 278). Il a participé à la « tournée des graffitis » le 29 juin et il était parmi ceux qui ont provoqué l’explosion de l’antenne parabolique le 21 juillet et celle du puits de ventilation le 2 septembre. Il a été reconnu coupable d’infractions criminelles et incarcéré relativement à certains de ses actes pendant la grève.

[158] Le juge du procès a tenu M. Bettger responsable pour cause de négligence et il lui a attribué 1 p. 100 de la responsabilité pour la mort des mineurs (par. 942-964 et 1300). Il a en outre conclu que M. Bettger avait une obligation de diligence et qu’il n’avait pas fait preuve d’une diligence raisonnable envers les personnes présentes dans la mine. En ce qui concerne le lien de causalité, le juge du procès a conclu qu’il n’était pas pertinent de savoir si M. Bettger était ou non au courant du projet de M. Warren de placer une bombe. De l’avis du juge du procès, la conduite de M. Bettger satisfaisait au critère de la contribution appréciable parce que [TRADUCTION] « les activités criminelles de M. Bettger et la façon dont il s’en est vanté auprès des autres sont des facteurs qui ont amené M. Warren à penser que son tour était venu d’intervenir, étant donné que les actes commis jusqu’alors n’avaient pas permis d’atteindre l’objectif du syndicat de forcer la fermeture de la mine » (par. 959; voir aussi le par. 961).

[159] La Cour d’appel a annulé ces conclusions pour les motifs suivants : (1) le juge du procès a commis une erreur en concluant que l’affaire correspondait à une catégorie préexistante d’obligations juridiques; (2) dans la mesure où le juge a conclu à l’existence d’une obligation d’avertir du danger, il était difficile de savoir quelle sorte d’avertissement devait donner M. Bettger; et (3) rien ne

the torts of others or to find him liable on the basis that he had incited or assisted Mr. Warren (paras. 176-80). The Court of Appeal was also of the view that the trial judge had applied the wrong legal test in his analysis of causation and had erred by failing to consider the acts or omissions of each defendant separately in carrying out that analysis (paras. 202 and 204).

[160] The appellants make few submissions specifically in relation to Mr. Bettger's liability. They submit that the trial judge's finding that Mr. Bettger had a duty and breached it should not have been disturbed, that Mr. Bettger's liability could be supported on the basis that he was a joint tortfeasor with Mr. Warren and that the trial judge did not err in his approach to causation.

[161] For the reasons given earlier, I cannot accept the second and third of these submissions. As the Court of Appeal correctly found, the trial judge's reasons and findings of fact preclude imposing liability on Mr. Bettger on the basis that he was a joint tortfeasor with Mr. Warren. As for causation, it is particularly clear in the trial judge's analysis of the claims against Mr. Bettger that he applied the material contribution rather than the "but for" test and failed to assess Mr. Bettger's own conduct individually.

[162] As to the trial judge's imposition of a duty of care on Mr. Bettger, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred to the extent that he found that the alleged duty fell within one of the existing categories. Contrary to the trial judge's conclusion, the claim against Mr. Bettger does not fall into the category of cases in which the defendant's act foreseeably causes physical harm to the plaintiff. As the Court of Appeal points out, it was Mr. Warren's act, not Mr. Bettger's which caused the physical harm. I also agree with the Court of Appeal in relation to the trial judge's finding that Mr. Bettger had a duty to warn. In light of the trial

justifiait de lui imposer une obligation fondée sur l'arrêt *Cooper* de prévenir les délits des autres ou de le tenir responsable parce qu'il avait eu recours à l'incitation ou aidé M. Warren (par. 176-180). La Cour d'appel était également d'avis qu'en procédant à l'analyse de la causalité le juge du procès avait appliqué le mauvais critère juridique et qu'il avait commis une erreur en omettant de considérer les actes ou omissions de chacun des défendeurs séparément (par. 202 et 204).

[160] Peu d'arguments avancés par les appelants concernent spécifiquement la responsabilité de M. Bettger. Ils soutiennent que la conclusion du juge du procès selon laquelle M. Bettger avait une obligation à laquelle il a manqué aurait dû être maintenue, que M. Bettger pouvait être tenu responsable à titre de coauteur du délit avec M. Warren et que le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans son analyse de la causalité.

[161] Pour les motifs exposés plus tôt, je ne puis accepter leur deuxième et troisième argument. Comme la Cour d'appel l'a conclu à juste titre, les motifs du juge du procès et ses conclusions de fait ne permettent pas de tenir M. Bettger responsable en tant que coauteur d'un délit avec M. Warren. Pour ce qui est du lien de causalité, il ressort tout particulièrement de son analyse des recours contre M. Bettger que le juge du procès a appliqué le critère de la contribution appréciable plutôt que celui du « facteur déterminant » et qu'il n'a pas évalué la conduite de M. Bettger comme telle, indépendamment de la conduite des autres.

[162] Pour ce qui est de la décision du juge du procès d'imposer une obligation de diligence à M. Bettger, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès a commis une erreur dans la mesure où il a conclu que l'obligation proposée appartenait à l'une des catégories existantes. Contrairement ce que conclut le juge du procès, il ne s'agit pas d'un cas où il était prévisible que les actes commis par le défendeur causeraient des lésions au demandeur. Comme l'a signalé la Cour d'appel, ce sont les actes de M. Warren et non ceux de M. Bettger qui ont causé le préjudice corporel. Je souscris également à l'opinion de la

judge's finding that it was notorious in the community that a violent strike was in progress, it is difficult to see what warning Mr. Bettger should have given or what possible effect it could have had. Finally, I agree with the Court of Appeal that a duty to prevent Mr. Warren's acts should not have been imposed on Mr. Bettger. He had no control over Mr. Warren and the trial judge made no finding that he was in any way aware of his plans.

[163] In my view, the Court of Appeal was right to set aside the finding of liability in negligence against Mr. Bettger.

(2) The Claims by Mr. O'Neil

[164] Mr. O'Neil came upon the dismembered bodies of nine fellow miners shortly after the fatal blast. He alleged that as a result, he suffers from post-traumatic stress disorder which has prevented him from working. Although the trial judge indicated that he had "some skepticism" about the extent to which the blast affected Mr. O'Neil's mental and physical health, he accepted that the blast and its aftermath had some impact (para. 1239). The trial judge found, however, that there was no manifestation of significant symptoms of any psychiatric disorder as of September 2000 and his claim for damages and loss of income should be considered at an end as of January 31, 2000 (paras. 1243-44).

[165] As the trial judge observed, the basis for liability of the defendants was the same in both the *Fallowka* and the *O'Neil* actions. If, as I have concluded, the respondents did not breach their duties in tort to the *Fallowka* appellants, they did not breach any duties owed to Mr. O'Neil. No submissions have been advanced to us that the outcome in

Cour d'appel concernant la conclusion du juge du procès que M. Bettger avait une obligation d'avertir du danger. Compte tenu des conclusions du juge du procès selon lesquelles il était notoire dans la communauté qu'une grève empreinte de violence avait cours, il est difficile de concevoir de quelle façon M. Bettger aurait dû procéder pour donner un avertissement ou comment, le cas échéant, un tel avertissement aurait pu être utile. Enfin, comme la Cour d'appel, je suis d'avis qu'il n'y avait pas lieu d'imposer à M. Bettger une obligation de prévenir les actes de M. Warren. Il n'exerçait aucun contrôle sur lui et le juge du procès n'a aucunement conclu qu'il était de quelque façon que ce soit au courant de ses projets.

[163] À mon avis, la Cour d'appel a eu raison d'infirmer les conclusions de responsabilité pour cause de négligence prononcées contre M. Bettger.

(2) Les recours de M. O'Neil

[164] M. O'Neil s'est retrouvé devant les corps démembrés de neuf de ses compagnons de travail peu après l'explosion fatale. Il affirme souffrir en conséquence d'un trouble de stress post-traumatique qui l'a empêché de travailler. Bien que le juge du procès ait exprimé un [TRADUCTION] « certain scepticisme » quant à l'ampleur des conséquences néfastes qu'a eues l'explosion sur la santé mentale et physique de M. O'Neil, il a accepté la prétention selon laquelle l'explosion et ses suites ont eu une incidence sur lui (par. 1239). Le juge du procès a toutefois conclu que le demandeur ne présentait aucun symptôme notable de trouble psychiatrique en septembre 2000 et que la période à l'égard de laquelle il cherchait à obtenir des dommages-intérêts et réparation pour perte de revenus devait être considérée comme terminée le 31 janvier 2000 (par. 1243-1244).

[165] Comme l'a fait remarquer le juge du procès, qu'il s'agisse de l'affaire *Fallowka* ou de l'affaire *O'Neil*, les motifs susceptibles de justifier la responsabilité des défendeurs sont les mêmes. Si, comme je l'ai conclu, les défendeurs n'ont pas manqué à leurs obligations sur le plan délictuel envers les appelantes dans l'affaire *Fallowka*, il en est de

the *O'Neil* appeal should be different based on the fact that there were some different parties named in his action. It follows, that even if Mr. O'Neil stands in the same position as the *Fullowka* appellants as regards tort duties owed to them by the respondents, his action must fail and his appeal should be dismissed.

IV. Disposition

[166] I would dismiss both appeals with costs and affirm the order of the Court of Appeal with respect to costs.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellants Fullowka et al.: Bishop & McKenzie, Edmonton.

Solicitor for the appellant O'Neil: James E. Redmond, Edmonton.

Solicitors for the respondent Pinkerton's of Canada Ltd.: Duncan & Craig, Edmonton.

Solicitors for the respondent the Government of the Northwest Territories: Field, Edmonton.

Solicitors for the respondent National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada: Chivers Carpenter, Edmonton; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the respondent Bettger: MacPherson Leslie & Tyerman, Calgary.

Solicitors for the respondent Royal Oak Ventures Inc.: Parlee McLaws, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Crown Law Office — Civil Law, Toronto.

même dans l'affaire *O'Neil*. Nul n'a prétendu que l'issue du pourvoi de M. O'Neil devrait être différente parce que l'une et l'autre poursuite ne mettent pas en cause les mêmes parties. Par conséquent, même si la situation de M. O'Neil quant aux obligations que les défendeurs avaient envers lui du point de vue de la responsabilité délictuelle est semblable à celle des appelantes dans l'affaire *Fullowka*, son action est vouée à l'échec et il y a lieu de rejeter son pourvoi.

IV. Dispositif

[166] Je suis d'avis de rejeter les deux pourvois avec dépens et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel concernant les dépens.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs des appelantes Fullowka et autres : Bishop & McKenzie, Edmonton.

Procureur de l'appelant O'Neil : James E. Redmond, Edmonton.

Procureurs de l'intimée Pinkerton's of Canada Ltd. : Duncan & Craig, Edmonton.

Procureurs de l'intimé le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest : Field, Edmonton.

Procureurs de l'intimé le Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada : Chivers Carpenter, Edmonton; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intimé Bettger : MacPherson Leslie & Tyerman, Calgary.

Procureurs de l'intimée Royal Oak Ventures Inc. : Parlee McLaws, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Bureau des avocats de la Couronne — Droit civil, Toronto.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of Alberta *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Lyle Marcellus Nasogaluak *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Director of Public Prosecutions of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Manitoba, Canadian Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario) and Criminal Trial Lawyers' Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. NASOGALUAK

2010 SCC 6

File No.: 32423.

2009: May 20; 2010: February 19.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Police abuse — Whether police officers used excessive force during accused's arrest — If so, whether police conduct amounted to violation of accused's rights under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Sentence reduction — Police abuse — Breaches of accused's constitutional rights during arrest and detention — Whether sentence reduction can be just and appropriate remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms for breach of accused's constitutional rights — Whether breaches of accused's constitutional rights should be addressed through sentencing process under Criminal Code — Limits on

Sa Majesté la Reine du chef de la province de l'Alberta *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

c.

Lyle Marcellus Nasogaluak *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

et

Directeur des poursuites pénales du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Manitoba, Association canadienne des libertés civiles, Criminal Lawyers' Association (Ontario) et Criminal Trial Lawyers' Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. NASOGALUAK

2010 CSC 6

N^o du greffe : 32423.

2009 : 20 mai; 2010 : 19 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Conduite abusive des policiers — Les policiers ont-ils employé une force excessive pour procéder à l'arrestation de l'accusé? — Dans l'affirmative, la conduite des policiers constituait-elle une violation des droits que garantit à l'accusé l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Réduction de peine — Conduite abusive des policiers — Violation des droits constitutionnels de l'accusé au cours de l'arrestation et de la détention — La réduction de peine peut-elle constituer une réparation convenable et juste sous le régime de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés en cas de violation des droits constitutionnels de l'accusé? — Les dispositions du Code criminel relatives à la détermination de la peine

sentencing judge's discretion to reduce sentence as Charter remedy.

Criminal law — Sentencing — Sentence reduction — Breach of accused constitutional rights — Police officers using force during accused's arrest — Whether police officers used excessive force — If so, whether police conduct amounted to breach of accused's constitutional rights — Whether sentencing judge can take police misconduct into account to reduce accused's sentence — Limits on sentencing judge's discretion to reduce sentence pursuant to sentencing provisions of Criminal Code or s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether accused's sentences lawfully reduced.

The RCMP received a tip about an intoxicated driver which led to a high speed pursuit of the accused. When the accused's car finally came to a stop, the police had to remove him forcibly. He resisted. One officer, C, punched him twice in the head while wrestling him out of the car. Once the accused was out of the car, he continued to resist. C yelled at the accused to stop resisting and gave him a third hard punch in the head. The accused was pinned face down on the pavement with C straddling his back and another officer kneeling on his thigh. He refused to offer up his hands to be handcuffed, so a second officer, D, punched him twice in the back, breaking the accused's ribs, which ultimately led to a punctured lung.

At the police detachment following the arrest, the accused provided breath samples that placed him over the legal blood alcohol limit. The officers did not report the force they had used during the arrest and provided little to no information about the incident. The accused had no obvious signs of injury and did not expressly request medical assistance and no attempts were made to ensure that the accused received medical attention. He, however, twice told an officer that he was hurt. As well, he was observed crying, was heard to say that he could not breathe, and was observed leaning over and moaning. The accused was released the following morning and checked himself into a hospital. He was found to have suffered broken ribs and a collapsed lung that required emergency surgery.

peuvent-elles sanctionner les atteintes aux droits constitutionnels de l'accusé? — Limites du pouvoir discrétionnaire du juge qui prononce la peine de réduire celle-ci à titre de réparation fondée sur la Charte.

Droit criminel — Détermination de la peine — Réduction de la peine — Violation des droits constitutionnels de l'accusé — Recours à la force par des policiers au cours de l'arrestation de l'accusé — Les policiers ont-ils employé une force excessive? — Dans l'affirmative, la conduite des policiers constituait-elle une violation des droits constitutionnels de l'accusé? — Le juge qui prononce la peine peut-il tenir compte des actes répréhensibles des policiers pour réduire la peine de l'accusé? — Limites du pouvoir discrétionnaire du juge qui prononce la peine de réduire celle-ci en vertu des dispositions sur la détermination de la peine prévues au Code criminel ou en vertu du de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Les peines infligées à l'accusé ont-elles été réduites en toute légalité?

La GRC a été informée de la présence d'un conducteur en état d'ébriété, ce qui a donné lieu à une poursuite à haute vitesse de l'accusé. Quand la voiture de ce dernier s'est finalement arrêtée, les policiers ont dû le forcer à en sortir. Il a résisté. Un agent, C, lui a décoché deux coups de poing à la tête et l'a tiré hors de la voiture. Une fois hors du véhicule, l'accusé a continué de résister. C a crié à l'accusé de cesser de résister et lui a asséné un troisième solide coup de poing à la tête. Ce dernier a été immobilisé, face contre le sol, C se tenant à cheval sur son dos tandis qu'un autre agent était agenouillé sur sa cuisse. Lorsqu'il a refusé de lever les mains pour qu'on lui passe les menottes, un autre agent, D, l'a frappé à deux reprises dans le dos, lui fracturant des côtes, ce qui a par la suite causé la perforation d'un de ses poumons.

Au détachement après l'arrestation, l'accusé a fourni des échantillons d'haleine révélant une alcoolémie supérieure à la limite prescrite. Les agents n'ont pas établi de rapport concernant la force appliquée au cours de l'arrestation et n'ont donné que peu ou pas d'information sur les circonstances de cette dernière. L'accusé ne portait aucune marque apparente de blessures, il n'a pas expressément demandé de recevoir des soins, et rien n'a été fait pour veiller à ce que l'accusé reçoive des soins médicaux. Toutefois, il a dit à deux reprises à un agent qu'il était blessé. En outre, on l'a vu pleurer, se pencher et gémir et on l'a entendu dire qu'il ne pouvait pas respirer. L'accusé a été libéré le lendemain matin, et il s'est rendu à l'hôpital. On a constaté qu'il avait subi des fractures des côtes et un affaissement pulmonaire, qui a nécessité une chirurgie d'urgence.

The accused entered a guilty plea to charges of impaired driving and flight from police. At sentencing, the trial judge held that the police had used excessive force in arresting the accused and breached his rights, *inter alia*, under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As a remedy under s. 24(1) of the *Charter*, he reduced the accused's sentence below what he otherwise would have imposed and he ordered a 12-month conditional discharge on each count, served concurrently, with a one-year driving prohibition.

The majority of the Court of Appeal held there was sufficient evidence to support the trial judge's conclusion that the officers used excessive force in breach of s. 7 and upheld the decision to grant reduced sentences under s. 24(1). They added, however, that a sentencing judge has no discretion to reduce a sentence below a statutorily mandated minimum sentence. The majority thus set aside the conditional discharge on the impaired driving offence, entered a conviction, and ordered the minimum fine for a first offence mandated by s. 255(1) of the *Criminal Code*. They did not interfere with the conditional discharge for the offence of evading a police officer.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed.

While police officers may have to resort to force in order to complete an arrest or to prevent an offender from escaping their custody, the allowable degree of force is constrained by the principles of proportionality, necessity and reasonableness. Under s. 25(1) of the *Criminal Code*, the use of force to effect a lawful arrest is justified if the police officer believes on reasonable and probable grounds that it is necessary and if only as much force as necessary is used. Further, under s. 25(3), force intended or likely to cause death or grievous bodily harm is prohibited unless the officer has an objectively reasonable belief that the amount of force used is necessary for self-protection or for the protection of another person. In this case, the Court of Appeal did not err in upholding the trial judge's findings that the police used excessive force and breached s. 7 of the *Charter*. The accused was pinned beneath C at the time of D's punches which were forceful enough to break two of the accused's ribs. D did admit at the sentencing hearing that he did not believe that C's third punch was necessary. The arresting officers' failed to report

L'accusé a plaidé coupable à l'accusation de conduite avec les facultés affaiblies et à celle de fuite. À l'audience de détermination de la peine, le juge du procès a conclu que les policiers avaient employé une force excessive lors de l'arrestation de l'accusé et avaient enfreint les droits que lui garantit entre autres l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À titre de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, il a imposé une peine inférieure à celle qui sanctionnerait normalement ce type d'infraction et a accordé des absolutions sous conditions de 12 mois relativement aux deux chefs d'accusation, applicables de façon concurrente, avec interdiction de conduire durant un an.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que la preuve permettait de justifier la conclusion du juge du procès selon laquelle les agents avaient eu recours à une force excessive, en contravention de l'art. 7, et ont confirmé la décision d'accorder des réductions de peine en vertu du par. 24(1). Ils ont toutefois ajouté que le juge de la peine ne dispose pas du pouvoir discrétionnaire lui permettant de prononcer une peine inférieure à la peine minimale obligatoire. La majorité a donc annulé l'ordonnance d'absolution sous conditions relativement à l'infraction de conduite avec les facultés affaiblies, l'a remplacée par un verdict de culpabilité et a condamné l'accusé à payer l'amende minimale pour une première infraction prévue par le par. 255(1) du *Code criminel*. Elle n'a pas modifié l'ordonnance d'absolution sous conditions prononcée à l'égard de l'infraction de fuite.

Arrêt : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Bien qu'il faille parfois aux policiers recourir à la force pour arrêter un délinquant ou l'empêcher de leur échapper, le degré de force permis est circonscrit par les principes de proportionnalité, de nécessité et de raisonabilité. Aux termes du par. 25(1) du *Code criminel*, le recours à la force pour effectuer une arrestation légale est justifié, pourvu que le policier l'estime nécessaire sur la foi de motifs raisonnables et probables et qu'il utilise seulement la force nécessaire. En outre, le par. 25(3) interdit au policier de recourir à une force susceptible de causer la mort ou des lésions corporelles graves ou visant un tel but, à moins qu'il ne croie, pour des motifs objectivement raisonnables, que cette force est nécessaire afin de le protéger ou de protéger toute autre personne. En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en confirmant la conclusion du juge du procès selon laquelle les policiers avaient employé une force excessive et avaient enfreint l'art. 7 de la *Charte*. L'accusé était immobilisé sous C au moment où D l'a frappé de coups suffisamment puissants pour lui fracturer deux côtes. D a admis, à l'audience de détermination

the extent of the accused's injuries and failed to ensure that he received medical attention. Their conduct was a substantial interference with the accused's physical and psychological integrity and security of the person. The breach of the accused's s. 7 rights was not in accordance with any principle of fundamental justice.

As regards the accused's sentences, the principle of proportionality is central to the sentencing process set out in the *Criminal Code* and requires that a sentence must speak out against the offence but may not exceed what is just and appropriate given the moral blameworthiness of the offender and the gravity of the offence. The determination of a fit sentence is, subject to some specific statutory rules, an individualized process that requires the judge to weigh the objectives of sentencing in a manner that best reflects the circumstances of the case. No one sentencing objective trumps the others and the relative importance of any mitigating or aggravating factors will push a sentence up or down the scale of appropriate sentences for similar offences. The sentencing judges' discretion to craft a sentence which is tailored to the nature of the offence and the circumstances of the offender, while broad, is not without limits. His discretion is limited by case law, which sets down general ranges of sentences for particular offences which are to be used as guidelines in order to encourage consistency between sentencing decisions. It is also limited by statutes through the general sentencing principles and objectives enshrined in the *Criminal Code* and through legislated restrictions on the availability of certain sanctions for certain offences. Sentencing judges, while they can order a sentence outside the general range set by case law as long as it is in accordance with the principles and objectives of sentencing, cannot override a clear statement of legislative intent and reduce a sentence below a statutory mandated minimum, absent a declaration that the minimum sentence is unconstitutional.

Where the police or state misconduct relates to the circumstances of the offence or the offender, the sentencing judge may properly take the relevant facts into account in determining a fit and proportionate sentence, without having to resort to s. 24(1) of the *Charter*. The circumstances of an alleged *Charter* breach which align with the circumstances of the offence or the

de la peine, que le troisième coup de poing donné par C n'était pas, selon lui, nécessaire. Les policiers ayant procédé à l'arrestation ont omis de faire rapport de l'étendue des blessures subies par l'accusé et de veiller à ce qu'il reçoive des soins médicaux. Leur conduite constituait une atteinte importante à son intégrité physique et psychologique et à la sécurité de sa personne. La violation des droits garantis à l'accusé par l'art. 7 était contraire aux principes de justice fondamentale.

Quant aux peines infligées à l'accusé, le principe de proportionnalité constitue un élément central du processus de détermination de la peine établi au *Code criminel* et exigeant une peine qui dénonce l'infraction sans excéder ce qui est juste et approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant et de la gravité de l'infraction. Sous réserve de certaines règles particulières prescrites par la loi, le prononcé d'une peine juste reste un processus individualisé, qui oblige le juge à soulever les objectifs de détermination de la peine de façon à tenir compte le mieux possible des circonstances de l'affaire. Aucun objectif de détermination de la peine ne prime les autres et, selon l'importance relative des circonstances atténuantes ou aggravantes, s'il en est, la peine sera par la suite ajustée — à la hausse ou à la baisse — dans la fourchette des peines appropriées pour des infractions similaires. Le pouvoir discrétionnaire des juges chargés de déterminer les peines leur permet de façonner une peine adaptée à la nature de l'infraction et à la situation du délinquant, mais, si large soit-il, ce pouvoir comporte toutefois des limites. Il est circonscrit par les décisions qui ont établi des fourchettes générales de peines applicables à certaines infractions à titre de lignes directrices en vue de favoriser la cohérence des peines infligées aux délinquants. Il est également restreint par des dispositions législatives ayant établi les principes et objectifs généraux de détermination de la peine consacrés au *Code criminel* et d'autres dispositions législatives écartant certaines sanctions dans le cas d'infractions données. Les juges peuvent prononcer une sanction qui déroge à la fourchette générale établie dans la jurisprudence, pour autant qu'elle respecte les principes et objectifs de détermination de la peine, mais ils ne peuvent déroger à l'expression claire de la volonté du législateur et réduire une peine en deçà du minimum obligatoire prévu par la loi à moins que la peine minimale n'ait été déclarée inconstitutionnelle.

Dans les cas où la conduite répréhensible de policiers ou de représentants de l'État se rapporte aux circonstances liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant, le juge qui prononce la peine peut tenir compte des faits pertinents lorsqu'il établit une sanction appropriée et proportionnée, sans devoir invoquer le par. 24(1) de la *Charte*. Les faits entourant

offender' such that they are pertinent to the sentencing regime may be relevant mitigating factors warranting a reduced sentence. This is true as well for state misconduct which does not amount to a *Charter* breach but which impacts the offender. As a general rule, it is neither necessary nor useful to invoke s. 24(1) of the *Charter* to effect an appropriate reduction of sentence to account for any harm flowing from unconstitutional acts of state agents consequent to the offence charged. Focusing on whether impugned acts constitute *Charter* breaches and relying on s. 24(1) as the authority to reduce a sentence misapprehends the flexible and contextual nature of the sentencing process. The sentencing provisions of the *Criminal Code*, on their own, provide remedial protection to individuals whose rights have been infringed. The broad discretion of the sentencing judge, however, must be exercised within the parameters of the *Code*. The sentence must respect statutory minimums and other provisions which prohibit certain forms of sentence available in the case of specific offences. Although in some exceptional cases a sentence reduction outside statutory limits may be possible under s. 24(1) of the *Charter* as the sole effective remedy for egregious misconduct by state agents, this is not such a case.

Cases Cited

Considered: *R. v. Glykis* (1995), 84 O.A.C. 140; *R. v. Munoz*, 2006 ABQB 901, 69 Alta. L.R. (4th) 231; *R. v. Pigeon* (1992), 73 C.C.C. (3d) 337; *R. v. Panousis*, 2002 ABQB 1109, 329 A.R. 47, rev'd 2004 ABCA 211 (CanLII); *R. v. Kirzner* (1976), 14 O.R. (2d) 665; *R. v. Charles* (1987), 61 Sask. R. 166; *R. v. Carpenter*, 2002 BCCA 301, 168 B.C.A.C. 137; **referred to:** *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Ferguson*, 2006 ABCA 261, 397 A.R. 1, aff'd 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Wust*, 2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455; *Chartier v. Greaves*, [2001] O.J. No. 634 (QL); *R. v. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Solowan*, 2008 SCC 62, [2008] 3 S.C.R. 309; *R. v. Wilmott* (1966), 58 D.L.R. (2d) 33; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Lyons*, [1987]

une prétendue violation de la *Charte* qui se rapportent aux circonstances liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant de sorte qu'ils constituent des facteurs pertinents pour l'application du régime de détermination de la peine pourraient être considérés comme des circonstances atténuantes justifiant une réduction de peine. Il en va de même pour la conduite répréhensible des représentants de l'État qui ne viole pas la *Charte*, mais cause néanmoins préjudice au délinquant. Il n'est en règle générale ni nécessaire ni utile de se fonder sur le par. 24(1) de la *Charte* pour accorder une réduction de peine propre à réparer effectivement le préjudice découlant d'actes inconstitutionnels commis par des représentants de l'État par suite de l'infraction reprochée. Le fait de s'attacher à la question de savoir si les actes constituent des violations de la *Charte* et de fonder, le cas échéant, la réduction de peine sur le par. 24(1) traduit une méconnaissance de la souplesse et de la nature contextuelle du processus de détermination de la peine. À elles seules, les dispositions sur la détermination de la peine du *Code criminel* permettent d'accorder une réparation aux personnes dont les droits ont été violés. Toutefois, le juge qui prononce la peine doit exercer son large pouvoir discrétionnaire dans le respect des paramètres fixés par le *Code*. La sanction doit respecter les peines minimales obligatoires établies par la loi et les autres dispositions prohibant certaines sanctions à l'égard d'infractions données. Bien que, dans des circonstances exceptionnelles, une réduction de peine accordée en vertu du par. 24(1) de la *Charte* et dérogeant aux limites prescrites par la loi puisse constituer la seule réparation effective en présence d'une conduite répréhensible particulièrement grave de représentants de l'État, nous ne sommes pas en présence d'un tel cas.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *R. c. Glykis* (1995), 84 O.A.C. 140; *R. c. Munoz*, 2006 ABQB 901, 69 Alta. L.R. (4th) 231; *R. c. Pigeon* (1992), 73 C.C.C. (3d) 337; *R. c. Panousis*, 2002 ABQB 1109, 329 A.R. 47, inf. par 2004 ABCA 211 (CanLII); *R. c. Kirzner* (1976), 14 O.R. (2d) 665; *R. c. Charles* (1987), 61 Sask. R. 166; *R. c. Carpenter*, 2002 BCCA 301, 168 B.C.A.C. 137; **arrêts mentionnés :** *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Ferguson*, 2006 ABCA 261, 397 A.R. 1, conf. par 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455; *Chartier c. Greaves*, [2001] O.J. No. 634 (QL); *R. c. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Solowan*, 2008 CSC 62, [2008] 3 R.C.S. 309; *R. c. Wilmott* (1966), 58 D.L.R. (2d) 33; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S.

2 S.C.R. 309; *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Bill* (1998), 13 C.R. (5th) 125; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41; *R. v. Bosley* (1992), 18 C.R. (4th) 347; *R. v. Leaver* (1996), 3 C.R. (5th) 138; *R. v. Steinberg*, [1967] 1 O.R. 733; *R. v. Cooper* (No. 2) (1977), 35 C.C.C. (2d) 35; *R. v. Simon* (1975), 25 C.C.C. (2d) 159; *R. v. Parisien* (1971), 3 C.C.C. (2d) 433; *R. v. Burke*, [1968] 2 C.C.C. 124; *R. v. Fairn* (1973), 12 C.C.C. (2d) 423; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Bear* (1988), 72 Sask. R. 99; *R. v. S.L.L.*, 2002 SKQB 425, 229 Sask. R. 96; *R. v. Foulds*, [1998] S.J. No. 560 (QL); *R. v. Dennison* (1990), 109 N.B.R. (2d) 388; *R. v. MacPherson* (1995), 166 N.B.R. (2d) 81; *R. v. Zwicker* (1995), 169 N.B.R. (2d) 350; *Carlini Bros. Body Shop Ltd. v. R.* (1992), 10 O.R. (3d) 651; *R. v. Grenke*, 2004 ONCJ 121, 7 M.V.R. (5th) 89; *Québec (Procureur général) v. Chabot*, [1992] R.J.Q. 2102; *R. v. Mater* (1988), 47 C.R.R. 351; *R. v. Pasemko* (1982), 17 M.V.R. 247; *R. v. Grimes* (1987), 70 Nfld. & P.E.I.R. 11; *R. v. MacLean*, [1988] O.J. No. 2515 (QL); *R. v. Pelletier* (1986), 42 M.V.R. 67.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 9, 10(b), 11(d), 12, 15, 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 25, 27, 249.1(1), 253(a), 255(1)(a)(i), 718 to 718.2, 730, 731, 732, 734, 742.1.

Authors Cited

Manson, Allan. “*Charter Violations in Mitigation of Sentence*” (1995), 41 C.R. (4th) 318.
 Roberts, Julian V., and David P. Cole. “Introduction to Sentencing and Parole”, in Julian V. Roberts and David P. Cole, eds., *Making Sense of Sentencing*. Toronto: University of Toronto Press, 1999, 3.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, McFadyen and Martin J.J.A.), 2007 ABCA 339, 84 Alta. L.R. (4th) 15, 422 A.R. 222, 415 W.A.C. 222, 229 C.C.C. (3d) 52, 53 C.R. (6th) 382, 162 C.R.R. (2d) 332, [2008] 2 W.W.R. 387, 54 M.V.R. (5th) 199, [2007] A.J. No. 1217 (QL), 2007 CarswellAlta 1502, allowing in part an appeal by the Crown from conditional discharges on charges of impaired driving and evading a police officer. Appeal and cross-appeal dismissed.

486; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Bill* (1998), 13 C.R. (5th) 125; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41; *R. c. Bosley* (1992), 18 C.R. (4th) 347; *R. c. Leaver* (1996), 3 C.R. (5th) 138; *R. c. Steinberg*, [1967] 1 O.R. 733; *R. c. Cooper* (No. 2) (1977), 35 C.C.C. (2d) 35; *R. c. Simon* (1975), 25 C.C.C. (2d) 159; *R. c. Parisien* (1971), 3 C.C.C. (2d) 433; *R. c. Burke*, [1968] 2 C.C.C. 124; *R. c. Fairn* (1973), 12 C.C.C. (2d) 423; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Bear* (1988), 72 Sask. R. 99; *R. c. S.L.L.*, 2002 SKQB 425, 229 Sask. R. 96; *R. c. Foulds*, [1998] S.J. No. 560 (QL); *R. c. Dennison* (1990), 109 R.N.-B. (2^e) 388; *R. c. MacPherson* (1995), 166 R.N.-B. (2^e) 81; *R. c. Zwicker* (1995), 169 R.N.-B. (2^e) 350; *Carlini Bros. Body Shop Ltd. c. R.* (1992), 10 O.R. (3d) 651; *R. c. Grenke*, 2004 ONCJ 121, 7 M.V.R. (5th) 89; *Québec (Procureur général) c. Chabot*, [1992] R.J.Q. 2102; *R. c. Mater* (1988), 47 C.R.R. 351; *R. c. Pasemko* (1982), 17 M.V.R. 247; *R. c. Grimes* (1987), 70 Nfld. & P.E.I.R. 11; *R. c. MacLean*, [1988] O.J. No. 2515 (QL); *R. c. Pelletier* (1986), 42 M.V.R. 67.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 9, 10(b), 11(d), 12, 15, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 25, 27, 249.1(1), 253a), 255(1)a)(i), 718 à 718.2, 730, 731, 732, 734, 742.1.

Doctrine citée

Manson, Allan. « *Charter Violations in Mitigation of Sentence* » (1995), 41 C.R. (4th) 318.
 Roberts, Julian V., and David P. Cole. « Introduction to Sentencing and Parole », in Julian V. Roberts and David P. Cole, eds., *Making Sense of Sentencing*. Toronto : University of Toronto Press, 1999, 3.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Côté, McFadyen et Martin), 2007 ABCA 339, 84 Alta. L.R. (4th) 15, 422 A.R. 222, 415 W.A.C. 222, 229 C.C.C. (3d) 52, 53 C.R. (6th) 382, 162 C.R.R. (2d) 332, [2008] 2 W.W.R. 387, 54 M.V.R. (5th) 199, [2007] A.J. No. 1217 (QL), 2007 CarswellAlta 1502, qui a accueilli en partie l’appel interjeté par le ministère public des absolutions sous conditions prononcées à l’égard d’accusations de conduite avec les facultés affaiblies et de fuite. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Susan D. Hughson, Q.C., for the appellant/respondent on cross-appeal.

Laura K. Stevens, Q.C., and *Graham Johnson*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Kevin Wilson and *Moiz Rahman*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Benita Wassenaar, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Cynthia Devine, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Andrew K. Lokan and *Danny Kastner*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Clayton Ruby and *Gerald Chan*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Nathan J. Whiting, for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] This is a sentencing appeal from the Court of Appeal of Alberta that raises important issues in respect of constitutional remedies. The respondent, Mr. Lyle Marcellus Nasogaluak, had his sentences for the offences of impaired driving and flight from police reduced to conditional discharges as a remedy for the breaches of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that he endured at the time of his arrest and detention. The main issue is whether his sentences were lawfully reduced as a remedy for the excessive force used by police.

[2] The parties have focussed their submissions on the question of whether a court may grant a sentence reduction under s. 24(1) of the *Charter* to

Susan D. Hughson, c.r., pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Laura K. Stevens, c.r., et *Graham Johnson*, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Kevin Wilson et *Moiz Rahman*, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

Benita Wassenaar, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Cynthia Devine, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Andrew K. Lokan et *Danny Kastner*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Clayton Ruby et *Gerald Chan*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Nathan J. Whiting, pour l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi, formé contre les décisions rendues par la Cour d'appel de l'Alberta relativement à la détermination de peines, soulève d'importantes questions en matière de réparation constitutionnelle. Dans ce cas, la cour d'appel a réduit les peines qui auraient pu être imposées à l'intimé, M. Lyle Marcellus Nasogaluak, pour avoir conduit avec les facultés affaiblies et fui les policiers, et les a remplacées par des absolutions sous conditions à titre de réparation, les droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés* ayant été enfreints au moment de son arrestation et pendant sa détention. Il s'agit principalement de savoir si une telle réduction de peine visant à remédier à l'emploi d'une force excessive par les policiers était légitime.

[2] Les arguments des parties portent principalement sur la question de savoir si un tribunal peut, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, accorder

remedy a *Charter* breach by state actors. Framing the issue in those terms presupposes that *Charter* breaches can only be effectively remedied in the context of a separate and distinct *Charter* application. However, that is clearly not so. As all statutes and the common law must be *Charter* compliant, it should come as no surprise that an effective remedy for a proven wrong, which also happens to be a *Charter* breach, may well be crafted within the confines of a statutory or common law regime. The statutory sentencing regime under ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is one example.

[3] As we shall see, the sentencing regime provides some scope for sentencing judges to consider not only the actions of the offender, but also those of state actors. Where the state misconduct in question relates to the circumstances of the offence or the offender, the sentencing judge may properly take the relevant facts into account in crafting a fit sentence, without having to resort to s. 24(1) of the *Charter*. Indeed, state misconduct which does not amount to a *Charter* breach but which impacts the offender may also be a relevant factor in crafting a fit sentence.

[4] Where the state misconduct does not relate to the circumstances of the offence or the offender, however, the accused must seek his or her remedy in another forum. Any inquiry into such unrelated circumstances falls outside the scope of the statutory sentencing regime and has no place in the sentence hearing. Likewise, a reduction of sentence could hardly constitute an “appropriate” remedy within the meaning of s. 24(1) of the *Charter* where the facts underlying the breach bear no connection to the circumstances of the offence or the offender.

une réduction de peine à titre de réparation pour la violation, par des représentants de l’État, de droits garantis par cette disposition. Énoncée ainsi, la question présuppose que de telles violations ne peuvent être réparées effectivement qu’au moyen d’une demande distincte fondée sur la *Charte*. Or, ce n’est manifestement pas le cas. Comme toutes les lois et les règles de common law doivent respecter la *Charte*, il n’y a rien d’étonnant à ce qu’une réparation utile accordée à l’égard d’un préjudice avéré — lequel constituerait également une violation de la *Charte* — puisse être élaborée dans le cadre d’un régime de common law ou établi par la loi. Le régime de détermination de la peine prévu aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, en est un exemple.

[3] Comme nous le verrons, ce régime accorde aux juges chargés de prononcer les peines la latitude de considérer non seulement les actes du délinquant, mais également ceux des représentants de l’État. Dans les cas où la conduite répréhensible de ces derniers se rapporte aux circonstances liées à la perpétration de l’infraction ou à la situation du délinquant, le juge qui prononce la peine peut tenir compte des faits pertinents lorsqu’il établit une sanction juste, sans devoir invoquer le par. 24(1) de la *Charte*. En effet, une conduite répréhensible des représentants de l’État qui ne viole pas la *Charte*, mais cause néanmoins préjudice au délinquant, peut constituer un facteur pertinent pour l’établissement de la peine appropriée.

[4] En revanche, dans les cas où la conduite répréhensible des représentants de l’État ne se rapporte pas aux circonstances liées à la perpétration de l’infraction ou à la situation du délinquant, l’accusé doit emprunter une autre voie de droit pour obtenir réparation. L’examen de ces circonstances non pertinentes sort du cadre légal de la détermination de la peine. L’audience de détermination de la peine n’est donc pas le forum approprié pour les invoquer. De même, on pourrait difficilement prétendre qu’une réduction de peine constitue une réparation « convenable » au sens du par. 24(1) de la *Charte* lorsque les faits à l’origine de la violation ne se rattachent pas aux circonstances liées à la perpétration de l’infraction ou à la situation du délinquant.

[5] As a general rule, therefore, it is neither necessary nor useful to invoke s. 24(1) of the *Charter* to effect an appropriate reduction of sentence to account for any harm flowing from unconstitutional acts of state agents consequent to the offence charged. When acting within the boundaries of the statutory sentencing regime, of course, the sentencing judge must exercise his or her discretion within the parameters of the *Criminal Code*. The judge must impose sentences complying with statutory minimums and other provisions which prohibit certain forms of sentence in respect of the offence.

[6] Save in exceptional cases, these constraints also apply where the remedial power of the court under the *Charter* is invoked. A sentence reduction outside statutory limits does not generally constitute an “appropriate” remedy within the meaning of s. 24(1), unless the constitutionality of the statutory limit itself is challenged. However, the remedial power of the court under s. 24(1) is broad. I therefore do not foreclose the possibility that, in some exceptional cases, a sentence reduction outside statutory limits may be the sole effective remedy for some particularly egregious form of misconduct by state agents in relation to the offence and the offender. However, this is not such a case.

[7] On the facts of this case, the Court of Appeal did not err in upholding the trial judge’s finding of excessive force by police in arresting Mr. Nasogaluak. The police officers’ excessive use of force amounted to a violation of the respondent’s right to life, liberty and security of the person under s. 7 of the *Charter*. The sentencing judge committed no error of law or principle in choosing to take this conduct into account as a factor tending toward a reduced sentence. However, he erred in ordering a sentence that fell below the statutory minimum in the *Code*. The Court of Appeal correctly substituted the order of a conditional discharge on the

[5] Par conséquent, il n’est en règle générale ni nécessaire ni utile de se fonder sur le par. 24(1) de la *Charte* pour accorder une réduction de peine propre à réparer effectivement le préjudice découlant d’actes inconstitutionnels commis par des représentants de l’État par suite de l’infraction reprochée. Dans le cadre du régime légal de détermination de la peine, le juge du procès doit évidemment exercer son pouvoir discrétionnaire dans les limites prévues par le *Code criminel*. En effet, lorsqu’il prononce des peines, il a l’obligation de respecter les peines minimales obligatoires établies par la loi et les autres dispositions prohibant certaines sanctions à l’égard d’une infraction donnée.

[6] Sauf dans des circonstances exceptionnelles, lorsque le pouvoir d’accorder réparation conféré par la *Charte* au tribunal est invoqué, ces restrictions s’appliquent également. Par exemple, ne constitue généralement pas une réparation « convenable » au sens du par. 24(1) une réduction de peine qui déroge aux limites légales, à moins que la constitutionnalité même de ces limites soit contestée. Toutefois, le par. 24(1) confère aux tribunaux un large pouvoir de réparation. En conséquence, je n’écarte pas la possibilité que, dans des circonstances exceptionnelles, une réduction de peine dérogeant aux limites légales constitue la seule réparation effective à l’égard d’une conduite répréhensible particulièrement grave commise par des représentants de l’État et se rapportant aux circonstances liées à la perpétration de l’infraction et à la situation du délinquant. Mais nous ne sommes pas en présence d’un tel cas.

[7] À la lumière des faits de la présente espèce, la Cour d’appel n’a pas commis d’erreur en confirmant la conclusion du juge du procès selon laquelle les policiers avaient employé une force excessive lors de l’arrestation de M. Nasogaluak. Le recours à une telle force a porté atteinte au droit de l’intimé à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantit l’art. 7 de la *Charte*. Le juge qui a prononcé la peine n’a commis aucune erreur de droit ou de principe en considérant ce comportement comme un facteur militant en faveur d’une peine réduite. Toutefois, il a fait erreur en infligeant une peine inférieure à la peine minimale prévue

offence of impaired driving with the statutorily mandated minimum fine.

[8] For these reasons, I would dismiss both the Crown's appeal and the respondent's cross-appeal.

II. Background

[9] The trial judge conducted an extensive review of the facts, both at the initial sentencing hearing on October 7, 2005 ([2005] A.J. No. 1740 (QL)) and when delivering sentence on November 24, 2005 ((2005), 90 Alta. L.R. (4th) 294). The Court of Appeal disagreed with some of his findings, but did not go so far as to conclude that the trial judge had made any palpable and overriding errors. The following factual overview reflects, to the greatest possible extent, those facts that are undisputed.

[10] In the early morning hours of May 12, 2004, the Leduc RCMP received a tip about an intoxicated driver. This tip led to a high-speed pursuit of Mr. Nasogaluak, a then 24-year-old male of Inuit and Dene descent, by Constable Dlin. After attempting to evade the police cruisers and dangerously reversing his car toward Cst. Dlin's vehicle, Mr. Nasogaluak came to an abrupt stop. By that point, Constables Olthof and Chornomydz had arrived on the scene. Mr. Nasogaluak opened the car door and swung his feet out of the vehicle, which prompted Cst. Dlin to point his revolver and a flashlight toward Mr. Nasogaluak, and to order him to get out of the vehicle with his hands up. Mr. Nasogaluak did not comply and instead placed his feet back inside the vehicle. Cst. Chornomydz, at the ready, grabbed Mr. Nasogaluak — who was clutching onto the steering wheel and door frame at the time — and punched him in the head. He testified that this was to prevent Mr. Nasogaluak from driving away and striking Cst. Olthof, who was standing in front of the vehicle. Mr. Nasogaluak let go of the steering wheel and reached out to Cst. Chornomydz, who then struck him in the head with

au *Code*. À bon droit, la Cour d'appel a substitué l'amende minimale obligatoire prévue par la disposition pertinente à l'ordonnance d'absolution sous conditions prononcée à l'égard de l'infraction de conduite avec les facultés affaiblies.

[8] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel du ministère public ainsi que l'appel incident de l'intimé.

II. Contexte

[9] Le juge du procès a examiné de près les faits, tant à l'occasion de l'audience initiale de détermination de la peine le 7 octobre 2005 ([2005] A.J. No. 1740 (QL)) que lorsqu'il a prononcé celle-ci le 24 novembre 2005 ((2005), 90 Alta L.R. (4th) 294). La Cour d'appel a rejeté certaines des conclusions du juge du procès, mais elle n'est pas allée jusqu'à conclure que le juge du procès avait commis quelque erreur manifeste et dominante. Je résumerai maintenant, de façon aussi précise que possible, les faits non contestés.

[10] Aux petites heures du matin, le 12 mai 2004, le détachement de la GRC de Leduc a été informé de la présence d'un conducteur en état d'ébriété. À la suite de la réception de cette information, le gend. Dlin a entamé une poursuite à haute vitesse de M. Nasogaluak, un homme de sang inuit et déné alors âgé de 24 ans. Après avoir tenté de semer les voitures de police et avoir fait dangereusement marche arrière en direction de celle du gend. Dlin, M. Nasogaluak a brusquement freiné. Entre-temps, les gend. Olthof et Chornomydz étaient arrivés sur les lieux. M. Nasogaluak a ouvert sa portière et a sorti les pieds du véhicule. Ces gestes ont incité le gend. Dlin à braquer son revolver et une lampe de poche sur lui et à lui ordonner de sortir de la voiture les mains en l'air. M. Nasogaluak n'a pas obtempéré et a plutôt rentré ses pieds à l'intérieur du véhicule. Tenant toujours M. Nasogaluak en joue, le gend. Chornomydz a saisi ce dernier — qui à ce moment s'agrippait au volant et à la portière — et lui a décoché un coup de poing à la tête. Dans son témoignage, le policier a indiqué qu'il avait agi ainsi pour empêcher M. Nasogaluak de s'enfuir et de heurter le gend. Olthof, qui se tenait devant le véhicule. M. Nasogaluak a lâché le

his fist a second time, pulled him out of the car, and wrestled him onto the ground.

[11] Cst. Chornomydz yelled at Mr. Nasogaluak to stop resisting and gave him a third hard punch in the head. Mr. Nasogaluak was pinned face down on the pavement with Cst. Chornomydz straddling his back. When Mr. Nasogaluak refused to offer up his hands to be handcuffed, Cst. Dlin punched Mr. Nasogaluak in the back, twice. These blows were strong enough to break Mr. Nasogaluak's ribs, which later punctured one of his lungs. Cst. Olthof was kneeling on Mr. Nasogaluak's thigh throughout this brief struggle.

[12] Eventually, Mr. Nasogaluak was taken to the police detachment. Mr. Nasogaluak provided two breath samples that placed him well over the legal blood alcohol limit. No record was made of the force used during the arrest, of Cst. Dlin's drawing of a weapon, or of Mr. Nasogaluak's injuries. The officers provided their colleagues and superiors at the station with little to no information about the incident, and no attempts were made to ensure that Mr. Nasogaluak received medical attention. Although Mr. Nasogaluak had no obvious signs of injury and did not expressly request medical assistance, he did tell Cst. Olthof on two occasions that he was hurt and was observed by Cst. Dlin crying and saying: "I can't breathe." Corporal Deweerdt, the supervisor on duty, testified that he noticed Mr. Nasogaluak leaning over and moaning as if in pain. However, Mr. Nasogaluak had replied in the negative to the question of whether he was injured. Even if the police cruisers and the RCMP detachment were outfitted with video cameras, no recordings were made or produced of any transactions involving Mr. Nasogaluak. Indeed, the trial judge seems to have had serious suspicions and concerns about the absence of videotapes and may have drawn from it some negative inferences about the nature of the police conduct in this case.

volant et s'est tourné vers le gend. Chornomydz, qui l'a alors frappé à la tête avec le poing une seconde fois puis l'a tiré hors de la voiture et jeté au sol.

[11] Le gendarme Chornomydz a crié à M. Nasogaluak de cesser de résister et lui a asséné un troisième solide coup de poing à la tête. Ce dernier a été immobilisé, face contre le sol, le gend. Chornomydz se tenant à cheval sur son dos. Lorsque M. Nasogaluak a refusé de lever les mains pour qu'on lui passe les menottes, le gend. Dlin l'a frappé à deux reprises dans le dos, suffisamment fort pour lui fracturer les côtes; cette blessure a par la suite causé la perforation d'un de ses poumons. Le gendarme Olthof s'est tenu à genou sur la cuisse de M. Nasogaluak pendant toute cette brève échauffourée.

[12] M. Nasogaluak a par la suite été amené au détachement, où il a fourni deux échantillons d'haléine révélant une alcoolémie nettement supérieure à la limite prescrite. Aucun rapport n'a été établi concernant la force appliquée durant l'arrestation, le fait que le gend. Dlin avait dégainé son arme ou les blessures subies par M. Nasogaluak. Les agents n'ont donné que peu ou pas d'information à leurs collègues et à leurs supérieurs se trouvant au poste sur les circonstances de cette arrestation, et rien n'a été fait pour veiller à ce que M. Nasogaluak reçoive des soins médicaux. Celui-ci ne portait aucune marque apparente de blessures et il n'a pas expressément demandé de recevoir des soins, mais il a toutefois dit à deux reprises au gend. Olthof qu'il était blessé, et le gend. Dlin a vu qu'il pleurait et l'a entendu dire : [TRADUCTION] « Je ne peux pas respirer. » Le superviseur de service, le caporal Deweerdt, a témoigné qu'il avait remarqué que M. Nasogaluak était penché et gémissait comme s'il souffrait. M. Nasogaluak avait par contre répondu par la négative lorsqu'on lui avait demandé s'il était blessé. Tant les voitures de patrouille de la GRC que les locaux du détachement étaient munis de caméras vidéo, mais aucun enregistrement des faits concernant M. Nasogaluak n'a été effectué ou produit. D'ailleurs, le juge du procès semble avoir éprouvé de graves réserves et soupçons à propos de l'absence de bandes vidéo et il est possible qu'il ait tiré de ce fait des conclusions négatives sur la nature du comportement des policiers en l'espèce.

[13] Mr. Nasogaluak was released the following morning and checked himself into the hospital, on his parents' insistence. He was found to have suffered broken ribs and a collapsed lung that required emergency surgery. As a result of these injuries, he lost his job as a roughneck on the oil rigs but obtained similar employment a few months later.

III. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench, Sirrs J.*

[14] The respondent entered a guilty plea to the charges of impaired driving under s. 253(a) of the *Criminal Code* and flight from police under s. 249.1(1) of the *Code*. At the sentencing hearing, the respondent requested a stay of proceedings on the grounds that the excessive force used by police upon his arrest, their failure to properly report his injuries, and their failure to obtain medical assistance for those injuries breached ss. 7, 11(d) and 12 of the *Charter*. In the alternative, he sought a reduced sentence to remedy the *Charter* breaches.

[15] The trial judge held that the evidence was insufficient to make out a s. 12 breach, but found that the police actions constituted a violation of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. He held that the officers' inadequate reporting concerning the use of force constituted a threat to the respondent's life, liberty and security of the person under s. 7 and, somewhat surprisingly, to the presumption of innocence under s. 11(d). According to the trial judge, the failure by police to take Mr. Nasogaluak to the hospital was another factor to consider in deciding whether Mr. Nasogaluak's s. 7 rights were breached, but he did not state definitively whether his finding of a s. 7 breach was influenced by the lack of medical attention.

[13] M. Nasogaluak a été libéré le lendemain matin et, sur la recommandation insistante de ses parents, il s'est rendu à l'hôpital. On a constaté qu'il avait subi des fractures des côtes et un affaissement pulmonaire, qui a exigé une chirurgie d'urgence. Par suite de ses blessures, il a perdu son emploi comme ouvrier de plancher d'une installation de forage, mais il a obtenu un emploi semblable quelques mois plus tard.

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, le juge Sirrs*

[14] L'intimé a plaidé coupable à l'accusation de conduite avec les facultés affaiblies (al. 253a) du *Code criminel*) et à celle de fuite (par. 249.1(1) du *Code*). Lors de l'audience de détermination de la peine, il a demandé l'arrêt des procédures au motif que l'emploi par les policiers d'une force excessive lors de son arrestation, leur défaut de communiquer une information adéquate sur ses blessures et de lui obtenir les soins médicaux requis par celles-ci enfreignait l'art. 7, l'al. 11d) et l'art. 12 de la *Charte*. Subsidiairement, il a sollicité une peine réduite à titre de réparation pour les violations de la *Charte*.

[15] Le juge du procès a statué que la preuve ne permettait pas d'établir la violation de l'art. 12, mais il a conclu que les actes des policiers avaient effectivement porté atteinte aux droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Il a conclu que l'omission des policiers de faire un rapport adéquat de leur recours à la force constituait une menace à la vie ou à la liberté de l'intimé, ou à la sécurité de sa personne, visée à l'art. 7 et, étonnamment, qu'elle mettait également en péril la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d). Selon le juge du procès, l'omission des policiers d'amener M. Nasogaluak à l'hôpital était un autre facteur à prendre en compte pour déterminer si les droits que l'art. 7 lui garantit avaient été enfreints, mais il n'a pas clairement indiqué si le fait que l'intimé n'avait pas reçu de soins médicaux avait influencé sa conclusion selon laquelle il y avait effectivement eu violation de l'art. 7.

[16] Regarding the allegation of excessive force by police, Sirrs J. concluded that Cst. Chornomydz's first punch was necessary to remove Mr. Nasogaluak from the vehicle and to prevent him from driving away or causing harm to Cst. Olthof. He found that the second punch was lawful, given Mr. Nasogaluak's non-compliance with the police orders and the need to subdue him and force him to the ground. However, in his opinion, Cst. Chornomydz's third punch to the head and Cst. Dlin's two punches to Mr. Nasogaluak's back were unwarranted and therefore excessive:

... after taking two hard punches to the head, it is not surprising to me that Mr. Nasogaluak was both stunned and reluctant to offer up his hands to be handcuffed. He was face down on the ground most of the time. It was obvious that he neither had weapons nor passengers. The safety of the police was no longer in issue. Mr. Nasogaluak was no longer a flight risk. . . . I am satisfied that an adrenaline rush overcame cool heads resulting in an additional punch to Mr. Nasogaluak's head and the two punches that broke his ribs.

(Judgment of October 7, 2005, at para. 27)

Sirrs J. also held that Cst. Dlin's punches in particular were of excessive force, as they were strong enough to break Mr. Nasogaluak's ribs and puncture his lung.

[17] As a remedy for the *Charter* breaches, Sirrs J. granted Mr. Nasogaluak a reduced sentence. He noted that offences such as fleeing from police and impaired driving would typically be punished by incarceration of 6 to 18 months, in accordance with the paramount goals of individual deterrence and denunciation. However, Sirrs J. was satisfied that those principles were met by Mr. Nasogaluak's "life-altering experience" with the Leduc RCMP (judgment of November 24, 2005, at para. 24). Furthermore, he considered the breaches to be "so egregious as to justify taking Mr. Nasogaluak from the realm of cases that require incarceration" (para. 25). Since sentence reduction was an available and

[16] À propos de l'allégation relative à l'emploi d'une force excessive par les policiers, le juge Sirrs a considéré que le premier coup de poing asséné par le gend. Chornomydz était nécessaire pour extirper M. Nasogaluak de son véhicule et l'empêcher de s'enfuir en voiture ou de blesser le gend. Olthof. Le juge a conclu à la légitimité du deuxième coup de poing, parce que M. Nasogaluak n'obtempérait pas et qu'il était nécessaire de le maîtriser et de l'immobiliser. Il a toutefois estimé que le troisième coup de poing du gend. Chornomydz à la tête de l'intimé et les deux coups de poing du gend. Dlin au dos de celui-ci étaient injustifiés et par conséquent excessifs :

[TRADUCTION] ... comme il avait reçu deux solides coups de poing à la tête, je ne suis pas surpris que M. Nasogaluak ait été désorienté et réticent à lever les mains pour qu'on lui passe les menottes. Il est resté immobilisé face contre sol le plus clair du temps. Il était évident qu'il n'avait pas d'armes et qu'aucun passager ne l'accompagnait. La sécurité des policiers n'était plus menacée. M. Nasogaluak ne risquait plus de prendre la fuite. [. . .] [J]e conclus qu'une poussée d'adrénaline leur a fait perdre leur sang-froid et les a amenés à assener un autre coup de poing à la tête de M. Nasogaluak ainsi que deux coups de poing qui lui ont fracturé les côtes.

(Jugement du 7 octobre 2005, par. 27)

Le juge Sirrs a également décidé que, en particulier, les coups de poing du gend. Dlin avaient été donnés avec une force excessive, car ils avaient été suffisamment violents pour fracturer les côtes de M. Nasogaluak et lui perforer le poumon.

[17] À titre de réparation pour les violations de la *Charte*, le juge Sirrs a accordé une peine réduite à M. Nasogaluak. Il a souligné que des infractions comme la fuite et la conduite avec les facultés affaiblies seraient normalement passibles d'une peine d'emprisonnement de 6 à 18 mois, comme le demandent les objectifs prépondérants de dissuasion individuelle et de dénonciation. Le juge était toutefois convaincu que ces principes étaient respectés en l'espèce en raison de [TRADUCTION] « l'expérience marquante » vécue par M. Nasogaluak aux mains des membres du détachement de la GRC de Leduc (jugement du 24 novembre 2005, par. 24). De plus, il a estimé que les violations [TRADUCTION]

appropriate remedy in the circumstances of the case, he refused Mr. Nasogaluak's application for a stay of proceedings, holding that this was not one of the "clearest of cases" in which a stay was necessary to remedy the prejudice to trial fairness arising from the breach (*R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 68).

[18] Acting under s. 24(1) of the *Charter*, Sirrs J. granted Mr. Nasogaluak a 12-month conditional discharge on both counts, served concurrently, with a one-year driving prohibition. He held that this sentence best reflected the seriousness of the *Charter* breaches and Mr. Nasogaluak's strong employment record, young age, and lack of criminal record.

B. *Alberta Court of Appeal*, 2007 ABCA 339, 84 *Alta. L.R.* (4th) 15

(1) Majority: McFadyen J.A., Martin J.A. Concurring

[19] The majority of the Court of Appeal rejected the Crown's argument that the trial judge had erred in finding that the RCMP officers' use of force was excessive. It held that, although the trial judge had made several erroneous findings of fact regarding the police officers' use of force, there was sufficient evidence on the record to support his conclusion:

Although the sentencing judge did not specifically refer to the provisions of the *Criminal Code* or precedent governing the use of force by police officers in the process of making an arrest and preventing the commission of further offences, it appears that he considered all the circumstances. While this is not a finding we would have made, nonetheless we cannot say that

« étaient si graves qu'elles justifiaient de ne pas considérer le cas de M. Nasogaluak comme un de ceux qui requièrent une peine d'incarcération » (par. 25). Comme la réduction de la peine constituait une réparation convenable dans les circonstances, il a rejeté la demande d'arrêt des procédures de M. Nasogaluak, au motif qu'il ne s'agissait pas d'un des « cas les plus manifestes » justifiant le recours à cette mesure pour remédier aux effets préjudiciables de la violation sur l'équité du procès (*R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 68).

[18] S'appuyant alors sur le par. 24(1) de la *Charte*, le juge Sirrs a accordé à M. Nasogaluak des absolutions sous conditions assorties de périodes de probation de 12 mois relativement aux deux chefs d'accusation, applicables de façon concurrente, avec interdiction de conduire durant un an. Il était d'avis que cette peine tenait compte adéquatement de la gravité des violations de la *Charte* ainsi que du bon dossier d'emploi de M. Nasogaluak, de son jeune âge et du fait qu'il ne possédait pas de casier judiciaire.

B. *Cour d'appel de l'Alberta*, 2007 ABCA 339, 84 *Alta. L.R.* (4th) 15

(1) Opinion de la majorité rédigée par le juge McFadyen, avec l'appui du juge Martin

[19] Les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas retenu l'argument du ministère public selon lequel le juge du procès avait commis une erreur en concluant que les agents de la GRC avaient eu recours à une force excessive. Ils ont jugé que, bien que le juge du procès ait tiré plusieurs constatations de fait erronées concernant la force employée par les policiers, la preuve au dossier permettait de justifier sa conclusion à cet égard :

[TRADUCTION] Bien que le juge ayant prononcé la peine n'ait pas expressément fait référence aux dispositions du *Code criminel* ou à la jurisprudence pertinente en matière de recours à la force par les policiers qui procèdent à une arrestation et veulent empêcher la perpétration d'une infraction, il semble avoir pris en compte l'ensemble des circonstances. Nous n'aurions pas tiré la

the sentencing judge committed a palpable and overriding error in concluding that Dlin used excessive force. There is some support for the sentencing judge's finding. [para. 27]

According to the majority, the trial judge had considered all relevant factors and was alive to the fact that the events happened quickly and that Mr. Nasogaluak was uncooperative and intoxicated. The majority did not interfere with the trial judge's finding that the officers' excessive use of force and subsequent failure to report Mr. Nasogaluak's injuries and obtain medical care amounted to a s. 7 breach.

[20] The majority also dismissed the Crown's submission that the trial judge had erred in granting Mr. Nasogaluak a reduced sentence as a *Charter* remedy under s. 24(1). Writing for the majority, McFadyen J.A. acknowledged the court's broad discretion under s. 24(1) to order any remedy that is "appropriate and just in the circumstances". After reviewing the divided jurisprudence in this area, she concluded that the Ontario Court of Appeal had correctly decided the matter in *R. v. Glykis* (1995), 84 O.A.C. 140, when it held that sentence reduction was available to remedy a *Charter* breach in two circumstances: if the breach somehow mitigated the seriousness of the offence, or if it imposed additional punishment or hardship on the accused. Since Mr. Nasogaluak had clearly suffered hardship in the form of broken ribs and a punctured lung, the sentence could be reduced pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. McFadyen J.A. could not point to any palpable or overriding error committed by the trial judge in concluding that sentence reduction was warranted in the circumstances of the case.

[21] The majority was careful, however, not to overstate the breadth of the trial judge's remedial authority under s. 24(1):

même conclusion que lui, mais nous ne pouvons pour autant affirmer que le juge a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que le gendarme Dlin avait employé une force excessive. Certains éléments de preuve étayaient cette conclusion. [par. 27]

Selon la majorité, le juge du procès a pris en compte tous les facteurs pertinents; il était conscient que l'incident s'était déroulé rapidement, que M. Nasogaluak ne coopérait pas et qu'il était en état d'ébriété. Les juges majoritaires n'ont pas modifié la conclusion du juge du procès selon laquelle le recours à une force excessive par les policiers ainsi que leur omission subséquente de signaler les blessures subies par M. Nasogaluak et de lui procurer des soins médicaux avaient enfreint l'art. 7.

[20] La majorité a également rejeté la thèse du ministère public voulant que le juge du procès ait commis une erreur en ordonnant la réduction de la peine de M. Nasogaluak à titre de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. S'exprimant au nom de la majorité, le juge McFadyen a reconnu que le par. 24(1) confère aux tribunaux un vaste pouvoir discrétionnaire les habilitant à accorder toute réparation « convenable et juste eu égard aux circonstances ». Après avoir examiné la jurisprudence par ailleurs contradictoire qui existe sur ce point, elle a conclu que la Cour d'appel de l'Ontario avait adéquatement tranché la question dans *R. c. Glykis* (1995), 84 O.A.C. 140, en jugeant qu'un tribunal peut dans deux cas ordonner une réduction de peine pour réparer une atteinte à la *Charte* : si l'atteinte atténue d'une certaine manière la gravité de l'infraction, ou si elle ajoute à la sanction imposée à l'accusé ou lui cause un préjudice. Comme M. Nasogaluak avait de toute évidence subi un préjudice — des côtes fracturées et un poumon perforé —, la peine pouvait être réduite sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*. D'après le juge McFadyen, le juge du procès n'avait commis aucune erreur manifeste ou dominante lorsqu'il a statué que la réduction de peine était justifiée dans les circonstances.

[21] La majorité a toutefois voulu éviter d'élargir indûment le pouvoir de réparation que le par. 24(1) confère aux juges qui président les procès :

While we find that a reduction in sentence is an available remedy under s. 24(1) in some circumstances, it is a remedy to be used sparingly and as a last resort in extraordinary cases. This interpretation respects the provisions in the *Criminal Code* which set out the objectives and principles of sentencing. [para. 38]

Likewise, the majority held that a sentence falling below a statutorily mandated minimum sentence could not be ordered as it would constitute an unlawful interference with the role of Parliament, citing the court's recent decision of *R. v. Ferguson*, 2006 ABCA 261, 397 A.R. 1 (this Court released its reasons in *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, after the Court of Appeal heard the present appeal).

[22] The majority therefore set aside the trial judge's order for a conditional discharge in respect of the impaired driving offence, given the minimum fine of \$600 for a first offence mandated by s. 255(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. Instead, it entered a conviction and ordered Mr. Nasogaluak to pay the minimum fine. Since the offence of evading a police officer does not prescribe a minimum punishment, the majority did not interfere with the conditional discharge ordered on that offence.

[23] The majority concluded that, although the sentence imposed for the offence of evading the police was unfit having regard to the seriousness of the offence, the trial judge had committed no error in law or principle in reducing the sentence below the punishment that would ordinarily be imposed for that type of offence. It dismissed the appeal against the discharge for evading the police, and allowed the appeal with respect to the conditional discharge on the impaired driving offence.

(2) Dissent: Côté J.A.

[24] In dissenting reasons, Côté J.A. accepted the majority's conclusions regarding the excessive

[TRADUCTION] Bien que nous soyons d'avis que la réduction de peine est une réparation possible dans certaines circonstances sous le régime du par. 24(1), elle doit être accordée parcimonieusement, et seulement comme mesure de dernier recours dans des cas exceptionnels. Une telle interprétation respecte les dispositions du *Code criminel* qui énoncent les objectifs et les principes de détermination de la peine. [par. 38]

De même, citant l'arrêt *R. c. Ferguson*, 2006 ABCA 261, 397 A.R. 1, qu'elle avait récemment rendu (la Cour d'appel de l'Alberta avait déjà entendu la présente affaire lorsque notre Cour a déposé ses motifs dans *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96), les juges majoritaires de la Cour d'appel ont statué qu'une peine inférieure à la peine minimale obligatoire ne pouvait être prononcée parce qu'il s'agirait d'une immixtion dans le rôle du législateur.

[22] La majorité a donc annulé l'ordonnance d'absolution sous conditions rendue par le juge du procès relativement à l'infraction de conduite avec les facultés affaiblies, parce que le sous-al. 255(1)a(i) du *Code criminel* prévoyait l'imposition d'une amende minimale de 600 \$ pour une première infraction. Elle l'a remplacée par un verdict de culpabilité et condamné M. Nasogaluak à payer l'amende minimale. Toutefois, en l'absence de peine minimale prescrite pour l'infraction de fuite, la majorité n'a pas modifié l'ordonnance d'absolution sous conditions prononcée à cet égard.

[23] La majorité a conclu que, bien que la peine infligée à l'égard de l'infraction de fuite ne soit pas appropriée compte tenu de la gravité de l'infraction, le juge du procès n'avait pas commis d'erreur de droit ou de principe en imposant une peine inférieure à celle qui sanctionnerait normalement ce type d'infraction. Elle a rejeté l'appel formé contre l'absolution ordonnée à l'égard de l'infraction de fuite et accueilli l'appel de l'absolution sous conditions relative à l'infraction de conduite avec les facultés affaiblies.

(2) Dissidence du juge Côté

[24] Dans ses motifs dissidents, le juge Côté a souscrit aux conclusions de la majorité sur l'emploi

force used by police, and its articulation of the principles of law concerning sentence reduction under s. 24(1). In particular, he agreed that while sentence reduction may be available in some circumstances to remedy a *Charter* breach, a sentence cannot be reduced below a statutory minimum. Accordingly, he would have substituted the minimum fine for the offence of impaired driving, as the majority did.

[25] However, he took a more cautious approach to the *Charter* remedy of sentence reduction. He held that Sirrs J. had erred in not considering or applying the test for sentence reduction from *Glykis* and in failing to provide any adequate explanation for the sentence he had ordered. In his opinion, such an explanation was necessary in light of the “patchy evidence and brief and contradictory fact findings” (para. 62), which did not point conclusively to sentence reduction as the appropriate remedy. Indeed, he held that while there was no statutory minimum penalty for the offence of evading a police officer, the jurisprudential and sentencing guidelines for that offence are akin to a minimum penalty below which *Charter* relief should be “slow to drop” (para. 59). Given the trial judge’s preference for the police officers’ testimony over that of Mr. Nasogaluak, Côté J.A. had difficulty accepting that the *Charter* breaches were so egregious that they warranted the remedy of a conditional discharge. Côté J.A. refused to uphold the trial judge’s order as his reasons were simply too inadequate and incomplete to withstand appellate scrutiny. As a result, Côté J.A. would have re-sentenced Mr. Nasogaluak for the offence of evading the police, allowing counsel to submit further written arguments concerning the proper sentence including any reduction to remedy the *Charter* breach.

d’une force excessive par les policiers, ainsi qu’à son exposé des principes de droit régissant la réduction de peine sous le régime du par. 24(1). En particulier, il a convenu que, dans certaines circonstances, la réduction de peine est une mesure envisageable pour réparer une atteinte à la *Charte*, mais que cette peine ne peut en aucun cas être réduite en deçà du minimum prévu par la loi. À l’instar de la majorité, il aurait donc infligé l’amende minimale pour l’infraction de conduite avec les facultés affaiblies.

[25] Il a toutefois adopté une approche plus prudente dans l’application des principes régissant la réduction de peine comme réparation fondée sur la *Charte*. Il a conclu que le juge Sirrs avait commis une erreur en omettant de considérer ou d’appliquer le critère établi à cet égard dans *Glykis*, et en n’expliquant pas de façon adéquate la peine qu’il avait prononcée. Il estimait que de telles explications s’imposaient en raison de [TRADUCTION] « la preuve parcellaire et des conclusions de fait brèves et contradictoires » (par. 62), qui ne permettaient pas de conclure avec certitude que la réduction de peine était la réparation convenable. De fait, il a jugé que, bien que la loi ne prescrive pas de peine minimale pour l’infraction de fuite, la jurisprudence et les lignes directrices en matière de détermination de la peine pour cette infraction s’apparentent à un tel minimum, sous lequel les réparations fondées sur la *Charte* ne devraient descendre que [TRADUCTION] « très rarement » (par. 59). Comme le juge du procès avait accordé plus de poids au témoignage des policiers qu’à celui de M. Nasogaluak, le juge d’appel Côté admettait difficilement que les violations de la *Charte* puissent être d’une gravité telle qu’elles justifiaient le prononcé d’une absolution sous conditions. Il a donc refusé de confirmer la décision du juge du procès, estimant que ses motifs étaient simplement trop inadéquats et lacunaires pour résister à un examen en appel. Par conséquent, le juge Côté aurait déterminé à nouveau la peine applicable à l’égard de l’infraction de fuite et, à cette fin, il aurait permis aux avocats de présenter d’autres observations écrites au sujet de la peine appropriée, notamment sur la possibilité d’accorder une réduction de peine pour remédier à la violation de la *Charte*.

IV. Issues on Appeal and Cross-Appeal

[26] This appeal raises a number of questions that can be addressed by reference to the following two issues:

- (1) Did the Court of Appeal err in upholding the trial judge's conclusion that the police had used excessive force to arrest Mr. Nasogaluak, and that the circumstances of Mr. Nasogaluak's arrest and detention amounted to a violation of s. 7 of the *Charter*?
- (2) Was the Court of Appeal wrong in deciding that sentence reduction can be a just and appropriate remedy for an established *Charter* breach under s. 24(1) of the *Charter*? May breaches of fundamental rights be addressed through the sentencing process under the *Criminal Code*? If the Court of Appeal did not err, then what, if any, limitations may circumscribe a judge's discretion to reduce a sentence as a *Charter* remedy?

[27] The Crown argues that, first, the Court of Appeal applied an incorrect standard of review to the trial judge's findings regarding excessive force. It submits that the trial judge made a number of material errors of law that should have been reviewed on the correctness standard and overturned on appeal. In particular, the Crown points to Sirrs J.'s failure to assess the degree of force used by police against the legal standard articulated in ss. 25 and 27 of the *Criminal Code* and in the relevant case law. The Crown argues that the Court of Appeal, having found that the trial judge made several contradictory findings of fact and that he did not refer to the relevant legal principles, erred in upholding Sirrs J.'s conclusions on excessive force.

IV. Questions en litige dans le pourvoi et le pourvoi incident

[26] Le présent pourvoi soulève un certain nombre de problèmes qui peuvent être résolus par l'examen des deux questions suivantes :

- (1) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la conclusion du juge du procès portant que les policiers avaient employé une force excessive pour procéder à l'arrestation de M. Nasogaluak et que les circonstances entourant l'arrestation et la détention de ce dernier constituaient une violation de l'art. 7 de la *Charte*?
- (2) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en statuant que, sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, la réduction de peine peut constituer une réparation convenable et juste en cas de violation avérée de la *Charte*? Les dispositions du *Code criminel* relatives à la détermination de la peine peuvent-elles sanctionner les atteintes aux droits fondamentaux? Si la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur, à quelles restrictions, s'il en est, peut être assujéti le pouvoir discrétionnaire du juge de réduire une peine à titre de réparation fondée sur la *Charte*?

[27] Le ministère public fait d'abord valoir que la Cour d'appel a appliqué la mauvaise norme de contrôle aux conclusions du juge du procès relativement à l'emploi d'une force excessive. Il soutient que ce dernier a commis plusieurs erreurs de droit importantes, qui auraient dû être assujéties à la norme de la décision correcte, et que ses conclusions à cet égard auraient dû être infirmées en appel. Le ministère public reproche plus particulièrement au juge Sirrs de ne pas avoir examiné le degré de force utilisé par les policiers au regard de la norme juridique énoncée aux art. 25 et 27 du *Code criminel* ainsi que dans la jurisprudence pertinente. Le ministère public affirme que, comme la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait tiré plusieurs conclusions de fait contradictoires et qu'il ne s'était pas appuyé sur les principes juridiques applicables, elle a fait erreur en confirmant les conclusions du juge Sirrs sur le recours à une force excessive.

[28] The Crown also challenges the Court of Appeal's conclusion regarding the use of sentence reduction as a *Charter* remedy. While conceding that sentence reduction might be appropriate when the *Charter* breach results in an additional form of punishment for the offender, the Crown submits that s. 24(1) should not be used to circumvent the statutory and common law principles of sentencing. It argues that a sentence reduced pursuant to s. 24(1) must still fall within the range of appropriate sentences for that offence. According to the Crown, the discretion to reduce a sentence below this range would undermine the principles of proportionality and parity. It would also impermissibly shift the focus of the sentencing process away from the culpability of the offender and the gravity of the offence to the conduct of state officials.

[29] Finally, the Crown contests the legality and the fitness of the particular sentence that was ordered. In respect of the impaired driving conviction, it submits that the conditional discharge is an illegal sentence because such a sentence is not available at law, as the *Criminal Code* provides for a minimum sentence. In the case of the flight from police conviction, it argues that, although legal, the sentence is completely inadequate and, therefore, unfit. Nevertheless, given the particular circumstances of the case, the Crown indicated that it would be satisfied, for the sake of principle, with a token one-day sentence on this offence. It submits that a conditional discharge can be ordered only in exceptional circumstances, none of which was present in this case. The Crown points to the seriousness of the offences, the deliberate nature of Mr. Nasogaluak's flight from police, and the public interest in holding the respondent responsible for his actions to suggest that the conditional discharge was "wholly inappropriate" and "demonstrably unfit" (Appellant's Factum, at para. 116). Even if sentence reduction had been an appropriate remedy in these circumstances, the Crown argues that the Court of Appeal should have intervened to increase the quantum of the sentence to, at the very

[28] Le ministère public conteste ensuite la conclusion de la Cour d'appel au sujet de la réduction de peine en tant que réparation fondée sur la *Charte*. Bien qu'il concède qu'une réduction de peine puisse être appropriée lorsque la violation de la *Charte* a pour effet d'infliger une sanction supplémentaire au délinquant, le ministère public soutient que le par. 24(1) ne devrait pas être invoqué pour contourner les principes établis par la loi ou la common law en matière de détermination de la peine. Il ajoute qu'une réduction de peine accordée en vertu du par. 24(1) doit toujours s'inscrire dans la fourchette des peines appropriées à l'égard de l'infraction visée. Selon le ministère public, la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire permettant de réduire une peine sous ces limites contredirait les principes de proportionnalité et de parité. En outre, un tel pouvoir aurait pour effet d'axer de manière inacceptable le processus de détermination de la peine sur la conduite des représentants de l'État plutôt que sur la culpabilité du délinquant et la gravité de l'infraction.

[29] Enfin, le ministère public conteste la légalité et la justesse de la peine. Il plaide que l'absolution sous conditions accordée relativement à l'infraction de conduite avec les facultés affaiblies constitue une peine illégale que les tribunaux ne peuvent prononcer, puisque le *Code criminel* prévoit une peine minimale à l'égard de cette infraction. Quant à l'infraction de fuite, il affirme que, bien que légale, la peine infligée s'avère tout à fait inadéquate et, de ce fait, inappropriée. Néanmoins, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire, le ministère public a indiqué qu'il ne s'opposerait pas à une réduction de peine dans la mesure où, par principe, une peine d'emprisonnement symbolique d'un jour serait infligée. Il ajoute qu'une absolution sous conditions ne peut être ordonnée que dans des circonstances exceptionnelles, et qu'aucune circonstance de la sorte n'était présente en l'espèce. Au soutien de son argument que l'absolution sous conditions était [TRADUCTION] « tout à fait inadéquate » et « manifestement inappropriée » (mémoire de l'appelante, par. 116), le ministère public met en relief la gravité des infractions, le fait que M. Nasogaluak a fui la police de façon délibérée et les raisons d'intérêt public justifiant que l'intimé soit tenu responsable de ses actes. Même si la réduction de peine

least, a period of incarceration. The Crown asks that the matter be sent back to the sentencing court for reconsideration.

[30] The respondent Mr. Nasogaluak submits that the Court of Appeal correctly reviewed and applied the legal principles on excessive force and asks this Court to uphold its finding of a s. 7 *Charter* breach. He also asks this Court to affirm the availability of sentence reduction as a s. 24(1) *Charter* remedy. He argues that the sentencing principles in the *Criminal Code* should not impede an individual's exercising a right to a meaningful *Charter* remedy. He asks this Court to adopt a broad interpretation of s. 24(1) that would allow for the reduction of sentences below the regular range of appropriate sentences in order to remedy a *Charter* breach.

[31] In a cross-appeal, Mr. Nasogaluak submits that the Court of Appeal erred in substituting a \$600 fine for the conditional discharge on the offence of impaired driving. In his opinion, the court's broad discretion under s. 24(1) permits it to reduce a sentence below the statutory minimum when necessary to provide effective *Charter* relief. He analogizes his case to that of *R. v. Wust*, 2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455, in which this Court held that a mandatory minimum sentence could be reduced to credit the offender's time spent in pre-trial custody. In his opinion, the only constraint on the court's power to order a reduced sentence is the constitutional division of powers between the federal Parliament and the provincial legislatures. Accordingly, Mr. Nasogaluak asks this Court to restore the conditional discharge for the offence of impaired driving.

avait été une réparation convenable dans les circonstances, le ministère public argumente que la Cour d'appel aurait dû intervenir et augmenter la sévérité de la peine pour qu'elle comporte à tout le moins une période d'emprisonnement. Le ministère public demande que l'affaire soit renvoyée au tribunal chargé de la détermination de la peine pour réexamen.

[30] Selon l'intimé, M. Nasogaluak, la Cour d'appel a correctement examiné et appliqué les principes juridiques relatifs à l'emploi d'une force excessive et il demande à notre Cour de confirmer la conclusion de cette dernière selon laquelle il y a eu violation de l'art. 7 de la *Charte*. Il demande également à notre Cour de confirmer que la réduction de peine peut être accordée à titre de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Il soutient que les principes de détermination de la peine énoncés au *Code criminel* ne devraient pas faire obstacle au droit d'une personne d'obtenir une réparation utile fondée sur la *Charte*. Il invite notre Cour à donner au par. 24(1) une interprétation large qui autoriserait un tribunal, pour réparer une atteinte à la *Charte*, à réduire une peine en deçà de la fourchette des peines généralement jugées appropriées.

[31] Dans un appel incident, M. Nasogaluak plaide que la Cour d'appel a commis une erreur en substituant une amende de 600 \$ à l'absolution sous conditions prononcée à l'égard de l'infraction de conduite avec les facultés affaiblies. D'après lui, le vaste pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 24(1) au tribunal permet à celui-ci de réduire la peine en deçà du minimum fixé par la loi lorsqu'une telle mesure se trouve nécessaire pour accorder une réparation utile en vertu de la *Charte*. Il établit une analogie avec l'arrêt *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455, dans lequel notre Cour a statué qu'une peine minimale obligatoire pouvait être réduite pour prendre en compte la période passée en détention avant le procès. Il est d'avis que seul le partage constitutionnel des compétences législatives entre le Parlement et les assemblées législatives provinciales a pour effet de restreindre le pouvoir du tribunal d'ordonner une réduction de peine. En conséquence, M. Nasogaluak demande à notre Cour de rétablir l'absolution sous conditions à l'égard de l'infraction de conduite avec les facultés affaiblies.

V. Analysis

A. *Excessive Use of Force by Police*

(1) The Legal Standard

[32] The Crown emphasized the issue of excessive force in its submissions to this Court, arguing strenuously that the police officers had not abused their authority or inflicted unnecessary injuries on Mr. Nasogaluak. But police officers do not have an unlimited power to inflict harm on a person in the course of their duties. While, at times, the police may have to resort to force in order to complete an arrest or prevent an offender from escaping police custody, the allowable degree of force to be used remains constrained by the principles of proportionality, necessity and reasonableness. Courts must guard against the illegitimate use of power by the police against members of our society, given its grave consequences.

[33] The legal constraints on a police officer's use of force are deeply rooted in our common law tradition and are enshrined in the *Criminal Code*. This case engages s. 25 of the *Code*, the relevant portions of which are reproduced below:

25. (1) Every one who is required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law

. . .

(b) as a peace officer or public officer,

. . .

is, if he acts on reasonable grounds, justified in doing what he is required or authorized to do and in using as much force as is necessary for that purpose.

. . .

(3) Subject to subsections (4) and (5), a person is not justified for the purposes of subsection (1) in using force

V. Analyse

A. *Emploi d'une force excessive par les policiers*

(1) La norme juridique

[32] Devant notre Cour, le ministère public a insisté sur la question de la force excessive, plaidant énergiquement que les policiers n'avaient pas abusé de leur autorité ou infligé sans nécessité des blessures à M. Nasogaluak. Il convient toutefois de rappeler que, dans l'exercice de leurs fonctions, les policiers ne possèdent pas le pouvoir illimité d'infliger des blessures à une personne. Bien que, dans certaines circonstances, il leur faille recourir à la force pour arrêter un délinquant ou l'empêcher de leur échapper, le degré de force permis demeure circonscrit par les principes de proportionnalité, de nécessité et de raisonabilité. En effet, les tribunaux doivent protéger les membres de la société contre un recours illégitime à la force de la part des policiers, vu les graves conséquences qui en découlent.

[33] Les contraintes légales applicables à l'emploi de la force par un policier sont fermement ancrées dans notre tradition de common law et consacrées par le *Code criminel*. Le présent pourvoi met en jeu l'art. 25 du *Code*, dont les extraits pertinents sont reproduits ci-après :

25. (1) Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi :

. . .

b) soit à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public;

. . .

est, s'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables, fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

. . .

(3) Sous réserve des paragraphes (4) et (5), une personne n'est pas justifiée, pour l'application du

that is intended or is likely to cause death or grievous bodily harm unless the person believes on reasonable grounds that it is necessary for the self-preservation of the person or the preservation of any one under that person's protection from death or grievous bodily harm.

(4) A peace officer, and every person lawfully assisting the peace officer, is justified in using force that is intended or is likely to cause death or grievous bodily harm to a person to be arrested, if

(a) the peace officer is proceeding lawfully to arrest, with or without warrant, the person to be arrested;

(b) the offence for which the person is to be arrested is one for which that person may be arrested without warrant;

(c) the person to be arrested takes flight to avoid arrest;

(d) the peace officer or other person using the force believes on reasonable grounds that the force is necessary for the purpose of protecting the peace officer, the person lawfully assisting the peace officer or any other person from imminent or future death or grievous bodily harm; and

(e) the flight cannot be prevented by reasonable means in a less violent manner.

[34] Section 25(1) essentially provides that a police officer is justified in using force to effect a lawful arrest, provided that he or she acted on reasonable and probable grounds and used only as much force as was necessary in the circumstances. That is not the end of the matter. Section 25(3) also prohibits a police officer from using a greater degree of force, i.e. that which is intended or likely to cause death or grievous bodily harm, unless he or she believes that it is necessary to protect him- or herself, or another person under his or her protection, from death or grievous bodily harm. The officer's belief must be objectively reasonable. This means that the use of force under s. 25(3) is to be judged on a subjective-objective basis (*Chartier v. Greaves*, [2001] O.J. No. 634 (QL) (S.C.J.), at para. 59). If force of that degree is used to prevent a suspect from fleeing to avoid a lawful arrest, then it is

paragraphe (1), d'employer la force avec l'intention de causer, ou de nature à causer la mort ou des lésions corporelles graves, à moins qu'elle n'estime, pour des motifs raisonnables, que cette force est nécessaire afin de se protéger elle-même ou de protéger toute autre personne sous sa protection, contre la mort ou contre des lésions corporelles graves.

(4) L'agent de la paix, ainsi que toute personne qui l'aide légalement, est fondé à employer contre une personne à arrêter une force qui est soit susceptible de causer la mort de celle-ci ou des lésions corporelles graves, soit employée dans l'intention de les causer, si les conditions suivantes sont réunies :

a) il procède légalement à l'arrestation avec ou sans mandat;

b) il s'agit d'une infraction pour laquelle cette personne peut être arrêtée sans mandat;

c) cette personne s'enfuit afin d'éviter l'arrestation;

d) lui-même ou la personne qui emploie la force estiment, pour des motifs raisonnables, cette force nécessaire pour leur propre protection ou celle de toute autre personne contre la mort ou des lésions corporelles graves — imminentes ou futures;

e) la fuite ne peut être empêchée par des moyens raisonnables d'une façon moins violente.

[34] Le paragraphe 25(1) indique essentiellement qu'un policier est fondé à utiliser la force pour effectuer une arrestation légale, pourvu qu'il agisse sur la foi de motifs raisonnables et probables et qu'il utilise seulement la force nécessaire dans les circonstances. Mais l'examen de la question ne s'arrête pas là. Le paragraphe 25(3) précise qu'il est interdit au policier d'utiliser une trop grande force, c'est-à-dire une force susceptible de causer la mort ou des lésions corporelles graves ou visant un tel but, à moins qu'il ne croie que cette force est nécessaire afin de le protéger ou de protéger toute autre personne sous sa protection contre de telles conséquences. La croyance du policier doit rester objectivement raisonnable. Par conséquent, le recours à la force visé au par. 25(3) doit être examiné à la lumière de motifs subjectifs et objectifs (*Chartier c. Greaves*, [2001] O.J. No. 634 (QL) (C.S.J.), par. 59).

justified under s. 25(4), subject to the limitations described above and to the requirement that the flight could not reasonably have been prevented in a less violent manner.

[35] Police actions should not be judged against a standard of perfection. It must be remembered that the police engage in dangerous and demanding work and often have to react quickly to emergencies. Their actions should be judged in light of these exigent circumstances. As Anderson J.A. explained in *R. v. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211 (B.C.C.A.):

In determining whether the amount of force used by the officer was necessary the jury must have regard to the circumstances as they existed at the time the force was used. They should have been directed that the appellant could not be expected to measure the force used with exactitude. [p. 218]

(2) Application to This Case

[36] I do not believe that the Court of Appeal erred in upholding the trial judge's finding that the police used excessive force in arresting Mr. Nasogaluak. The court correctly stated the legal principles involved in deciding whether the force was excessive and held that the trial judge had adhered to those principles, regardless of whether he had cited the relevant case law and provisions of the *Criminal Code*. The court reached this conclusion despite rejecting several of the trial judge's findings of fact: specifically, that Mr. Nasogaluak was subdued by the time Cst. Chornomydz threw his third punch and that Cst. Dlin knew when he punched Mr. Nasogaluak in the ribs that the suspect was unarmed (paras. 25-26). However, the court was persuaded that there was sufficient evidence to support the trial judge's finding of excessive force (para. 27). It noted that Sirrs J. had properly considered the fact that Mr. Nasogaluak was pinned beneath Cst. Chornomydz at the time of Cst. Dlin's punches, and had taken into account Cst. Dlin's own admission at the hearing that he

Le paragraphe 25(4) justifie le recours à la force par les policiers afin d'empêcher un suspect de prendre la fuite dans le but d'éviter une arrestation légale, sous réserve des limites exposées précédemment. Il faut aussi qu'il n'ait pas été raisonnablement possible d'empêcher la fuite du suspect en utilisant des moyens moins violents.

[35] Les actes des policiers ne devraient pas être jugés au regard d'une norme de perfection. Il ne faut pas oublier que ceux-ci accomplissent un travail exigeant et dangereux et qu'ils doivent souvent réagir rapidement à des situations urgentes. Leurs actes doivent alors être appréciés selon ce que commande ce contexte difficile. Comme le juge Anderson l'explique dans *R. c. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211 (C.A.C.-B.) :

[TRADUCTION] Pour déterminer si la force employée par le policier était nécessaire, les jurés doivent tenir compte des circonstances dans lesquelles le policier y a eu recours. Il aurait fallu leur indiquer qu'on ne pouvait s'attendre à ce que l'appelant mesure la force appliquée avec précision. [p. 218]

(2) Application aux faits de l'espèce

[36] Je ne crois pas que la Cour d'appel a commis une erreur en confirmant la conclusion du juge du procès selon laquelle les policiers avaient employé une force excessive lors de l'arrestation de M. Nasogaluak. La cour a correctement énoncé les principes juridiques applicables à cet égard et elle a conclu que le juge du procès les avait suivis, qu'il ait cité ou non la jurisprudence et les dispositions du *Code criminel* pertinentes. La Cour d'appel a tiré cette conclusion bien qu'elle ait rejeté plusieurs des constatations de fait du juge, plus particulièrement celle portant que M. Nasogaluak avait déjà été maîtrisé lorsque le gend. Chornomydz lui a asséné son troisième coup de poing et celle voulant que le gend. Dlin savait, lorsqu'il lui a donné un coup de poing dans les côtes, que le suspect n'était pas armé (par. 25-26). La Cour d'appel a néanmoins jugé que suffisamment d'éléments de preuve justifiaient la conclusion du juge du procès sur l'emploi d'une force excessive (par. 27). Elle a souligné que le juge Sirrs avait à juste titre considéré le fait que M. Nasogaluak était immobilisé sous le gend.

did not think his colleague's third punch was necessary. In light of these circumstances, the court held that it was not unreasonable for the trial judge to view the amount of force used as excessive.

[37] One should not forget the force of these blows: the trial judge found that Cst. Chornomydz was a "powerful man who would pack a mean punch" (judgment of October 7, 2005, at para. 24). Cst. Dlin's punches were forceful enough to break two of Mr. Nasogaluak's ribs, and ultimately led to a punctured lung. Even taking into account the fact that these events occurred over a very brief period of time and that the police had to make hasty decisions to respond to the situation at hand, in my opinion, the Court of Appeal did not err when it found that the police had used more force than was necessary in the circumstances.

[38] The next question is whether the Court of Appeal correctly upheld the trial judge's finding that the officers' conduct at the time amounted to a violation of s. 7 of the *Charter*. Section 7 provides:

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.

Although the Crown contested the finding of excessive force, neither party made submissions to this Court concerning the s. 7 breach, and I do not propose to engage in a lengthy s. 7 analysis. I leave for another day the question of whether police officers may have an affirmative duty to obtain medical assistance for persons under their care. It is enough to say, for the purposes of the present appeal, that I accept the Court of Appeal's determination that the trial judge had made no palpable and overriding error in his findings that the police had used excessive force at the time of Mr. Nasogaluak's arrest. Further, I believe that a breach is easily made out

Chornomydz au moment où le gend. Dlin l'a frappé, et qu'il avait pris en compte l'admission du gend. Dlin lui-même, à l'audience, selon laquelle le troisième coup de poing donné par son collègue n'était pas, selon lui, nécessaire. En raison de ces circonstances, la cour a statué qu'il n'était pas déraisonnable que le juge du procès ait conclu qu'une force excessive avait été utilisée.

[37] Il ne faut pas oublier la force des coups de poing : selon le juge du procès, le gend. Chornomydz est un [TRADUCTION] « homme robuste, capable de porter un sérieux coup de poing » (jugement du 7 octobre 2005, par. 24). Les coups de poing du gend. Dlin ont été suffisamment puissants pour fracturer deux côtes de M. Nasogaluak et, finalement, entraîner la perforation d'un de ses poumons. Même en admettant que ces faits se sont déroulés en très peu de temps et que les policiers ont dû prendre des décisions très rapides pour réagir à la situation, je suis d'avis que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que les policiers avaient utilisé une force plus grande que nécessaire dans les circonstances.

[38] Se pose maintenant la question de savoir si la Cour d'appel a eu raison de confirmer la conclusion du juge du procès que les actes des policiers au moment de l'arrestation avaient enfreint l'art. 7 de la *Charte*, dont voici le libellé :

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.

Bien que le ministère public ait contesté la conclusion selon laquelle une force excessive avait été employée, les parties n'ont soumis aucun argument à notre Cour concernant la violation de l'art. 7, et je n'entends pas procéder à une analyse exhaustive fondée sur cette disposition. La question de l'existence d'une obligation positive pour les policiers de procurer des soins médicaux aux personnes dont ils ont la garde sera examinée à une autre occasion. Il suffit de préciser, pour les besoins du présent pourvoi, que je fais mienne la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en

on the facts of this case. The substantial interference with Mr. Nasogaluak's physical and psychological integrity that occurred upon his arrest and subsequent detention clearly brings this case under the ambit of s. 7 (*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519). The excessive use of force by the police officers, compounded by the failure of those same officers to alert their superiors to the extent of the injuries they inflicted on Mr. Nasogaluak and their failure to ensure that he received medical attention, posed a very real threat to Mr. Nasogaluak's security of the person that was not in accordance with any principle of fundamental justice. On that evidence and record, we may assume that there was a breach of s. 7 and that there was no limit prescribed by law justifying such a breach. The conclusion that s. 25 was breached, in that excessive, unnecessary force was used by the police officers at the time of the arrest, confirms it.

B. *Sentence Reduction to Remedy a Charter Breach*

(1) The Principles of Sentencing

[39] The central issue in this appeal concerns the possibility of reducing an offender's sentence to take account of a violation of his or her constitutional rights. Our Court must determine whether a s. 24(1) remedy is necessary to address the consequences of a *Charter* breach or whether this can be accomplished through the sentencing process. In addressing this issue, it is necessary first to review the principles that guide the sentencing process under Canadian law. The objectives and principles of sentencing were recently codified in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code* to bring greater consistency and clarity to sentencing decisions. Judges are now directed in s. 718 to consider the fundamental purpose of sentencing as that of contributing, along with crime prevention measures, to "respect for the law and the maintenance of a just,

statuant que les policiers avaient employé une force excessive lors de l'arrestation de M. Nasogaluak. Qui plus est, je suis d'avis que les faits de l'espèce établissent aisément l'existence d'une violation. En effet, lors de son arrestation et de sa détention, M. Nasogaluak a subi une atteinte à son intégrité physique et psychologique d'une importance telle qu'il ne fait pas de doute que l'art. 7 a été enfreint (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519). L'emploi d'une force excessive par les policiers, de même que leur omission d'informer leurs supérieurs de l'étendue des blessures qu'ils avaient infligées à M. Nasogaluak et de veiller à ce qu'il reçoive des soins médicaux constituaient une menace bien réelle à la sécurité de sa personne, contraire aux principes de justice fondamentale. Devant la preuve et le dossier, on peut supposer qu'une atteinte aux droits garantis par l'art. 7 est survenue et qu'aucune limite prescrite par la loi ne justifiait cette atteinte, ce que vient confirmer la conclusion que l'art. 25 n'a pas été respecté. En effet, les policiers avaient employé au moment de l'arrestation une force excessive, pas nécessaire.

B. *La réduction de peine à titre de réparation pour violation de la Charte*

(1) Les principes de détermination de la peine

[39] La question essentielle que pose le présent pourvoi est celle de la possibilité de réduire la peine d'un délinquant dont les droits constitutionnels ont été violés. Notre Cour doit décider si une réparation fondée sur le par. 24(1) est nécessaire pour remédier aux conséquences d'une violation de la *Charte* ou si ce résultat peut être accompli par la mise en œuvre du processus de détermination de la peine. Pour trancher cette question, il faut d'abord examiner les principes qui guident la détermination de la peine en droit canadien. Les objectifs et principes de détermination de la peine ont récemment été énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel* dans le but d'assurer la cohérence et la clarté des décisions rendues en la matière. L'article 718 exige que les juges prennent en compte l'objectif essentiel du prononcé des peines, à savoir contribuer,

peaceful and safe society”. This purpose is met by the imposition of “just sanctions” that reflect the usual array of sentencing objectives, as set out in the same provision: denunciation, general and specific deterrence, separation of offenders, rehabilitation, reparation, and a recent addition: the promotion of a sense of responsibility in the offender and acknowledgement of the harm caused to the victim and to the community.

[40] The objectives of sentencing are given sharper focus in s. 718.1, which mandates that a sentence be “proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender”. Thus, whatever weight a judge may wish to accord to the objectives listed above, the resulting sentence *must* respect the fundamental principle of proportionality. Section 718.2 provides a non-exhaustive list of secondary sentencing principles, including the consideration of aggravating and mitigating circumstances, the principles of parity and totality, and the instruction to consider “all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances”, with particular attention paid to the circumstances of aboriginal offenders.

[41] It is clear from these provisions that the principle of proportionality is central to the sentencing process (*R. v. Solowan*, 2008 SCC 62, [2008] 3 S.C.R. 309, at para. 12). This emphasis was not borne of the 1996 amendments to the *Code* but, rather, reflects its long history as a guiding principle in sentencing (e.g. *R. v. Wilmott* (1966), 58 D.L.R. (2d) 33 (Ont. C.A.)). It has a constitutional dimension, in that s. 12 of the *Charter* forbids the imposition of a grossly disproportionate sentence that would outrage society’s standards of decency. But what does proportionality mean in the context of sentencing?

parallèlement à d’autres initiatives de prévention du crime, « au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre ». Un tel objectif est réalisé par l’infliction de « sanctions justes » adaptées aux objectifs suivants de détermination de la peine énoncés dans la disposition : la dénonciation des comportements illégaux, la dissuasion générale et individuelle, l’isolement des délinquants, leur réinsertion sociale, la réparation des torts causés et, objectif ajouté récemment, la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités et la reconnaissance des torts qu’il a causés à la victime et à la collectivité.

[40] L’article 718.1 précise les objectifs de la détermination de la peine. Il prescrit que la peine doit être « proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant ». Ainsi, indépendamment du poids que le juge souhaite accorder à l’un des objectifs susmentionnés, la peine *doit* respecter le principe fondamental de proportionnalité. De plus, l’art. 718.2 comporte une liste non exhaustive de principes secondaires, notamment l’examen des circonstances aggravantes ou atténuantes, les principes de parité et de totalité et la nécessité d’examiner « toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances », plus particulièrement lorsqu’il s’agit de délinquants autochtones.

[41] Il ressort clairement de ces dispositions que le principe de proportionnalité constitue un élément central de la détermination de la peine (*R. c. Solowan*, 2008 CSC 62, [2008] 3 R.C.S. 309, par. 12). L’importance fondamentale accordée à ce principe ne découle pas des modifications apportées au *Code* en 1996; mais témoigne plutôt du fait qu’il joue depuis longtemps un rôle de principe directeur en matière de détermination de la peine (p. ex. *R. c. Wilmott* (1966), 58 D.L.R. (2d) 33 (C.A. Ont.)). Ce principe possède une dimension constitutionnelle, puisque l’art. 12 de la *Charte* interdit l’infliction d’une peine qui est exagérément disproportionnée au point de ne pas être compatible avec le principe de la dignité humaine propre à la société canadienne. Mais qu’entend-on par proportionnalité dans le contexte de la détermination de la peine?

[42] For one, it requires that a sentence not *exceed* what is just and appropriate, given the moral blameworthiness of the offender and the gravity of the offence. In this sense, the principle serves a limiting or restraining function. However, the rights-based, protective angle of proportionality is counter-balanced by its alignment with the “just deserts” philosophy of sentencing, which seeks to ensure that offenders are held responsible for their actions and that the sentence properly reflects and condemns their role in the offence and the harm they caused (*R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 81; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 533-34, *per* Wilson J., concurring). Understood in this latter sense, sentencing is a form of judicial and social censure (J. V. Roberts and D. P. Cole, “Introduction to Sentencing and Parole”, in Roberts and Cole, eds., *Making Sense of Sentencing* (1999), 3, at p. 10). Whatever the rationale for proportionality, however, the degree of censure required to express society’s condemnation of the offence is always limited by the principle that an offender’s sentence must be equivalent to his or her moral culpability, and not greater than it. The two perspectives on proportionality thus converge in a sentence that both speaks out against the offence and punishes the offender no more than is necessary.

[43] The language in ss. 718 to 718.2 of the *Code* is sufficiently general to ensure that sentencing judges enjoy a broad discretion to craft a sentence that is tailored to the nature of the offence and the circumstances of the offender. The determination of a “fit” sentence is, subject to some specific statutory rules, an individualized process that requires the judge to weigh the objectives of sentencing in a manner that best reflects the circumstances of the case (*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *M. (C.A.)*; *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1 (C.A.)). No one sentencing objective trumps the others and it falls to the sentencing judge to determine which objective or objectives merit the greatest weight, given the particulars of the case. The relative importance

[42] D’une part, ce principe requiert que la sanction n’*excède* pas ce qui est juste et approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant et de la gravité de l’infraction. En ce sens, le principe de la proportionnalité joue un rôle restrictif. D’autre part, à l’optique axée sur l’existence de droits et leur protection correspond également une approche relative à la philosophie du châtement fondée sur le « juste dû ». Cette dernière approche vise à garantir que les délinquants soient tenus responsables de leurs actes et que les peines infligées reflètent et sanctionnent adéquatement le rôle joué dans la perpétration de l’infraction ainsi que le tort qu’ils ont causé (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 81; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 533-534, motifs concordants de la juge Wilson). Sous cet angle, la détermination de la peine représente une forme de censure judiciaire et sociale (J. V. Roberts et D. P. Cole, « Introduction to Sentencing and Parole », dans Roberts et Cole, dir., *Making Sense of Sentencing* (1999), 3, p. 10). Toutefois, sans égard au raisonnement servant d’assise au principe de la proportionnalité, le degré de censure requis pour exprimer la réprobation de la société à l’égard de l’infraction demeure dans tous les cas contrôlé par le principe selon lequel la peine infligée à un délinquant doit correspondre à sa culpabilité morale et non être supérieure à celle-ci. Par conséquent, les deux optiques de la proportionnalité confluent pour donner une peine qui dénonce l’infraction et qui punit le délinquant sans excéder ce qui est nécessaire.

[43] Les articles 718 à 718.2 du *Code* sont rédigés de manière suffisamment générale pour conférer aux juges chargés de déterminer les peines un large pouvoir discrétionnaire leur permettant de façonner une peine adaptée à la nature de l’infraction et à la situation du délinquant. Sous réserve de certaines règles particulières prescrites par la loi, le prononcé d’une peine « juste » reste un processus individualisé, qui oblige le juge à soupeser les objectifs de détermination de la peine de façon à tenir compte le mieux possible des circonstances de l’affaire (*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *M. (C.A.)*; *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1 (C.A.)). Aucun objectif de détermination de la peine ne prime les autres. Il appartient au juge

of any mitigating or aggravating factors will then push the sentence up or down the scale of appropriate sentences for similar offences. The judge's discretion to decide on the particular blend of sentencing goals and the relevant aggravating or mitigating factors ensures that each case is decided on its facts, subject to the overarching guidelines and principles in the *Code* and in the case law.

[44] The wide discretion granted to sentencing judges has limits. It is fettered in part by the case law that has set down, in some circumstances, general ranges of sentences for particular offences, to encourage greater consistency between sentencing decisions in accordance with the principle of parity enshrined in the *Code*. But it must be remembered that, while courts should pay heed to these ranges, they are guidelines rather than hard and fast rules. A judge can order a sentence outside that range as long as it is in accordance with the principles and objectives of sentencing. Thus, a sentence falling outside the regular range of appropriate sentences is not necessarily unfit. Regard must be had to all the circumstances of the offence and the offender, and to the needs of the community in which the offence occurred.

[45] The discretion of a sentencing judge is also constrained by statute, not only through the general sentencing principles and objectives enshrined in ss. 718 to 718.2 articulated above but also through the restricted availability of certain sanctions in the *Code*. For instance, s. 732 prohibits a court from ordering that a sentence of imprisonment exceeding 90 days be served intermittently. Similar restrictions exist for sanctions such as discharges (s. 730), fines (s. 734), conditional sentences (s. 742.1) and

qui prononce la sanction de déterminer s'il faut accorder plus de poids à un ou plusieurs objectifs, compte tenu des faits de l'espèce. La peine sera par la suite ajustée — à la hausse ou à la baisse — dans la fourchette des peines appropriées pour des infractions similaires, selon l'importance relative des circonstances atténuantes ou aggravantes, s'il en est. Il découle de ce pouvoir discrétionnaire du juge d'arrêter la combinaison particulière d'objectifs de détermination de la peine et de circonstances aggravantes ou atténuantes devant être pris en compte que chaque affaire est tranchée en fonction des faits qui lui sont propres, sous réserve des lignes directrices et des principes fondamentaux énoncés au *Code* et dans la jurisprudence.

[44] Le vaste pouvoir discrétionnaire conféré aux juges chargés de la détermination de la peine comporte toutefois des limites. Il est en partie circonscrit par les décisions qui ont établi, dans certaines circonstances, des fourchettes générales de peines applicables à certaines infractions, en vue de favoriser, conformément au principe de parité consacré par le *Code*, la cohérence des peines infligées aux délinquants. Il faut cependant garder à l'esprit que, bien que les tribunaux doivent en tenir compte, ces fourchettes représentent tout au plus des lignes directrices et non des règles absolues. Un juge peut donc prononcer une sanction qui déroge à la fourchette établie, pour autant qu'elle respecte les principes et objectifs de détermination de la peine. Une telle sanction n'est donc pas nécessairement inappropriée, mais elle doit tenir compte de toutes les circonstances liées à la perpétration de l'infraction et à la situation du délinquant, ainsi que des besoins de la collectivité au sein de laquelle l'infraction a été commise.

[45] La loi restreint aussi le pouvoir discrétionnaire du juge de la peine, non seulement par l'adoption de principes et objectifs généraux de détermination de la peine consacrés aux art. 718 à 718.2, qui ont été exposés précédemment, mais aussi par l'existence d'autres dispositions du *Code* écartant certaines sanctions. À titre d'exemple, l'art. 732 interdit aux tribunaux d'ordonner qu'une peine d'emprisonnement de plus de 90 jours soit purgée de façon discontinue. Des restrictions similaires

probationary terms (s. 731). Parliament has also seen fit to reduce the scope of available sanctions for certain offences through the enactment of mandatory minimum sentences. A relatively new phenomenon in Canadian law, the minimum sentence is a forceful expression of governmental policy in the area of criminal law. Certain minimum sentences have been successfully challenged under s. 12 of the *Charter* on the basis that they constituted grossly disproportionate punishment in the circumstances of the case (*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Bill* (1998), 13 C.R. (5th) 125 (B.C.S.C.)), while others have been upheld (*R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90). Absent a declaration of unconstitutionality, minimum sentences must be ordered where so provided in the *Code*. A judge's discretion does not extend so far as to override this clear statement of legislative intent.

[46] Appellate courts grant sentencing judges considerable deference when reviewing the fitness of a sentence. In *M. (C.A.)*, Lamer C.J. cautioned that a sentence could only be interfered with if it was "demonstrably unfit" or if it reflected an error in principle, the failure to consider a relevant factor, or the over-emphasis of a relevant factor (para. 90; see also *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163, at paras. 14-15; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at paras. 123-26; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, at paras. 14-17; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227). As Laskin J.A. explained in *R. v. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (Ont. C.A.), at para. 35, however, this does not mean that appellate courts can interfere with a sentence simply because they would have weighed the relevant factors differently:

To suggest that a trial judge commits an error in principle because in an appellate court's opinion the trial judge gave too much weight to one relevant factor or not enough weight to another is to abandon deference altogether. The weighing of relevant factors, the balancing process is what the exercise of discretion is all about.

visent des sanctions comme les absolutions (art. 730), les amendes (art. 734), les ordonnances de sursis (art. 742.1) et les ordonnances de probation (art. 731). Le législateur a également jugé bon de réduire l'étendue des châtiments possibles à l'égard de certaines infractions en établissant des peines minimales obligatoires. Phénomène relativement nouveau en droit canadien, la peine minimale est l'expression claire d'une politique générale dans le domaine du droit pénal. Certaines peines minimales ont été invalidées sur le fondement de l'art. 12 de la *Charte* au motif qu'elles constituaient des châtiments exagérément disproportionnés eu égard aux circonstances de l'affaire (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Bill* (1998), 13 C.R. (5th) 125 (C.S.C.-B.)), alors que d'autres ont été maintenues (*R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90). À moins qu'elles n'aient été déclarées inconstitutionnelles, les peines minimales prévues au *Code* sont obligatoires. Le pouvoir discrétionnaire d'un juge n'est pas si large qu'il lui permette de déroger à cette expression claire de la volonté du législateur.

[46] Les tribunaux d'appel font preuve d'une grande déférence à l'égard des décisions des juges prononçant les peines. Dans l'arrêt *M. (C.A.)*, le juge en chef Lamer a rappelé qu'une peine ne peut être modifiée que si elle n'est « manifestement pas indiquée » ou si elle découle d'une erreur de principe, de l'omission de prendre en considération un facteur pertinent ou d'une insistance trop grande sur un facteur approprié (par. 90; voir également *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163, par. 14-15; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 123-126; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, par. 14-17; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227). Toutefois, comme l'a expliqué le juge Laskin dans *R. c. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (C.A. Ont.), au par. 35, cela ne signifie pas que les tribunaux d'appel peuvent modifier une peine simplement parce qu'ils auraient accordé un poids différent aux facteurs pertinents :

[TRADUCTION] Suggérer que le juge de première instance a commis une erreur de principe parce que, de l'avis du tribunal d'appel, il a accordé trop de poids à un facteur pertinent ou trop peu à un autre équivaut à faire fi de toute déférence. La pondération des facteurs pertinents, le processus de mise en balance, voilà l'objet

To maintain deference to the trial judge's exercise of discretion, the weighing or balancing of relevant factors must be assessed against the reasonableness standard of review. Only if by emphasizing one factor or by not giving enough weight to another, the trial judge exercises his or her discretion unreasonably should an appellate court interfere with the sentence on the ground the trial judge erred in principle.

Given the breadth of the sentencing judge's discretion, the question remains: What role should the facts alleged to constitute a *Charter* breach play in the determination of a fit sentence? It is to this issue that I now turn.

(2) The Role of *Charter* Breaches in the Regular Sentencing Process

[47] The sentencing principles described above must be understood and applied within the overarching framework of our Constitution. Thus it may, at times, be appropriate for a court to address a *Charter* breach when passing sentence. This may be accomplished without resort to s. 24(1) of the *Charter*, given the court's broad discretion under ss. 718 to 718.2 of the *Code* to craft a fit sentence that reflects all the factual minutiae of the case. If the facts alleged to constitute a *Charter* breach are related to one or more of the relevant principles of sentencing, then the sentencing judge can properly take those facts into account in arriving at a fit sentence. Section 718.2(a) of the *Code* provides that a court should reduce a sentence "to account for any relevant . . . mitigating circumstances relating to the offence or the offender". It would be absurd to suggest that simply because some facts also tend to suggest a violation of the offender's *Charter* rights, they could no longer be considered relevant mitigating factors in the determination of a fit sentence.

de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La déférence dont il faut faire preuve à l'égard des décisions prises par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire commande qu'on évalue la façon dont il a soupesé ou mis en balance les différents facteurs au regard de la norme de contrôle de la raisonnabilité. Ce n'est que si le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable, en insistant trop sur un facteur ou en omettant d'accorder suffisamment d'importance à un autre, que le tribunal d'appel pourra modifier la peine au motif que le juge a commis une erreur de principe.

Compte tenu de l'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge chargé de la détermination de la peine, la question demeure : Comment les faits qui, prétend-on, constituent une violation de la *Charte* devraient-ils influencer sur la détermination de la peine appropriée? Je vais maintenant examiner cette question.

(2) Le rôle des atteintes à la *Charte* dans le processus normal de détermination de la peine

[47] Les principes de détermination de la peine décrits précédemment doivent être interprétés et appliqués en respectant le cadre fondamental établi par notre Constitution. Par conséquent, il peut, à l'occasion, arriver que le tribunal soit justifié de prendre en considération une violation de la *Charte* lors du prononcé de la peine. Il pourrait agir ainsi sans recourir au par. 24(1) de la *Charte*, en raison du pouvoir discrétionnaire étendu que lui confèrent les art. 718 à 718.2 du *Code* en vue de façonner une peine appropriée, reflétant bien tous les faits de l'espèce. Le juge du procès peut à bon droit tenir compte des faits qui, affirme-t-on, constituent une violation de la *Charte* pour déterminer la peine appropriée si ces derniers se rattachent à un ou à plusieurs principes pertinents de détermination de la peine juste et appropriée. Aux termes de l'al. 718.2a) du *Code*, la peine infligée par le tribunal devrait être adaptée « aux circonstances [. . .] atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant ». Il serait absurde de prétendre que, simplement parce que certains faits tendent également à démontrer l'existence d'une atteinte à des droits garantis au délinquant par la *Charte*, ces mêmes faits ne peuvent constituer des circonstances atténuantes pertinentes pour déterminer la peine appropriée.

[48] Indeed, the sentencing regime under Canadian law must be implemented within, and not apart from, the framework of the *Charter*. Sentencing decisions are always subject to constitutional scrutiny. A sentence cannot be “fit” if it does not respect the fundamental values enshrined in the *Charter*. Thus, incidents alleged to constitute a *Charter* violation can be considered in sentencing, provided that they bear the necessary connection to the sentencing exercise. As mitigating factors, the circumstances of the breach would have to align with the circumstances of the offence or the offender, as required by s. 718.2 of the *Code*. Naturally, the more egregious the breach, the more attention the court will likely pay to it in determining a fit sentence.

[49] This is consistent with the communicative function of sentencing. A proportionate sentence is one that expresses, to some extent, society’s legitimate shared values and concerns. As Lamer C.J. stated in *M. (C.A.)*:

Our criminal law is also a system of values. A sentence which expresses denunciation is simply the means by which these values are communicated. In short, in addition to attaching negative consequences to undesirable behaviour, judicial sentences should also be imposed in a manner which positively instills the basic set of communal values shared by all Canadians as expressed by the *Criminal Code*. [para. 81]

A sentence that takes account of a *Charter* violation is therefore able to communicate respect for the shared set of values expressed in the *Charter*. In the words of Professor Allan Manson:

The communicative function of sentencing is all about conveying messages. The messages are directed to the

[48] En effet, le régime de détermination de la peine applicable en droit canadien doit être mis en œuvre dans le respect du cadre établi par la *Charte*, et non indépendamment de celui-ci. Les peines prononcées par les tribunaux sont toujours susceptibles de contrôle au regard de la Constitution. Une peine ne saurait être « juste » si elle ne respecte pas les valeurs fondamentales consacrées par la *Charte*. Des faits qui, prétend-on, constituent une atteinte à un droit garanti par celle-ci peuvent donc être pris en compte lors du prononcé de la peine, pour autant qu’ils possèdent le lien nécessaire avec ce processus. Pour être considérés comme des circonstances atténuantes, les faits entourant la violation doivent se rapporter aux circonstances liées à la perpétration de l’infraction ou à la situation du délinquant, comme l’exige l’art. 718.2 du *Code*. Naturellement, plus l’atteinte est grave, plus il est probable que le tribunal y attache de l’importance lors de la détermination de la peine appropriée.

[49] Une telle approche est compatible avec le rôle communicationnel du prononcé des peines. Une peine proportionnée exprime, dans une certaine mesure, les valeurs et les préoccupations légitimes que partagent les Canadiens. Comme l’a dit le juge en chef Lamer dans *M. (C.A.)* :

Notre droit criminel est également un système de valeurs. La peine qui exprime la réprobation de la société est uniquement le moyen par lequel ces valeurs sont communiquées. En résumé, en plus d’attacher des conséquences négatives aux comportements indésirables, les peines infligées par les tribunaux devraient également être infligées d’une manière propre à enseigner de manière positive la gamme fondamentale des valeurs communes que partagent l’ensemble des Canadiens et des Canadiennes et qui sont exprimées par le *Code criminel*. [par. 81]

Une peine qui prend en compte une violation de la *Charte* permet donc d’exprimer le respect que commandent les valeurs communes consacrées dans la *Charte*. Pour reprendre les propos du professeur Allan Manson :

[TRADUCTION] Le rôle communicationnel du processus de détermination de la peine consiste essentiellement à

community. They are about the values which ought to be important to the community.

(“*Charter* Violations in Mitigation of Sentence” (1995), 41 C.R. (4th) 318, at p. 323)

Indeed, s. 718 of the *Criminal Code* describes the fundamental purpose of sentencing as that of contributing to “respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society”. This function must be understood as providing scope for sentencing judges to consider not only the actions of the offender, but also those of state actors. Provided that the impugned conduct relates to the individual offender and the circumstances of his or her offence, the sentencing process includes consideration of society’s collective interest in ensuring that law enforcement agents respect the rule of law and the shared values of our society.

[50] The conclusion that the circumstances of alleged *Charter* breaches can be considered during sentencing, when they are relevant to the offender and to the offence, is consistent with much of the sentencing jurisprudence. In several cases, courts have reduced a sentence to reflect the prejudice caused to the accused by the incident giving rise to a *Charter* violation, without invoking s. 24(1). For instance, in *R. v. Munoz*, 2006 ABQB 901, 69 Alta. L.R. (4th) 231, an offender’s overall sentence was reduced to take account of the breach of his s. 7 and s. 12 rights by police guards. While awaiting trial for serious offences including robbery and aggravated assault, the accused was subject to acts of physical violence by the guards and was forced to wear a degrading prisoner uniform called a “baby doll”. Writing for the court, Wilkins J. described the accused’s treatment at the hands of the police as “grossly disproportionate to the punishment that was appropriate” (para. 77). He held that a fit sentence, notwithstanding the *Charter* breaches, would have been seven years’ imprisonment, on the high end of the scale for those particular offences. Taking the breaches into account, and after ordering an enhanced credit of 33 months

transmettre des messages. Ces messages s’adressent à la collectivité. Ils concernent les valeurs qui devraient avoir de l’importance pour la société.

(« *Charter* Violations in Mitigation of Sentence » (1995), 41 C.R. (4th) 318, p. 323)

Ainsi, aux termes de l’art. 718 du *Code criminel*, l’objectif essentiel de la détermination de la peine est de contribuer au « respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre ». Il faut comprendre que ce rôle donne aux juges chargés de déterminer les peines la latitude de considérer non seulement les actes du délinquant, mais également ceux des représentants de l’État. Dans la mesure où la conduite reprochée se rapporte à la situation du délinquant et aux circonstances liées à la perpétration de l’infraction, l’intérêt de la société au respect de la primauté du droit et des valeurs communes de la société canadienne par les personnes chargées d’appliquer la loi conserve toute sa pertinence lors du prononcé des peines.

[50] La conclusion portant que les circonstances entourant de prétendues atteintes aux droits protégés par la *Charte* peuvent être considérées pendant le processus de détermination de la peine, lorsqu’elles se rapportent à la situation du délinquant ou à la perpétration de l’infraction, est conforme à une bonne partie de la jurisprudence sur le sujet. Dans plusieurs affaires, les tribunaux ont réduit, sans se fonder sur le par. 24(1), la peine infligée à l’accusé pour tenir compte du préjudice causé à ce dernier lors de faits ayant occasionné une violation de la *Charte*. À titre d’exemple, dans *R. c. Munoz*, 2006 ABQB 901, 69 Alta. L.R. (4th) 231, le tribunal a réduit la peine globale du délinquant en raison de la violation, par des policiers chargés de sa surveillance, des droits que lui garantissent les art. 7 et 12. Pendant qu’il attendait d’être jugé pour des crimes graves — notamment vol qualifié et voies de fait graves —, il avait été victime d’actes de violence aux mains de ces policiers et avait été forcé de porter un uniforme de prisonnier humiliant appelé « *baby doll* » (une « nuisette »). S’exprimant au nom de la cour, le juge Wilkins a souligné que la façon dont les policiers avaient traité l’accusé était [TRADUCTION] « exagérément disproportionnée

for time served in the remand facility, he ordered a sentence of two years less a day in jail. The court did not cite s. 24(1) of the *Charter* as authority for the sentence reduction.

[51] Perhaps more instructive to the current appeal is *R. v. Pigeon* (1992), 73 C.C.C. (3d) 337 (B.C.C.A.), which illustrates the court's authority to address police violence within the context of ordinary sentencing principles. The offender was a Chilcotin man who had fled from police after committing a break and enter. After an officer fired a shot into the air, Mr. Pigeon returned from whence he had fled — unarmed and unaggressive — with the intent to surrender. The officer grabbed Mr. Pigeon by the hair and threw him onto the pavement. Rather than handcuff the accused at this point, the officer lifted him back up and dragged him by the hair to where the other officer was stationed. He threw him onto the ground again and, with the other officer's foot firmly placed on the accused's neck, handcuffed him. Mr. Pigeon did not resist arrest or attempt to escape at any time.

[52] The accused was convicted and sentenced to nine months' imprisonment followed by 18 months' probation. The trial judge acknowledged the injuries suffered by Mr. Pigeon during his arrest, but concluded that the officer's use of force was irrelevant to the offender's sentence:

Although you deserve some sympathy on account of that ill treatment, it is not a factor that I am prepared to take into consideration. You have a civil remedy.

After releasing those reasons, the trial judge filed a formal report to the Court of Appeal recommending

par rapport à la sanction appropriée » (par. 77). Il a conclu que, indépendamment des atteintes aux droits protégés par la *Charte*, la sanction appropriée aurait été une peine d'emprisonnement de sept ans, se situant à l'extrémité supérieure de la fourchette des peines applicables aux infractions en question. En raison des violations des droits du prévenu et du crédit de 33 mois accordé pour le temps passé sous garde dans un établissement de détention provisoire, le juge a prononcé une peine de deux ans moins un jour. La cour ne s'est pas référée au par. 24(1) de la *Charte* pour motiver la réduction de la peine.

[51] Mentionnons en outre l'arrêt *R. c. Pigeon* (1992), 73 C.C.C. (3d) 337 (C.A.C.-B.), peut-être plus pertinent en l'espèce, pour illustrer le pouvoir des tribunaux de considérer les actes de violence policière lors de l'application des principes habituels de détermination de la peine. Le délinquant, un Chilcotin, avait fui la police après avoir commis une introduction par effraction. Après un coup de semonce tiré par le policier, M. Pigeon est revenu sur ses pas avec l'intention de se rendre — il n'était ni armé ni agressif. Le policier l'a empoigné par les cheveux et l'a projeté sur la chaussée. Plutôt que de lui passer les menottes à ce moment-là, le policier l'a remis debout et l'a traîné par les cheveux jusqu'à l'endroit où se tenait l'autre policier. Il a de nouveau jeté le délinquant au sol, puis l'a menotté pendant que l'autre policier appuyait fermement son pied sur la nuque de ce dernier. M. Pigeon n'a à aucun moment opposé de résistance ou tenté de s'échapper.

[52] L'accusé a été déclaré coupable et condamné à une peine d'emprisonnement de neuf mois, suivie d'une période de probation de 18 mois. Le juge du procès a reconnu que M. Pigeon avait subi des blessures pendant son arrestation, mais a conclu que le recours à la force par le policier n'était pas pertinent pour fixer la peine du délinquant :

[TRADUCTION] Bien que ces mauvais traitements méritent de la sympathie, ils ne constituent pas un facteur que je suis prêt à prendre en considération. Vous disposez d'un recours civil.

À la suite du dépôt de ses motifs, le juge du procès a produit à la Cour d'appel un rapport formel

a reduced sentence of six months' imprisonment. He wrote:

I refused to take into account the assaults that the accused had suffered at the hands of the police, and told him that he had a civil remedy for that.

On reflection I am of the view that effect ought to have been given to the assaults. Had I considered it appropriate to do so I would have further reduced the term of imprisonment by three months to six months.

. . .

I am respectfully of the view that it is not in the public interest that police constables should be perceived as "getting away" [with] ill treating aboriginal people, and I am no longer of the view that a civil remedy is the proper form of redress.

On appeal, Carrothers J.A. accepted the trial judge's findings that the degree of force used by police was unwarranted and excessive. He noted that, although the court is "not sitting in judgment of the police", it is within the ambit of the appellate court's review of the fitness of the sentence to consider all that is known about the offender and the offence, along with the "realities and complexion of the community . . . which are relevant to and bear upon the public perception of justice" (p. 343). In light of these considerations, Carrothers J.A. ordered a reduced sentence of six months' imprisonment, falling to the low end of the scale of sentences for similar offences.

[53] It is important to note that a sentence can be reduced in light of state misconduct even when the incidents complained of do not rise to the level of a *Charter* breach. In *Pigeon*, the court did not need to determine whether the accused's s. 7 rights had been violated, as there was sufficient scope within the regular sentencing process to address the impropriety of the police officers' actions. Likewise, the Ontario Court of Appeal held in *R. v. Bosley* (1992), 18 C.R. (4th) 347, that the trial

recommandant une peine réduite de six mois d'emprisonnement. Voici ce qu'il a écrit :

[TRADUCTION] J'ai refusé de tenir compte des voies de fait subies par l'accusé aux mains des policiers et je lui ai dit qu'il disposait d'un recours civil à cet égard.

Après mûre réflexion, j'estime que les voies de fait auraient dû être prises en compte. Si j'avais jugé bon de le faire, j'aurais accordé une réduction de peine additionnelle de trois mois à six mois.

. . .

À mon humble avis, il n'est pas dans l'intérêt public qu'on ait l'impression que des policiers peuvent « s'en tirer » après avoir infligé de mauvais traitements à des Autochtones, et je ne suis plus convaincu qu'un recours civil est la voie appropriée dans les circonstances.

Lors de l'appel, le juge Carrothers a souscrit aux conclusions du juge du procès portant que la police avait eu recours à une force injustifiée et excessive. Il a souligné que, si la cour n'était [TRADUCTION] « pas appelée à se prononcer sur la conduite des policiers » dans cette affaire, elle était néanmoins habilitée, dans l'examen de la justesse de la peine, à considérer tous les éléments connus quant à la situation du délinquant et aux circonstances liées à la perpétration de l'infraction, ainsi que [TRADUCTION] « les réalités et les caractéristiques de la composition de la collectivité [. . .], qui sont pertinentes et qui influent sur la perception qu'a le public de la justice » (p. 343). En raison de ces considérations, le juge d'appel Carrothers a réduit la peine à six mois d'emprisonnement, ce qui la ramenait à l'extrémité inférieure de la fourchette des peines applicables à des infractions similaires.

[53] Il importe de signaler qu'une peine peut être réduite en raison de la conduite répréhensible de représentants de l'État, et ce, même dans les cas où les faits reprochés ne constituent pas une violation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Pigeon*, le tribunal n'a pas eu à décider si les droits garantis à l'accusé par l'art. 7 avaient été enfreints, puisqu'il disposait d'une latitude suffisante dans le cadre du processus habituel de détermination de la peine pour se pencher sur les actes répréhensibles commis par

judge had properly considered excessive but not unconstitutional delay as a mitigating factor in his determination of a fit sentence (see also *R. v. Leaver* (1996), 3 C.R. (5th) 138 (Ont. C.A.)). And in *R. v. Panousis*, 2002 ABQB 1109, 329 A.R. 47, the Alberta Court of Queen's Bench treated the delay in the proceedings as a relevant mitigating factor that led to a reduced sentence for the offence of trafficking in cocaine. Although the delay did not amount to a s. 11(b) violation, the court held that it had caused prejudice to the accused that was relevant and probative to the sentencing process. The majority of the Alberta Court of Appeal, in brief oral reasons (2004 ABCA 211 (CanLII)), reversed the trial judge's decision and imposed a sentence of incarceration of two years less a day and a heavy fine. The majority did not state whether it disagreed with the trial judge's finding that delay was a relevant mitigating circumstance, but it is notable that its final sentence went below the trial judge's appreciation of the usual sentences for serious drug offences.

[54] To be certain, the concept of recognizing harm or prejudice caused to the offender as a mitigating circumstance upon sentencing did not originate with the *Charter*. In the pre-*Charter* case of *R. v. Kirzner* (1976), 14 O.R. (2d) 665, the Ontario Court of Appeal reduced a sentence for drug offences to reflect the police force's role in exposing the offender to the opportunity to commit the offences for which he was convicted. The RCMP had used the offender, who was addicted to heroin, as an informer to infiltrate and gain information about the drug trade in Montreal. The court found that, although the defence of entrapment was not available to the accused, the police were sufficiently implicated in the offender's actions to warrant a reduction of his sentence. Likewise, the Ontario Court of Appeal reduced a sentence in the pre-*Charter* context to mitigate the effects

les policiers. De même, dans *R. c. Bosley* (1992), 18 C.R. (4th) 347, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que le juge du procès avait à juste titre considéré un délai qui, sans être inconstitutionnel, était excessif comme une circonstance atténuante aux fins de détermination de la peine appropriée (voir également *R. c. Leaver* (1996), 3 C.R. (5th) 138 (C.A. Ont.)). En outre, dans *R. c. Panousis*, 2002 ABQB 1109, 329 A.R. 47, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a considéré que le délai écoulé avant la tenue du procès constituait une circonstance atténuante et a en conséquence infligé une peine réduite à l'égard d'une infraction de trafic de cocaïne. Bien que ce délai n'ait pas constitué une violation des droits protégés par l'al. 11b), la cour a conclu qu'il avait causé à l'accusé un préjudice pertinent pour la détermination de la peine. Dans des brefs motifs prononcés oralement (2004 ABCA 211 (CanLII)), les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont infirmé la décision du juge de première instance et prononcé une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour assortie d'une lourde amende. Ils n'ont pas précisé s'ils rejetaient la conclusion du juge selon laquelle le délai constituait une circonstance atténuante pertinente, mais il convient de noter que la peine infligée en définitive était inférieure à celles applicables habituellement, de l'avis du juge du procès, aux infractions graves en matière de drogue.

[54] Certes, l'idée de considérer le tort ou le préjudice subi par l'accusé comme une circonstance atténuante lors de la détermination de sa peine ne procède pas de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Kirzner* (1976), 14 O.R. (2d) 665, rendu avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, la Cour d'appel de l'Ontario a réduit la peine sanctionnant des infractions en matière de drogue pour tenir compte du rôle que les policiers avaient joué en fournissant à l'accusé l'occasion de commettre les infractions reprochées. Dans cette affaire, la GRC avait utilisé l'accusé, un héroïnomane, à titre d'informateur et lui avait demandé d'infiltrer le réseau de la drogue à Montréal et d'obtenir des renseignements sur ce commerce. Le tribunal a jugé que l'accusé ne pouvait invoquer la défense de provocation policière, mais que les policiers étaient toutefois suffisamment impliqués dans les actes de l'accusé pour qu'il

of an unlawful search of the accused's premises in *R. v. Steinberg*, [1967] 1 O.R. 733. Excessive delay attributable to the prosecution or police has also been considered a mitigating factor in a number of pre-*Charter* cases (*R. v. Cooper (No. 2)* (1977), 35 C.C.C. (2d) 35 (Ont. C.A.); *R. v. Simon* (1975), 25 C.C.C. (2d) 159 (Ont. C.A.)). Likewise, delay arising out of strategically delayed charges in respect of contemporaneous offences has led to reduction of the sentences (*R. v. Parisien* (1971), 3 C.C.C. (2d) 433 (B.C.C.A.); *R. v. Burke*, [1968] 2 C.C.C. 124 (Ont. C.A.); *R. v. Fairn* (1973), 12 C.C.C. (2d) 423 (N.S. Co. Ct.)).

[55] Thus, a sentencing judge may take into account police violence or other state misconduct while crafting a fit and proportionate sentence, without requiring the offender to prove that the incidents complained of amount to a *Charter* breach. Provided the interests at stake can properly be considered by the court while acting within the sentencing regime in the *Criminal Code*, there is simply no need to turn to the *Charter* for a remedy. However, if a *Charter* breach has already been alleged and established, a trial judge should not be prevented from reducing the sentence accordingly, so long as the incidents giving rise to the breach are relevant to the usual sentencing regime. Of course, as we shall see, as a general rule, a court cannot reduce a sentence below a mandatory minimum or order a reduced sentence that is not provided for by statute. That said, circumstances of a *Charter* breach or other instances of state misconduct, in exceptional circumstances, do allow a court to derogate from the usual rules to which its decisions are subject.

soit justifié de réduire la peine infligée à celui-ci. De même, dans *R. c. Steinberg*, [1967] 1 O.R. 733, la Cour d'appel de l'Ontario a accordé une réduction de peine pour remédier au préjudice causé par une perquisition illégale exécutée dans des locaux appartenant à l'accusé. Des délais excessifs attribuables à la poursuite ou à la police ont également été considérés comme des circonstances atténuantes dans plusieurs décisions rendues avant l'adoption de la *Charte* (*R. c. Cooper (No. 2)* (1977), 35 C.C.C. (2d) 35 (C.A. Ont.); *R. c. Simon* (1975), 25 C.C.C. (2d) 159 (C.A. Ont.)). Dans le même ordre d'idées, des délais découlant du fait pour la poursuite d'avoir différé stratégiquement le dépôt d'accusations visant des infractions contemporaines de celles reprochées ont eux aussi entraîné des réductions de peine (*R. c. Parisien* (1971), 3 C.C.C. (2d) 433 (C.A.C.-B.); *R. c. Burke*, [1968] 2 C.C.C. 124 (C.A. Ont.); *R. c. Fairn* (1973), 12 C.C.C. (2d) 423 (C. cté N.-É.)).

[55] Par conséquent, le juge qui prononce la peine peut prendre en compte des actes de violence policière ou d'autres conduites répréhensibles de représentants de l'État lorsqu'il détermine la peine appropriée et proportionnée, sans obliger le délinquant à prouver que les faits reprochés constituent des violations de la *Charte*. Il n'est tout simplement pas nécessaire que le tribunal s'appuie sur la *Charte* pour accorder une réparation, s'il peut à bon droit considérer les intérêts en jeu tout en se conformant aux prescriptions du régime de détermination de la peine établi par le *Code criminel*. Cependant, le fait qu'une violation de la *Charte* ait été plaidée et prouvée ne devrait pas empêcher le juge du procès de réduire la peine en conséquence, pourvu que les faits ayant donné lieu à la violation constituent des circonstances pertinentes pour l'application du régime habituel de détermination de la peine. Bien sûr, comme nous le verrons, les tribunaux ne peuvent en règle générale réduire une peine en deçà du minimum obligatoire ni prononcer une peine réduite qui ne soit pas prévue par la loi. Cela dit, il arrive effectivement que, dans des circonstances exceptionnelles, les faits entourant la violation de la *Charte* ou toute autre conduite répréhensible de représentants de l'État justifient le tribunal de déroger aux règles habituelles régissant ses décisions.

(3) Section 24(1) of the Charter and the Sentencing Process

[56] Much of the discussion in this appeal turned on the reduction of sentences for acts that might also be *Charter* breaches. But this intense debate reflects a misapprehension of the flexibility and contextual nature of the sentencing process in Canada. It is true that a substantial strand of jurisprudence, emanating from several provinces, has granted reductions of sentences under s. 24(1) as *Charter* remedies, in order to impose a just and appropriate punishment in specific cases. This jurisprudence may not have been completely mindful that events which justify findings of *Charter* breaches may also be circumstances which can legitimately form part of the analytical process leading to a fit sentence under the provisions of the *Criminal Code*. On their own, without the need to fall back upon the *Charter*, these provisions can generally provide remedial protection to individuals whose rights have been infringed. With this in mind, I will now briefly review these cases.

[57] In the early days of the *Charter*, La Forest J. recognized sentence reduction as falling along the range of potential s. 24(1) remedies in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 974. Since then, the disagreements in the jurisprudence about whether sentence reduction is *prima facie* available as a *Charter* remedy have centred more on the types of limits that should constrain a court's resort to this remedy than on the availability of such a remedy.

[58] In a number of cases, courts have adopted a contextual and flexible approach to sentence reduction under s. 24(1), and have not imposed any strict limits on its use. In *R. v. Charles* (1987), 61 Sask. R. 166, the Saskatchewan Court of Appeal dismissed an appeal against the trial judge's order of a reduced sentence for a man convicted of assaulting

(3) Le paragraphe 24(1) de la Charte et la détermination de la peine

[56] En l'espèce, les débats ont porté essentiellement sur les réductions de peine accordées pour tenir compte d'actes susceptibles de constituer également des violations de la *Charte*. Or, l'intensité de ces débats traduit une méconnaissance de la souplesse et de la nature contextuelle du processus de détermination de la peine au Canada. Il est vrai qu'un nombre appréciable de décisions, émanant de plusieurs provinces, ont accordé des réductions de peine à titre de réparations fondées sur le par. 24(1) de la *Charte* afin d'infliger une sanction juste et appropriée dans certains cas particuliers. Cependant, cette jurisprudence n'a peut-être pas suffisamment tenu compte du fait que des circonstances justifiant de conclure à la violation de la *Charte* peuvent également constituer des circonstances capables d'être légitimement considérées dans le processus de détermination de la peine appropriée en vertu des dispositions du *Code criminel*. À elles seules, ces dispositions permettent généralement d'accorder une réparation aux personnes dont les droits ont été violés, sans qu'il soit besoin de s'appuyer sur la *Charte*. Dans cet esprit, je vais maintenant examiner brièvement ces affaires.

[57] Dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 974, rendu au cours des premières années d'application de la *Charte*, le juge La Forest a reconnu que la réduction de peine comptait parmi les réparations possibles visées au par. 24(1). Depuis, les divergences jurisprudentielles quant à la question de savoir si une réduction de peine peut, à première vue, constituer une réparation au sens de la *Charte* ont porté davantage sur le type de limites qui devraient restreindre le recours à cette réparation que sur la possibilité de l'accorder.

[58] Dans un certain nombre d'affaires, les tribunaux ont adopté une approche contextuelle et souple à l'égard de la réduction de peine fondée sur le par. 24(1) et ils n'ont pas imposé de limites strictes quant au recours à cette réparation. Dans *R. c. Charles* (1987), 61 Sask. R. 166, la Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel formé contre la

his wife. The trial judge found that the accused's s. 9 rights were violated when he was arbitrarily held in custody for 12 additional hours. As a s. 24(1) remedy, the judge ordered a suspended sentence with a one-year probationary period. The Court of Appeal concluded that a substantial reduction in the usual penalty that would be imposed for such an offence was appropriate in the circumstances of the case. Subsequent cases from Saskatchewan have reduced sentences in order to remedy breaches of s. 9 (*R. v. Bear* (1988), 72 Sask. R. 99 (Prov. Ct.); *R. v. S.L.L.*, 2002 SKQB 425, 229 Sask. R. 96) and s. 12 (*R. v. Foulds*, [1998] S.J. No. 560 (QL) (Prov. Ct.)) of the *Charter*.

[59] The New Brunswick Court of Appeal has also employed the remedy of sentence reduction fairly liberally in a number of *Charter* cases. Most notably, the court in *R. v. Dennison* (1990), 109 N.B.R. (2d) 388, reduced a sentence for attempted murder from 12 to 9 years' imprisonment following the trial judge's failure to allow the accused to speak to his sentence. Similarly, it halved a six-month jail sentence as a remedy for the accused's arbitrary detention (*R. v. MacPherson* (1995), 166 N.B.R. (2d) 81), and reduced a sentence from 12 months' imprisonment to time served, to remedy the s. 7 breach arising from counsel's dual representation of the Crown and the accused (*R. v. Zwicker* (1995), 169 N.B.R. (2d) 350).

[60] Courts in other jurisdictions have followed the trend of ordering a reduced sentence as an appropriate and just remedy for breaches of s. 7 (*Carlini Bros. Body Shop Ltd. v. R.* (1992), 10 O.R. (3d) 651 (Gen. Div.)); s. 8 (*R. v. Grenke*, 2004 ONCJ 121, 7 M.V.R. (5th) 89); s. 9 (*Québec (Procureur général) v. Chabot*, [1992] R.J.Q. 2102 (C.A.); *R. v. Mater* (1988), 47 C.R.R. 351 (Ont. Dist. Ct.)); s. 10(b) (*R.*

peine réduite infligée par le juge du procès à un homme reconnu coupable de voies de fait contre sa femme. Le juge avait conclu que les droits garantis à l'accusé par l'art. 9 avaient été enfreints par suite de son maintien arbitraire en détention durant une période supplémentaire de 12 heures. À titre de réparation fondée sur le par. 24(1), le juge a sursis au prononcé d'une peine d'emprisonnement et rendu une ordonnance de probation d'une année. La Cour d'appel a statué qu'une réduction substantielle de la peine normalement infligée pour ce type d'infraction constituait une réparation convenable eu égard aux circonstances de l'espèce. Par la suite, les tribunaux de la Saskatchewan ont accordé des peines réduites pour corriger des atteintes aux droits protégés par les art. 9 (*R. c. Bear* (1988), 72 Sask. R. 99 (C. prov.); *R. c. S.L.L.*, 2002 SKQB 425, 229 Sask. R. 96) et 12 (*R. c. Foulds*, [1998] S.J. No. 560 (QL) (C. prov.)) de la *Charte*.

[59] La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a elle aussi recouru de manière assez libérale à la réduction de peine comme réparation dans bon nombre d'affaires touchant la *Charte*. Plus particulièrement, dans l'arrêt *R. c. Dennison* (1990), 109 R.N.-B. (2^e) 388, la cour a ramené de 12 ans à 9 ans la peine d'emprisonnement qui avait été infligée à l'égard d'une tentative de meurtre, au motif que le juge du procès n'avait pas permis à l'accusé de présenter des observations sur la peine. De même, elle a réduit de moitié une peine d'emprisonnement de 6 mois, à titre de réparation pour la détention arbitraire dont l'accusé avait été victime (*R. c. MacPherson* (1995), 166 R.N.-B. (2^e) 81). Elle a aussi réduit une peine de détention de 12 mois à la période déjà purgée pour corriger la violation de l'art. 7 découlant du fait que le même avocat avait représenté à la fois le ministère public et l'accusé (*R. c. Zwicker* (1995), 169 R.N.-B. (2^e) 350).

[60] Des tribunaux d'autres provinces se sont aussi engagés dans cette voie et ont ordonné des réductions de peine comme réparations convenables et justes à l'égard de violations de dispositions de la *Charte* : art. 7 (*Carlini Bros. Body Shop Ltd. c. R.* (1992), 10 O.R. (3d) 651 (Div. gén.); art. 8 (*R. c. Grenke*, 2004 ONCJ 121, 7 M.V.R. (5th) 89); art. 9 (*Québec (Procureur général) c. Chabot*, [1992]

v. Pasemko (1982), 17 M.V.R. 247 (Alta. Prov. Ct.); *R. v. Grimes* (1987), 70 Nfld. & P.E.I.R. 11 (Nfld. S.C.T.D.); *R. v. MacLean*, [1988] O.J. No. 2515 (QL) (Prov. Ct.); and even s. 15 (*R. v. Pelletier* (1986), 42 M.V.R. 67 (Ont. Prov. Ct.)) of the *Charter*.

[61] Other courts have approached the use of sentence reduction as a *Charter* remedy with greater hesitation. In *Glykis*, the Ontario Court of Appeal held that the trial judge should not have compensated for improper police action by reducing the offenders' sentences. The two accused were apprehended at Pearson airport when they admitted to smuggling drugs into the country under their clothing. They were informed of their right to counsel but were denied the right to consult with a lawyer until after they had been searched. As a result, their consultation was delayed by approximately two hours. Writing for the court, Dubin C.J.O. upheld the trial judge's finding of a s. 10(b) breach but concluded that sentence reduction should only be afforded as a *Charter* remedy if the breach somehow mitigates the seriousness of the offence, or if it constitutes a form of additional punishment or hardship for the accused. Despite his concerns with the trial judge's reasoning, Dubin C.J.O. upheld the 12-month concurrent sentences ordered at trial.

[62] These two limits on the use of sentence reduction to remedy a *Charter* breach from *Glykis* were mentioned by the B.C. Court of Appeal in *R. v. Carpenter*, 2002 BCCA 301, 168 B.C.A.C. 137. In that case, the court delivered a fairly scathing criticism of sentence reduction as a s. 24(1) remedy. The accused in *Carpenter* was convicted for importing heroin into Canada and appealed his conviction and his sentence based on the ss. 8 and 10(b) breaches he suffered at the time of his arrest. Newbury J.A., for the majority, held that sentence reduction under s. 24(1) was problematic in that it would offend the

R.J.Q. 2102 (C.A.); *R. c. Mater* (1988), 47 C.R.R. 351 (C. dist. Ont.); al. 10b (*R. c. Pasemko* (1982), 17 M.V.R. 247 (C. prov. Alb.); *R. c. Grimes* (1987), 70 Nfld. & P.E.I.R. 11 (C.S.T.-N., Div. 1^{re} inst.); *R. c. MacLean*, [1988] O.J. No. 2515 (QL) (C. prov.)); et même l'art. 15 (*R. c. Pelletier* (1986), 42 M.V.R. 67 (C. prov. Ont.)).

[61] En revanche, d'autres tribunaux se sont montrés plus hésitants à recourir à la réduction de peine comme réparation fondée sur la *Charte*. Dans *Glykis*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le juge du procès n'aurait pas dû compenser les irrégularités commises par la police en accordant des réductions de peine aux délinquants. Dans cette affaire, les deux accusés avaient été arrêtés à l'aéroport Pearson après avoir admis transporter de la drogue au Canada sous leurs vêtements. Ils ont été informés de leur droit de recourir à l'assistance d'un avocat, mais on ne les a autorisés à le faire qu'après les avoir fouillés. Par conséquent, ils ont dû attendre environ deux heures avant de consulter un avocat. S'exprimant pour la Cour d'appel, le juge en chef Dubin a confirmé la conclusion du juge du procès selon laquelle l'al. 10b) avait été violé, mais il a conclu qu'une réduction de peine ne devrait être accordée à titre de réparation fondée sur la *Charte* que si la violation atténue d'une certaine manière la gravité de l'infraction ou si elle constitue une forme de sanction ou de préjudice supplémentaire pour l'accusé. Malgré ses réserves à l'égard de certains aspects du raisonnement du juge de première instance, le juge en chef Dubin a confirmé les peines concurrentes de 12 mois prononcées à l'issue du procès.

[62] Ces deux limites énoncées dans *Glykis*, qui restreignent le recours à la réduction de peine comme réparation en cas de contraventions à la *Charte*, ont été mentionnées par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Carpenter*, 2002 BCCA 301, 168 B.C.A.C. 137. Dans cette affaire, la cour a critiqué assez sévèrement la réduction de peine à titre de réparation fondée sur le par. 24(1). L'accusé avait été reconnu coupable d'importation d'héroïne au Canada et avait interjeté appel de sa déclaration de culpabilité et de sa peine au motif que les droits que lui garantissent l'art. 8 et l'al. 10b)

principles and objectives of sentencing in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code*, it would impermissibly shift the focus of the inquiry from the offender and the offence to the conduct of state officials, and it would stretch “judicial resources to their limit” (para. 28). Her ruling essentially foreclosed the possibility of ever reducing a sentence to remedy a *Charter* violation. In dissenting reasons, Donald J.A. relied on *Glykis* and concluded that the *Charter* breaches imposed hardship on the offender that was relevant to his punishment. To “credit” the offender for the penalty of the breaches, Donald J.A. would have reduced the sentence from six to five years’ imprisonment.

[63] The judgments relying on s. 24(1) appear to have been concerned about instances of abuse of process or misconduct by state agents in the course of the events leading to an arrest, to charges or to other criminal procedures. But, inasmuch as they relate to the offender and the offence, those facts become relevant circumstances within the meaning of the sentencing provisions of the *Criminal Code*. As such, they become part of the factors that sentencing judges will take into consideration in order to determine the proper punishment of the offender, without a need to turn to s. 24(1). Factors unrelated to the offence and to the offender will remain irrelevant to the sentencing process and will have to be addressed elsewhere. In addition, the discretion of the sentencing judge will have to be exercised within the parameters of the *Criminal Code*. The judge must impose sentences respecting statutory minimums and other provisions which prohibit certain forms of sentence in the case of specific offences.

avaient été enfreints au moment de son arrestation. La juge Newbury, qui s’exprimait au nom de la majorité, a conclu que le fait de réduire les peines en vertu du par. 24(1) posait problème, parce qu’une telle mesure contrevenait aux principes et aux objectifs de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel*, qu’elle aurait pour effet d’axer de manière inacceptable l’analyse non plus sur l’infraction et le délinquant, mais sur la conduite des représentants de l’État, et qu’elle pousserait les [TRADUCTION] « ressources judiciaires jusqu’à leurs limites » (par. 28). Essentiellement, sa décision écartait toute possibilité de réduire une peine pour réparer une violation de la *Charte*. Dans des motifs dissidents, le juge Donald s’est appuyé sur l’arrêt *Glykis* et a conclu que les contraventions à la *Charte* avaient causé à l’accusé un préjudice qui était pertinent pour la détermination de sa peine. Pour « faire bénéficier » le délinquant de la sanction des manquements, le juge Donald aurait réduit la peine de six ans à cinq ans d’emprisonnement.

[63] Les décisions dans lesquelles les tribunaux se sont fondés sur le par. 24(1) semblent concerner des cas d’abus de procédure ou de conduite répréhensible de la part de représentants de l’État avant l’arrestation, le dépôt des accusations ou d’autres étapes de la procédure pénale. Toutefois, dans la mesure où ils se rapportent à la situation du délinquant ou à la perpétration de l’infraction, ces faits deviennent des circonstances pertinentes visées pour l’application des dispositions sur la détermination de la peine du *Code criminel*. En tant que tels, ils font partie des facteurs dont le juge tiendra compte pour déterminer la sanction qu’il convient d’infliger au délinquant, sans devoir recourir au par. 24(1). Les facteurs dépourvus de lien avec la situation du délinquant ou avec la perpétration de l’infraction demeurent non pertinents pour le processus de détermination de la peine et devraient être pris en compte dans un autre cadre. En outre, le juge qui prononce la peine doit exercer son pouvoir discrétionnaire en cette matière, dans le respect des paramètres fixés par le *Code criminel*. Il doit donc infliger des sanctions qui respectent les peines minimales obligatoires établies par la loi et les autres dispositions prohibant certaines sanctions à l’égard d’infractions données.

[64] A few final comments about the position of the *Charter* in relation to the sentencing process are in order. Like other legal processes, the sentencing system remains subject to the scrutiny of the *Charter* and its overarching values and principles. Although, as we have seen above, the proper interpretation and application of the sentencing process will allow courts to effectively address most of the situations where *Charter* breaches are alleged, there may be exceptions to this general rule. I do not foreclose, but do not need to address in this case, the possibility that, in some exceptional cases, sentence reduction outside statutory limits, under s. 24(1) of the *Charter*, may be the sole effective remedy for some particularly egregious form of misconduct by state agents in relation to the offence and to the offender. In that case, the validity of the law would not be at stake, the sole concern being the specific conduct of those state agents.

[65] In the present case, I agree that the acts of the police officers are serious. Although the Court of Appeal did not need to rely on s. 24(1) of the *Charter*, it crafted a fit and appropriate sentence which addressed the circumstances of the accused, while remaining within the statutory parameters of the *Criminal Code*.

VI. Conclusion

[66] For these reasons, I would dismiss the appeal and the cross-appeal.

Appeal and cross-appeal dismissed.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Dawson Stevens & Shaigec, Edmonton.

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

[64] Je crois nécessaire d'ajouter un dernier commentaire sur le rôle de la *Charte* dans la détermination de la peine. À l'instar des autres processus établis par la loi, le système de détermination de la peine demeure assujéti aux prescriptions de la *Charte* et à ses valeurs et principes fondamentaux. Comme nous l'avons vu précédemment, suivant l'interprétation et l'application appropriées de ce régime, les tribunaux devraient être capables de régler la plupart des situations où des violations de la *Charte* sont invoquées. Toutefois cette règle générale pourrait comporter éventuellement quelques exceptions. Bien que je n'aie pas à trancher la question en l'espèce, je n'écarte pas la possibilité que, dans certaines circonstances exceptionnelles, une réduction de peine accordée en vertu du par. 24(1) de la *Charte* et dérogeant aux limites prescrites par la loi puisse constituer la seule réparation effective en présence d'une conduite répréhensible particulièrement grave de représentants de l'État liée à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant. Dans un tel cas, la question en litige ne serait pas la validité de la disposition pertinente, mais plutôt la conduite des représentants de l'État.

[65] Dans le présent pourvoi, je reconnais la gravité des actes des policiers. La Cour d'appel n'était pas tenue de s'appuyer sur le par. 24(1) de la *Charte*, mais elle a tout de même établi une peine juste et appropriée, qui tient compte de la situation du délinquant tout en respectant les paramètres fixés par le *Code criminel*.

VI. Conclusion

[66] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi ainsi que le pourvoi incident.

Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident: Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident: Dawson Stevens & Shaigec, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada: Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

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

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Ruby & Shiller, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association: Parlee McLaws, Edmonton.

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

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Ruby & Shiller, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association : Parlee McLaws, Edmonton.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Georges Beaulieu *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BEAULIEU

2010 SCC 7

File No.: 33181.

2010: January 12; 2010: February 25.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Violation of accused's right against unreasonable search and seizure — Trial judge declining to exclude evidence under s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether evidence should have been excluded.

During the course of an investigation into drug trafficking, RCMP officers obtained an authorization to intercept the accused's private communications. While installing listening devices in his car, they found a hidden compartment containing a leather case with a loaded firearm in it. The firearm was rendered unusable and placed back in the car. The accused was later convicted of possession of a loaded prohibited firearm. Although the firearm itself was never recovered and therefore not in evidence at trial, the accused challenged the admissibility of the testimony relating to its discovery. The trial judge found that the search exceeded the scope of the authorization and violated s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but declined to exclude the evidence pursuant to s. 24(2), primarily on the basis that the police officers did not believe they were exceeding the powers granted to them by the authorization and had not evidenced a flagrant disregard of the accused's *Charter* rights. A majority of the Court of Appeal reversed the trial judge's decision to admit the evidence and set aside the conviction.

Held: The appeal should be allowed.

The Court of Appeal's decision should be set aside and the accused's conviction restored. Considerable

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Georges Beaulieu *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. BEAULIEU

2010 CSC 7

N° du greffe : 33181.

2010 : 12 janvier; 2010 : 25 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exclusion de la preuve — Violation du droit de l'accusé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives — Refus de la juge du procès d'écartier la preuve en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés — La preuve aurait-elle dû être écartée?

Lors d'une enquête en matière de trafic de drogue, des agents de la GRC ont obtenu une autorisation leur permettant d'intercepter les conversations privées de l'accusé. Pendant qu'ils installaient le dispositif d'écoute dans la voiture de ce dernier, ils ont découvert un compartiment secret contenant un étui en cuir dans lequel se trouvait une arme à feu chargée. L'arme a été rendue inutilisable puis remise à sa place dans la voiture. L'accusé a plus tard été reconnu coupable d'avoir eu en sa possession une arme à feu prohibée chargée. Bien que l'arme à feu n'ait jamais été retrouvée et n'ait donc pas été présentée en preuve au procès, l'accusé a contesté l'admissibilité du témoignage sur sa découverte. La juge du procès a estimé que la fouille dépassait le cadre de l'autorisation et contrevenait à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais elle a refusé d'écartier l'élément de preuve en application du par. 24(2), essentiellement au motif que les policiers ne croyaient pas outrepasser les pouvoirs que leur accordait l'autorisation et qu'ils n'avaient pas fait preuve d'un mépris flagrant pour les droits garantis à l'accusé par la *Charte*. La majorité de la Cour d'appel a infirmé la décision de la juge du procès d'admettre l'élément de preuve et a annulé la déclaration de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Il y a lieu d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité. Il convient

deference is owed to a trial judge's s. 24(2) assessment and, in this case, she considered the proper factors and made no unreasonable findings. The fact that the trial judge and the Court of Appeal did not have the benefit of the new three-part s. 24(2) inquiry set out in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, does not affect the outcome of this case because the relevant factors in a s. 24(2) analysis have not changed and the trial judge's reasons make clear that the three *Grant* considerations point toward admitting the evidence.

Cases Cited

Applied: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; **referred to:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 95.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Gendreau, Dalphond and Côté J.J.A.), 2009 QCCA 797, [2009] J.Q. n° 3803 (QL), 2009 CarswellQue 3887, setting aside the accused's conviction. Appeal allowed.

Magalie Cimon and Henri-Pierre La Brie, for the appellant.

Michel Dussault, Christian Raymond and Alexandre Boucher, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] CHARRON J. — This is a Crown appeal as of right on the question of whether the trial judge erred in declining to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In our view, the majority of the Quebec Court of Appeal erred in reversing the trial judge's decision to admit the evidence. We would allow the Crown's appeal and restore the conviction.

de faire preuve d'une retenue considérable à l'égard de l'appréciation que fait le juge du procès en application du par. 24(2); en l'espèce, la juge du procès a pris en compte les éléments qu'il fallait et n'a tiré aucune conclusion déraisonnable. Le fait que ni la juge du procès ni la Cour d'appel ne disposaient, pour l'analyse fondée sur le par. 24(2), du nouvel examen en trois points établi dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, n'a aucune incidence sur l'issue de l'espèce, puisque les facteurs de cette analyse n'ont pas changé et qu'il ressort clairement des motifs de la juge du procès que l'application des trois facteurs énoncés dans *Grant* aurait milité en faveur de l'admission de la preuve.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; **arrêt mentionné :** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 95.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Gendreau, Dalphond et Côté), 2009 QCCA 797, [2009] J.Q. n° 3803 (QL), 2009 CarswellQue 3887, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé. Pourvoi accueilli.

Magalie Cimon et Henri-Pierre La Brie, pour l'appelante.

Michel Dussault, Christian Raymond et Alexandre Boucher, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE CHARRON — Il s'agit d'un pourvoi formé de plein droit par le ministère public à l'égard de la question de savoir si la juge du procès a commis une erreur en refusant d'écartier un élément de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À notre avis, les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont fait erreur en infirmant sa décision d'admettre la preuve. Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public et de rétablir la déclaration de culpabilité.

[2] The relevant facts are detailed in the decisions below and need only be reviewed briefly here. The respondent, Georges Beaulieu, was convicted of possession of a loaded prohibited firearm contrary to s. 95 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The firearm was found in a secret compartment of his car during the course of an extensive investigation into drug trafficking. As part of the operation, RCMP officers in Montreal obtained an authorization to intercept the private conversations of Mr. Beaulieu. While installing listening devices in his car, two officers discovered hidden electrical switches underneath the dashboard. The officers followed the wires and found that they led to the centre of the console. They dismantled the console and found a hidden compartment containing a leather case. At this point, the officers stopped their installation and notified their superior who then opened the case to find that it contained a loaded firearm. So as not to jeopardize the ongoing investigation, the police had the firearm rendered unusable and placed it back in the car. One year later, Mr. Beaulieu was charged with this offence.

[3] While the firearm itself was never recovered and was therefore not in evidence at trial at the Court of Quebec, Mr. Beaulieu challenged the admissibility of the testimony relating to the discovery of the firearm. The trial judge found that the search was not performed [TRANSLATION] “for the purpose of installing the device, ensuring their safety or protecting their investigative technique” (Appellant’s Record, vol. IV, at p. 85). Rather, at the time of the search, the police, surprised by the discovery of the wires and hidden compartment, had abandoned the plan to install listening devices. Consequently, the search exceeded the scope of the judicial authorization and violated s. 8 of the *Charter*. That finding was not appealed. It is not disputed that the judicial authorization did not give the police carte blanche to search the vehicle in a manner or for a purpose that exceeded the terms of the judicial order.

[2] Les faits pertinents sont exposés en détail dans les décisions des instances inférieures; il suffit maintenant de les examiner brièvement. L’intimé, Georges Beaulieu, a été reconnu coupable d’avoir eu, en contravention de l’art. 95 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, en sa possession une arme à feu prohibée chargée. Celle-ci a été découverte dans un compartiment secret de sa voiture lors d’une enquête approfondie sur le trafic de drogue. Dans le cadre de l’opération, des agents de la GRC de Montréal ont obtenu une autorisation leur permettant d’intercepter les conversations privées de M. Beaulieu. Au cours de l’installation du dispositif d’écoute dans sa voiture, deux policiers ont découvert des interrupteurs électriques cachés sous le tableau de bord. Ils ont suivi les fils électriques et se sont aperçus qu’ils menaient au centre de la console. Ils ont démantelé la console et ont découvert un compartiment secret contenant un étui en cuir. Ils ont alors arrêté l’installation et ont avisé leur supérieur, qui a ouvert l’étui pour y trouver une arme à feu chargée. Pour ne pas compromettre l’enquête en cours, les policiers ont rendu l’arme inutilisable et l’ont remise à sa place dans la voiture. Un an plus tard, M. Beaulieu a été accusé de cette infraction.

[3] L’arme à feu n’a jamais été retrouvée et n’a donc pas été présentée en preuve au procès à la Cour du Québec, mais M. Beaulieu a contesté l’admissibilité du témoignage sur la découverte de l’arme. La juge du procès estimait que la fouille n’avait pas été effectuée « dans le but d’installer l’appareil, de s’assurer de leur sécurité ou encore d’assurer la protection de leur méthode d’enquête » (dossier de l’appelante, vol. IV, p. 85). Au contraire, lors de la fouille, pris par surprise par la découverte des fils électriques et du compartiment secret, les policiers avaient renoncé au plan d’installer un dispositif d’écoute. Par conséquent, la fouille dépassait le cadre de l’autorisation judiciaire et contrevenait à l’art. 8 de la *Charte*. Cette conclusion n’a pas été portée en appel. Il n’est pas contesté que l’autorisation judiciaire ne donnait pas carte blanche aux policiers pour qu’ils fouillent le véhicule d’une manière ou dans un but qui excédaient les pouvoirs conférés par l’ordonnance judiciaire.

[4] The trial judge, however, declined to exclude the evidence pursuant to s. 24(2), primarily on the basis that the police officers did not believe they were exceeding the powers granted to them by the authorization and had not evidenced a flagrant disregard of Mr. Beaulieu's *Charter* rights. Gendreau J.A., writing for a majority of the Court of Appeal, allowed the appeal and set aside the conviction: 2009 QCCA 797 (CanLII). Côté J.A., dissenting, would have dismissed the appeal.

[5] The majority of the Court of Appeal erred in interfering with the trial judge's weighing of the factors in the s. 24(2) analysis. In *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, this Court reaffirmed that "considerable deference" is owed to a trial judge's s. 24(2) assessment of what would bring the administration of justice into disrepute having regard to all the circumstances (para. 86). In this case, the trial judge considered proper factors and made no unreasonable findings. With regard to the trial judge's conclusion that the *Charter* breach was at the less serious end of the spectrum — which was central to the analysis on these facts — the dissent noted correctly, [TRANSLATION] "[i]n determining the seriousness of the breach, she considered a set of factors. Her assessment of the facts was not unreasonable, nor did she make a palpable and overriding error in her analysis" (para. 53). Her determination deserved deference.

[6] Neither the trial judge nor the Court of Appeal had the benefit of this Court's decision in *Grant* which established a new three-part inquiry for determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute: (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. The application of the *Grant* approach does not affect the outcome of the s. 24(2) determination in the case at bar.

[4] La juge du procès a toutefois refusé d'écartier l'élément de preuve en application du par. 24(2), essentiellement au motif que les policiers ne croyaient pas outrepasser les pouvoirs que leur accordait l'autorisation et qu'ils n'avaient pas fait preuve d'un mépris flagrant pour les droits garantis à M. Beaulieu par la *Charte*. Le juge Gendreau, au nom de la majorité de la Cour d'appel, a accueilli l'appel et annulé la déclaration de culpabilité : 2009 QCCA 797 (CanLII). La juge Côté, dissidente, aurait rejeté l'appel.

[5] La majorité de la Cour d'appel a commis une erreur en revoyant la façon dont la juge du procès a apprécié les facteurs pertinents pour l'analyse fondée sur le par. 24(2). Dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, la Cour a réaffirmé qu'il convient de faire preuve d'une « retenue considérable » à l'égard de l'appréciation que fait le juge du procès, en application du par. 24(2), des éléments dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, eu égard aux circonstances (par. 86). En l'espèce, la juge du procès a pris en compte les éléments qu'il fallait et n'a tiré aucune conclusion déraisonnable. Pour ce qui est de la conclusion de la juge du procès que la violation de la *Charte* se trouvait parmi les moins graves — aspect central pour l'analyse compte tenu des faits de l'espèce — la juge dissidente a correctement fait observer qu'« [e]n examinant la gravité de la violation, elle a pris en considération un ensemble de facteurs. Il ne s'agit pas d'une appréciation factuelle déraisonnable pas plus qu'une analyse révélant une erreur manifeste et dominante » (par. 53). Sa décision mérite qu'on fasse preuve de retenue à son égard.

[6] Ni la juge du procès ni la Cour d'appel ne disposaient de l'arrêt *Grant* de la Cour, qui a établi un nouvel examen en trois points pour déterminer si l'admission d'un élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice : (1) la gravité de la conduite attentatoire, (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. L'application du raisonnement adopté dans *Grant* n'influe pas en l'espèce sur la décision fondée sur le par. 24(2).

[7] First, as this Court noted in *Grant*, the relevant factors have not changed: “These concerns, while not precisely tracking the categories of considerations set out in *Collins*, capture the factors relevant to the s. 24(2) determination as enunciated in *Collins* and subsequent jurisprudence” (para. 71, referencing *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265).

[8] Second, the trial judge’s reasons make clear that the three *Grant* considerations point toward admitting the evidence. As noted above, the trial judge’s conclusions as to the seriousness of the breach were central to this case, and they remain equally relevant under the *Grant* approach. As for the impact of the breach, the trial judge took into account Mr. Beaulieu’s reduced privacy interest in his car and the limited scope and invasiveness of the search. With regard to society’s interest in an adjudication on the merits, she concluded that the evidence was crucial to the Crown’s case. It is also uncontested that a gun is reliable evidence.

[9] The appeal is allowed. The decision of the Court of Appeal is set aside and the conviction is restored.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Longueuil.

Solicitors for the respondent: Dussault, Raymond, Poliquin, Sherbrooke.

[7] Premièrement, comme la Cour l’a fait observer dans *Grant*, les facteurs d’analyse n’ont pas changé : « Bien qu’elles ne recourent pas exactement les catégories élaborées dans *Collins*, ces questions visent les facteurs pertinents pour trancher une demande fondée sur le par. 24(2), tels qu’ils ont été formulés dans *Collins* et dans la jurisprudence subséquente » (par. 71, citant *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265).

[8] Deuxièmement, il ressort clairement des motifs de la juge du procès que l’application des trois facteurs énoncés dans *Grant* aurait milité en faveur de l’admission de la preuve. Comme nous l’avons mentionné, les conclusions de la juge du procès au sujet de la gravité de la violation étaient primordiales en l’espèce, et elles conservent toute leur pertinence dans l’approche adoptée dans *Grant*. Pour ce qui est de l’incidence de la violation, la juge du procès a pris en considération le droit restreint de M. Beaulieu au respect de sa vie privée en ce qui concerne sa voiture, ainsi que la portée limitée et le caractère peu attentatoire de la fouille. Quant à l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond, elle a conclu que la preuve était cruciale pour la thèse du ministère public. Il est également indéniable qu’un pistolet est un élément de preuve fiable.

[9] Le pourvoi est accueilli. La décision de la Cour d’appel est annulée et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l’appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Longueuil.

Procureurs de l’intimé : Dussault, Raymond, Poliquin, Sherbrooke.

Urbain P. Morelli *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MORELLI

2010 SCC 8

File No.: 32741.

2009: February 18; 2010: March 19.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Validity of search warrant — Police obtaining warrant to search accused's computer — Pornographic pictures involving children found and accused convicted of possession of child pornography — Whether search warrant issued on basis of misleading, inaccurate and incomplete information — Whether search of computer breached accused's rights under s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of Charter.

Criminal law — Search warrant — Validity — Police obtaining warrant to search accused's computer — Pornographic pictures involving children found and accused convicted of possession of child pornography — Whether there were reasonable grounds to issue search warrant — Whether search warrant issued on basis of misleading, inaccurate and incomplete information.

Criminal law — Possession of child pornography — Elements of offence — Definition of possession — Whether possession of illegal image in computer means possession of underlying data file — Whether possession can be established even if accused did not download image — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 4(3), 163.1(4).

On September 5, 2002, a computer technician arrived unannounced at the accused's house to install

Urbain P. Morelli *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. MORELLI

2010 CSC 8

N° du greffe : 32741.

2009 : 18 février; 2010 : 19 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Validité d'un mandat de perquisition — Police ayant obtenu un mandat l'autorisant à fouiller l'ordinateur de l'accusé — Images pornographiques d'enfants trouvées, et accusé déclaré coupable de possession de pornographie juvénile — Le mandat de perquisition a-t-il été décerné sur le fondement d'une dénonciation présentant des renseignements trompeurs, inexacts et incomplets? — La fouille de l'ordinateur a-t-elle porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le cas échéant, convient-il d'écarter les éléments de preuve en vertu de l'art. 24(2) de la Charte?

Droit criminel — Mandat de perquisition — Validité — Police ayant obtenu un mandat l'autorisant à fouiller l'ordinateur de l'accusé — Images pornographiques d'enfants trouvées, et accusé déclaré coupable de possession de pornographie juvénile — Des motifs raisonnables justifiaient-ils la délivrance du mandat de perquisition? — Le mandat de perquisition a-t-il été décerné sur le fondement d'une dénonciation présentant des renseignements trompeurs, inexacts et incomplets?

Droit criminel — Possession de pornographie juvénile — Éléments de l'infraction — Définition de la possession — La possession d'une image illégale dans un ordinateur s'entend-elle de la possession du fichier de données sous-jacent? — Peut-on établir la possession même si l'accusé n'a pas téléchargé l'image? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 4(3), 163.1(4).

Le 5 septembre 2002, un technicien en informatique s'est présenté sans préavis chez l'accusé pour

a high-speed Internet connection the accused had ordered. The accused lived with his wife and two children, aged three and seven, but was alone that day with his younger daughter. When the technician opened the accused's Web browser, he noticed several links to both adult and child pornography sites in the taskbar's "favourites" list, including two that were labelled "Lolita Porn" and "Lolita XXX". He also saw a legal pornographic image, but he could not remember afterwards if it was on the browser's home page or on the computer desktop. In the room, he noticed home videos and, on a tripod, a webcam that was connected to a videotape recorder and was pointed at the toys and at the child. Unable to finish his work on that day, the technician returned the following morning and noted that everything had been "cleaned up": the child's toys had been placed in a box, the videotapes could no longer be seen, the webcam was pointed at the computer user's chair and the computer hard drive had been "formatted". In November, concerned with the child's safety, the technician reported what he had seen to a social worker, who contacted the RCMP. The technician made a statement to Cst. O in January 8, 2003. After the interview, O consulted Cpl. B from the RCMP's Technological Crime Unit, who he knew had experience investigating crimes involving computers and technological devices. B stated that these types of offenders were habitual and would continue their computer practices with child pornography and that this information would remain inside the hard drive of the computer. O also spoke to Cst. H who, he had been told by a Crown attorney, had experience investigating child exploitation offences. H informed O that these offenders treasured collections on their computers and liked to store them and create backups. O also verified whether an active Internet connection was still being provided to the accused's residence. He then drafted an information to obtain a search warrant ("ITO") and, on January 10, a warrant was issued pursuant to s. 487 of the *Criminal Code* to search the accused's computer. Pornographic pictures involving children were found on the computer and the accused was charged with possession of child pornography contrary to s. 163.1(4) of the *Criminal Code*. At trial, he unsuccessfully challenged the validity of the search warrant under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge convicted the accused and the majority of the Court of Appeal upheld the conviction.

installer le service Internet haute vitesse que ce dernier avait demandé. L'accusé vivait avec sa femme et deux enfants, âgés de trois et sept ans. Ce jour-là, il était seul avec sa fille de trois ans. Lorsque le technicien a ouvert le navigateur Web de l'accusé, il a remarqué que plusieurs liens vers des sites de pornographie juvénile et adulte figuraient dans la liste des « favoris » de la barre des tâches, dont deux liens intitulés « Lolita Porn » et « Lolita XXX ». Il a également vu une image pornographique légale, mais il a été incapable de se rappeler par la suite si elle se trouvait sur la page d'accueil du navigateur ou de l'ordinateur. Dans la pièce, il a remarqué des vidéos amateurs et, posée sur un trépied, une webcam branchée à un magnétoscope et braquée sur les jouets et l'enfant. N'ayant pas été en mesure de terminer son travail le jour même, le technicien est revenu le lendemain matin et a remarqué qu'on avait mis de l'ordre : les jouets de l'enfant avaient été rangés dans une boîte, les bandes vidéo étaient hors de vue, la webcam était orientée vers le siège devant l'ordinateur et le disque dur de l'ordinateur avait été « formaté ». En novembre, inquiet pour la sécurité de l'enfant, le technicien a fait rapport de ses observations à une travailleuse sociale, qui a communiqué avec la GRC. Le technicien a fait une déposition au gendarme O le 8 janvier 2003. Après la rencontre, O a consulté le caporal B, du Groupe de la criminalité technologique de la GRC, qu'il savait avoir déjà mené des enquêtes sur des crimes liés à l'utilisation d'ordinateurs et d'autres dispositifs technologiques. B a affirmé que les délinquants de ce type étaient des délinquants d'habitude qui ne cesseraient pas leurs pratiques informatiques en matière de pornographie juvénile et que ces données demeureraient sur le disque dur de l'ordinateur. O s'est également entretenu avec l'agent H qui, d'après un procureur de la Couronne, avait déjà mené des enquêtes concernant des infractions d'exploitation des enfants. H a informé O que ces délinquants conservaient précieusement des collections dans leur ordinateur et aimaient les stocker et en faire des sauvegardes. O a de plus vérifié si la résidence de l'accusé possédait toujours une connexion active à l'Internet. Cela fait, il a rédigé une dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition, et un mandat a été décerné le 10 janvier en vertu de l'art. 487 du *Code criminel* l'autorisant à fouiller l'ordinateur de l'accusé. Des images de pornographie juvénile ont été découvertes dans l'ordinateur de ce dernier et il a été accusé de possession de pornographie juvénile, une infraction prévue au par. 163.1(4) du *Code criminel*. Au procès, il a contesté en vain la validité du mandat de perquisition sur le fondement de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La juge du procès l'a déclaré coupable, et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé sa déclaration de culpabilité.

Held (Deschamps, Charron and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The accused's conviction is quashed and an acquittal is entered.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Abella JJ.: The ITO is limited to allegations of possession of child pornography contrary to s. 163.1(4) of the *Criminal Code* and does not involve allegations of accessing child pornography pursuant to s. 163.1(4.1). Merely viewing in a Web browser an illegal image stored in a remote location on the Internet does not establish the level of control necessary to find possession. Neither does creating a "favourite" or an "icon" on one's computer. In order to commit the offence of possession, as opposed to the offence of accessing of child pornography, one must knowingly acquire the underlying data files and store them in a place under one's control. It is the underlying data file that is the stable "object" that can be transferred, stored, and possessed. The automatic caching of a file to the hard drive does not, without more, constitute possession. While the cached file might be in a "place" over which the computer user has control, in order to establish possession it must be shown that the file was knowingly stored and retained through the cache. An ITO seeking a warrant to search for evidence of possession, rather than accessing, must therefore provide reasonable grounds to believe that the alleged offender possesses (or has possessed) digital files of an illegal image, and that evidence of that possession will be found in the place to be searched at the time the warrant is sought. Here, the search and seizure of the accused's computer infringed his right under s. 8 of the *Charter*. Even when corrected and amplified on review, the ITO was insufficient to permit any justice of the peace, acting reasonably, to find adequate grounds for the search. The ITO did not allege the distinct and separate offence of accessing child pornography and, stripped of its defects and deficiencies, all that really remained were two Internet links, seen four months earlier in the "Favourites" menu of a Web browser on a computer that was subsequently formatted, deleting both links. The prior presence of the two "Lolita" links supports a reasonable inference that the accused browsed a Web site that contained explicit images of females under the age of 18, but this does not suffice to establish possession.

Arrêt (les juges Deschamps, Charron et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. La déclaration de culpabilité de l'accusé est annulée et remplacée par un verdict d'acquiescement.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Abella : La dénonciation se limitait à des allégations de possession de pornographie juvénile, au sens du par. 163.1(4) du *Code criminel*, et ne présentait pas d'allégations d'accès à de la pornographie juvénile, une infraction prévue au par. 163.1(4.1). Le seul fait de regarder au moyen d'un navigateur Web une image illégale stockée sur un site hébergé dans l'Internet ne permet pas d'établir le degré de contrôle nécessaire pour conclure à la possession. Il en va de même pour le fait de créer un « favori » ou une « icône » dans l'ordinateur. Pour être coupable de l'infraction de possession de pornographie juvénile, contrairement à l'infraction d'accès, la personne doit sciemment acquiescer les fichiers de données sous-jacents et les garder dans un lieu sous son contrôle. C'est le fichier de données sous-jacent qui constitue « l'objet » stable pouvant être transféré, stocké et possédé. La mise en cache automatique d'un fichier sur le disque dur, sans plus, n'emporte pas la possession. Bien que le fichier mis en cache soit en un « lieu » sous le contrôle de l'utilisateur, il faut, pour prouver la possession, démontrer que l'utilisateur a sciemment stocké et conservé le fichier dans la mémoire cache. Une dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition visant la découverte d'éléments de preuve de possession, et non d'accès, doit donc fournir des motifs raisonnables de croire que le prétendu délinquant a en sa possession (ou a eu en sa possession) des fichiers numériques contenant une image illicite et que la preuve de cette possession sera découverte dans le lieu visé par la perquisition au moment où le mandat a été demandé. En l'espèce, la fouille et la saisie de l'ordinateur de l'accusé ont violé le droit que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*. Même une fois corrigée et complétée lors de la révision, la dénonciation était insuffisante pour qu'un juge de paix conclue raisonnablement à l'existence de motifs valables pouvant justifier la perquisition et la fouille. La dénonciation ne faisait aucune allusion à la perpétration possible de l'infraction distincte d'accès à de la pornographie juvénile et, abstraction faite des irrégularités et des lacunes de la dénonciation, il ne restait vraiment que deux liens Internet, vus quatre mois plus tôt dans le menu « Favoris » du navigateur Web sur un ordinateur qui a ensuite été formaté, ce qui a eu pour effet de supprimer ces deux liens. La présence antérieure des deux liens intitulés « Lolita » permet l'inférence raisonnable que l'accusé a visité un site Web présentant des images à caractère sexuel explicite d'adolescentes de moins de 18 ans, mais une telle conclusion ne suffit pas à établir la possession.

The misleading passages in the ITO that suggested that the technician had actually viewed illegal pornography on the computer, rather than suspiciously labelled “favourites”, must be excised. That pornographic images of children were actually seen on the computer is an entirely false claim. Aside from false statements, the ITO in several places gave an incomplete and misleading account of the facts, in contravention of the informant’s duty to make full and frank disclosure of all material information. The ITO does not mention, as the *voir dire* revealed, that the two “favourites” were “just scattered through the favourites” among additional links pointing to “regular adult material”. The failure to mention these facts creates a misleading impression. Once it is understood that the suspicious “Favourites” were in fact exceptions, found together with much more material that was undisputedly legal, the inference that the accused possessed illegal images becomes significantly less compelling. Furthermore, the descriptions of the webcam and its placement are juxtaposed immediately alongside the descriptions of the suspicious “Favourites” and the technician’s claims that he had “observed ‘Lolita Porn’”, clearly suggesting that the accused might have been making (and possessing) his own illegal pornography. The ITO, however, did not include a number of additional facts known to the police. First, the three-year-old child mentioned, but not identified, in the ITO was in fact the accused’s daughter. Second, the ITO stated that the accused was alone in the house with the girl, but failed to mention that his wife lived with them. Third, the ITO also failed to mention that the child was fully clothed, that there was no evidence of abuse, that the computer room had a child gate and appeared to double as a playroom for the child, and that the child was playing with the scattered toys in the middle of the room when the technician arrived. While the reviewing judge found no deliberate attempt to mislead, it is nonetheless evident that the police officer’s selective presentation of the facts painted a less objective and more villainous picture than the picture that would have emerged had he disclosed all the material information available to him at the time. It seems much more plausible that the accused was simply using the VCR and webcam to videotape his young daughter at play for posterity’s sake, rather than for any purpose connected to child pornography.

To conclude that evidence of possession would be found four months after the hard drive was erased, one must accept either that the accused had made external copies of illegal images present in the computer before

Les passages trompeurs de la dénonciation qui donnaient à penser que le technicien avait effectivement vu du matériel pornographique illégal dans l’ordinateur, alors qu’il s’agissait seulement de « favoris » ayant des titres suspects, doivent être retranchés. L’affirmation selon laquelle des images pornographiques d’enfants ont en fait été vues à l’ordinateur est complètement fausse. Outre les fausses déclarations, la dénonciation présentait dans plusieurs passages une version incomplète et trompeuse des faits, en contravention de l’obligation du dénonciateur d’exposer de manière complète et sincère tous les renseignements pertinents. Il n’est pas mentionné dans la dénonciation, comme la preuve présentée lors du voir-dire le révèle, que les deux « favoris » étaient « simplement dispersés parmi les favoris » entre d’autres liens renvoyant à du « matériel adulte ordinaire ». Ne pas le mentionner donne une impression trompeuse. Une fois bien compris le fait que les « favoris » suspects représentaient en réalité des exceptions, parmi beaucoup d’autres liens incontestablement légaux, l’argument portant que l’accusé avait des images illicites en sa possession perd beaucoup de force. En outre, la description de la webcam et de son emplacement est immédiatement juxtaposée à la description des « favoris » suspects et aux affirmations du technicien selon lesquelles il avait « remarqué “Lolita Porn” », ce qui laisse clairement entendre que l’accusé produisait (et possédait) peut-être son propre matériel pornographique illégal. Or, la dénonciation n’incluait pas un certain nombre de faits additionnels connus de la police. Premièrement, l’enfant de trois ans dont il est question dans la dénonciation, mais dont l’identité n’est pas révélée, était en fait la fille de l’accusé. Deuxièmement, il y est énoncé que l’accusé était seul avec sa fille à la maison, sans mention du fait que sa conjointe vivait avec eux. Troisièmement, les faits suivants ne sont pas précisés non plus : l’enfant était entièrement vêtue, il n’y avait aucune preuve d’abus, la salle d’ordinateur était munie d’une barrière pour enfants et semblait servir aussi de salle de jeux, et l’enfant s’amusait avec les jouets éparpillés dans le milieu de la pièce lorsque le technicien est arrivé. Bien que la juge siégeant en révision ait conclu qu’il n’y avait eu aucune tentative délibérée de tromper, il est néanmoins évident que la présentation sélective des faits par le policier a tracé un portrait moins objectif et plus effroyable de la situation que s’il avait divulgué tous les renseignements pertinents dont il disposait à l’époque. Il semble beaucoup plus plausible que l’accusé utilisait simplement le magnétoscope et la webcam pour filmer sa fillette en train de jouer afin d’en garder un souvenir, plutôt qu’à une fin liée à la pornographie juvénile.

Pour croire que l’on trouverait une preuve de possession quatre mois après que le disque dur a été effacé, il faut accepter que l’accusé avait copié les images illicites sur des dispositifs externes avant de formater le disque

formatting its hard drive or that he acquired additional illegal images after the formatting. While the ITO seeks to establish inferences based on the likely behaviour of the accused on the basis of generalizations made by B and H about the propensities of certain “types of offenders” to hoard and copy illegal images, the ITO does not establish either the veracity of the generalization about the alleged “type of offender”, or that the accused is in fact the “type” to which the generalization might have applied. The ITO contains no evidentiary material in this regard apart from the bald assertion of the two police officers and there is virtually nothing to describe, let alone establish, the expertise of the officers. Moreover, the class of persons to whom specific proclivities are attributed is defined so loosely as to bear no real significance. There is no reason to believe, on the basis of the information in the ITO as amplified, that all child pornography offenders engage in hoarding, storing, sorting, and categorizing activity. To permit reliance on broad generalizations about loosely defined classes of people is to invite dependence on stereotypes and prejudices in lieu of evidence. It is not the role of courts to establish by judicial fiat broad generalizations regarding the “proclivities” of certain “types” of people, including offenders. Matters of this sort are best left to be established by the Crown, according to the relevant standard — in this case, reasonable grounds for belief. Here, two suspiciously labelled links in the “Favourites” do not suffice to characterize a person as an habitual child pornography offender of the type that seeks out and hoards illegal images. The fact that the bulk of the pornographic material that the technician observed at the accused’s house was legal adult pornography suggests that the accused did not have a “pronounced” interest in child pornography.

The presence of the webcam, which was functioning as a camcorder recording to a VCR, has only a tenuous relation to the crime alleged. While it may be true that the accused was adept at recording videotapes and storing the tapes for future use — as is nearly everyone who owns a camcorder — this says nothing about his propensity to store a different kind of image (child pornography), in a different medium (a computer, as opposed to videotape), acquired in a different manner (downloading, as opposed to filming). To draw an inference that he is of the type to hoard illegal images is to speculate impermissibly. Nor does the accused’s conduct after the technician’s visit support the conclusion that he was the sort of person to seek out and hoard child pornography. The accused might well have tidied up the room and formatted his computer simply to avoid further embarrassment from having an outsider see the disorderly state of his home and the evidence of his consumption

dur ou qu’il avait acquis de nouvelles images illicites depuis. Bien que la dénonciation appuie les inférences relatives au comportement probable de l’accusé sur des généralisations énoncées par B et H quant à la propension des « délinquants de ce type » à accumuler et à copier des images illicites, la dénonciation n’établit ni la véracité de la généralisation au sujet des présumés « délinquants de ce type », ni que l’accusé est effectivement d’un tel « type ». La dénonciation ne contient aucune preuve en la matière outre les affirmations sommaires des deux policiers et ne contient pratiquement aucun élément qui décrive, et encore moins établisse, l’expertise des policiers. De plus, la catégorie de personnes à qui certaines tendances sont attribuées est définie en termes tellement vagues qu’elle n’a aucune signification réelle. Il n’y a aucun motif de croire, à la lumière de la dénonciation et de la preuve complémentaire présentée, que tous les pédopornophiles conservent, stockent, trient et catégorisent leurs images. Permettre de s’appuyer sur de larges généralisations à propos de groupes de personnes vaguement définis favoriserait le recours systématique aux stéréotypes et aux préjugés plutôt qu’à la preuve. Il n’appartient pas aux tribunaux de consacrer, par une décision judiciaire, de larges généralisations sur les « propensions » de certains « types » de personnes, y compris des délinquants. Il est préférable de laisser au ministère public le soin d’établir ce genre de faits, conformément à la norme pertinente — en l’espèce, celle des motifs raisonnables de croire. Dans le cas qui nous occupe, la présence de deux liens portant un titre suspect dans les « favoris » ne suffit pas à qualifier une personne de pédopornophile d’habitude du type qui recherche et accumule des images illicites. Le fait que la majeure partie du matériel pornographique vu par le technicien chez l’accusé constituait de la pornographie adulte légale laisse entendre que l’accusé n’avait pas un intérêt « marqué » pour la pornographie juvénile.

La présence d’une webcam servant de caméscope et branchée à un magnéscope n’a qu’un lien ténu avec le crime reproché. Même s’il était vrai que l’accusé était versé dans l’enregistrement de bandes vidéo et dans leur sauvegarde en vue d’une utilisation ultérieure — comme presque tout le monde qui possède un caméscope — ce fait ne révèle rien au sujet d’une éventuelle propension à stocker des images de nature différente (de la pornographie juvénile), sur un support différent (un ordinateur, par opposition à une bande vidéo), acquises d’une manière différente (par téléchargement, et non par enregistrement vidéo). L’assimiler à un type susceptible d’accumuler des images illicites consiste à tirer une inférence procédant de la conjecture interdite. Le comportement de l’accusé après la visite du technicien n’étaye pas non plus la conclusion selon laquelle il était le type de personne susceptible de rechercher et d’accumuler de la pornographie juvénile. L’accusé aurait très bien pu mettre de l’ordre

of pornography on his computer. The accused's conduct might raise suspicions but, as a matter of law, mere suspicion is no substitute for reasonable grounds.

The evidence obtained as a result of the illegal search should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. When the three relevant factors are balanced, admitting the illegally obtained evidence in this case would bring the administration of justice into disrepute. The trial judge found no deliberate attempt to mislead and no deliberate misconduct on the part of the officer who swore the ITO, but the reputation of the administration of justice would nonetheless be significantly eroded, particularly in the long term, if criminal trials were permitted to proceed on the strength of evidence obtained from the most private "place" in the home on the basis of misleading, inaccurate, and incomplete ITOs upon which a search warrant was issued. The public must have confidence that invasions of privacy are justified, in advance, by a genuine showing of probable cause.

Per Deschamps, Charron and Rothstein JJ. (dissenting): A specific intention to deal with the object in a particular manner is not an element of the offence of possession of child pornography. Sections 4(3) and 163.1(4) of the *Criminal Code* indicate that possession of child pornography is criminal in and of itself, irrespective of the use to which the accused intends to put the prohibited material. The requisite *mens rea* will be established at trial if it is shown that the accused willingly took or maintained control of the object with full knowledge of its character. The accused does not need to have control in a place belonging to him or her, such as his or her hard drive. The provision simply requires the material to be "in any place" for the use or benefit of the accused. Therefore, even if an accused does not actually download offending material, possession is established if the accused has control over the material for his or her use or benefit or for that of someone else. When applying for a search warrant, it is sufficient that there be credible evidence to support a reasonable belief that the search will provide evidence of commission of the offence.

Although the ITO could have been more elaborate in many respects, the omissions the accused complains of do not support a conclusion that the ITO was so deficient that it did not provide the authorizing judge with a sufficiently credible factual basis. The information

dans la pièce et formater son ordinateur simplement pour éviter d'éprouver à nouveau de la gêne du fait qu'un étranger verrait le désordre qui règne chez lui et remarquerait des indices de sa consommation de pornographie dans son ordinateur. Le comportement de l'accusé peut éveiller les soupçons, mais, en droit, les soupçons ne sauraient remplacer des motifs raisonnables.

La preuve obtenue lors de la perquisition illégale devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Lorsque les trois facteurs pertinents sont mis en balance, l'admission de la preuve obtenue illégalement en l'espèce déconsidérerait l'administration de la justice. Le juge du procès a conclu à l'absence de toute tentative délibérée d'induire en erreur et était d'avis que le policier qui a fait la dénonciation sous serment n'a pas mal agi délibérément, mais la considération dont jouit l'administration de la justice serait néanmoins grandement érodée, particulièrement à long terme, si les procès criminels pouvaient être instruits sur le fondement d'une preuve recueillie dans le « lieu » le plus intime de la maison grâce à des dénonciations trompeuses, inexactes et incomplètes qui ont mené à la délivrance d'un mandat de perquisition. Le public ne doit pas douter que les atteintes à la vie privée sont justifiées au préalable par la démonstration véritable de motifs probables.

Les juges Deschamps, Charron et Rothstein (dissidents) : L'intention spécifique d'utiliser l'objet d'une certaine manière ne constitue pas un élément de l'infraction de possession de pornographie juvénile. Les paragraphes 4(3) et 163.1(4) du *Code criminel* font de la possession de pornographie juvénile un crime en soi, sans égard à l'utilisation que l'accusé entend faire du matériel prohibé. La *mens rea* requise sera établie au procès par la preuve que l'accusé, pleinement conscient de la nature de l'objet, en a pris ou conservé le contrôle de son plein gré. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait contrôle dans un lieu appartenant à l'accusé, comme son disque dur. Cette disposition exige simplement que le matériel se trouve « en un lieu », pour l'usage ou l'avantage de l'accusé. En conséquence, même si l'accusé ne télécharge pas effectivement le matériel au contenu illicite, la possession est établie s'il en a le contrôle pour son propre usage ou avantage ou celui d'une autre personne. Dans la dénonciation déposée pour obtenir un mandat de perquisition, il suffit qu'une preuve crédible permette de croire raisonnablement que la perquisition fournira des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction.

Certes, la dénonciation aurait pu être plus détaillée à bien des égards, mais les omissions dont se plaint l'accusé ne permettent pas de conclure que la dénonciation était lacunaire au point de ne pas fournir au juge qui a autorisé la perquisition une preuve factuelle crédible suffisante.

concerning the presence of the child, the toys, and the webcam was necessary to convey to the authorizing judge the technician's concerns about the safety of the child. From this perspective, the facts that the accused was the child's father and that he resided with his wife, which were not mentioned in the ITO, were not determinative since, in the technician's mind, what was at stake was the safety of a child. The references in the ITO to the removal of child pornography from the accused's computer cannot be characterized as false. Viewed in context, there is no question that what had, according to the technician, been removed from the computer were the links in the "favourites" list to child pornography. Therefore the authorizing judge must have understood this to be the case. Since there is no indication that the allegations or references were meant to mislead or were so lacking in informational context, they should not be expunged from the ITO.

It was neither inappropriate nor erroneous to rely on the information provided by officers B and H about the propensity of child pornography offenders to collect and hoard such materials. This propensity, which seems to be notorious, has been accepted in numerous child pornography cases as part of the factual backdrop giving rise to reasonable grounds for issuing search warrants. While more contextual information on both the subject matter and the source would have made it easier to understand and assess the officers' statements, there is no indication that they were not qualified or that there was any intention to mislead. Consequently, it was open to the reviewing judge to receive evidence which amplified the information and conclude that the authorizing judge was provided with sufficient evidence. The positions the officers held in their respective forces were also enough to support a conclusion that their statements had sufficient probative value to be included in the ITO. Lastly, the officers did not state that the accused was a habitual child pornography offender. The conversations between O and the other officers took place several months after the technician's visits, and they related to what material might be found in the computer and whether material would still be found there despite the time elapsed between the visits and the swearing of the ITO. These are facts that O had to put before the authorizing judge.

Although there was a four-month delay between the technician's visits and the swearing of the ITO, it was reasonable for the authorizing judge to conclude that the accused still had the computer in question in his

Les renseignements relatifs à la présence de l'enfant, des jouets et de la webcam étaient nécessaires pour signaler les craintes du technicien pour la sécurité de l'enfant au juge appelé à autoriser la perquisition. De ce point de vue, le fait que l'accusé soit le père de l'enfant et le fait qu'il habite avec son épouse, non mentionnés dans la dénonciation, n'étaient pas déterminants puisque, dans l'esprit du technicien, la sécurité d'un enfant était en jeu. Les allégations dans la dénonciation selon lesquelles de la pornographie juvénile aurait été supprimée de l'ordinateur de l'accusé ne peuvent être qualifiées de fausses. Dans le contexte, il ne fait aucun doute que les éléments qui ont été supprimés de l'ordinateur, selon le technicien, étaient les liens relatifs à la pornographie juvénile figurant dans la liste des « favoris ». C'est donc ainsi que le juge qui a autorisé la perquisition a dû interpréter ses propos. Étant donné que rien ne donne à penser que les allégations visaient à tromper le lecteur ou étaient très peu révélatrices des circonstances, elles ne devraient pas être retranchées de la dénonciation.

Il n'était ni inapproprié ni erroné de se fonder sur les renseignements fournis par les agents B et H concernant la propension des pédopornophiles à collectionner et à accumuler du matériel illicite. Une telle inclination, notoire semble-t-il, a été admise dans de nombreuses affaires de pornographie juvénile parmi les faits qui constituent des motifs raisonnables justifiant la délivrance de mandats de perquisition. Même si des renseignements contextuels complémentaires sur le sujet et la source auraient facilité la compréhension et l'évaluation des déclarations des policiers, rien n'indique que ces derniers n'étaient pas compétents ni ne permet de croire à une intention d'induire en erreur. Par conséquent, la juge siégeant en révision pouvait admettre une preuve complétant la dénonciation et conclure que le juge qui a autorisé la perquisition disposait d'une preuve suffisante. Les postes occupés par les policiers dans leur service respectif permettaient également de conclure que la valeur probante de leurs déclarations était suffisante pour qu'elles soient incluses dans la dénonciation. Finalement, les policiers n'ont pas affirmé que l'accusé était un pédopornophile d'habitude. Les conversations entre O et les autres policiers ont eu lieu plusieurs mois après les visites du technicien et concernaient la nature du matériel susceptible d'être découvert dans l'ordinateur et la probabilité qu'on en trouve encore à l'intérieur en dépit du laps de temps écoulé entre les visites et le dépôt de la dénonciation. Ce sont des faits que O devait présenter au juge qui a autorisé la perquisition.

Malgré les quatre mois écoulés entre les visites du technicien et le dépôt de la dénonciation, il était raisonnable de la part du juge ayant autorisé la perquisition de conclure que l'ordinateur en question se trouvait encore

residence and that any “child pornography” was still in the house. There was adequate information in the ITO about the storage of the materials, and no reason to presume that the accused would have changed his computer after the visits and no indication that the computer was in any way in need of being replaced. It was therefore appropriate for O to rely on common sense and on the ongoing subscription to an Internet connection to support his allegation that the computer was still in the accused’s residence. The police officers’ statements concerning the proclivity of child pornography users to save and collect such material could also serve as a basis for concluding that it was reasonable to believe that, if the accused was this type of offender, evidence of the offence would still be found in the computer after four months.

In this case, the facts alleged in the ITO, as amplified at the *voir dire*, were sufficient for the reviewing judge to conclude that there was a basis for the authorizing judge’s decision to issue the warrant. The facts that there were several links to both adult and child pornography in the “favourites” list and that a “graphic” pornographic image was prominently displayed on the computer justified the authorizing judge’s drawing the reasonable inference that the accused had a conspicuous interest in this type of material. The position of the camera and the fact that it was connected to a videotape recorder at the time of the technician’s first visit, together with the presence of both labelled and unlabelled videotapes, showed that he was interested in reproducing images, accumulating such material, and keeping it for his future use. The accused’s desire not to arouse suspicion with respect to his reproduction of images or his computer practices could reasonably be inferred from his actions after being informed that the technician needed to return. There was a credible probability that the accused was in the habit of reproducing and saving images and had a propensity to pornography, and more specifically to child pornography. While the police officers’ statements could not be used to demonstrate that he was a type of person who was likely to be in possession of child pornography, given that there is credible independent evidence of this, they do shed light on the implications of that evidence. In these circumstances, the statements that child pornography offenders are collectors could only make it more likely that evidence of the possession of prohibited material would still exist at the time the ITO was drafted.

chez l’accusé et que de la « pornographie juvénile » s’y trouvait toujours. Les renseignements dans la dénonciation relatifs au stockage de matériel étaient suffisants, il n’y avait aucune raison de présumer que l’accusé avait changé d’ordinateur après les visites et rien n’indiquait que l’ordinateur devait être remplacé pour quelque raison que ce soit. O pouvait donc s’en remettre au bon sens et au fait que le service Internet n’avait pas été interrompu pour étayer son alléguation selon laquelle l’ordinateur se trouvait toujours chez l’accusé. Les déclarations des policiers concernant la propension des pédopornophiles à faire des copies de sauvegarde et à constituer des collections pouvaient également justifier la conclusion que, si l’accusé était un délinquant de ce type, il était raisonnable de croire que des éléments de preuve de l’infraction seraient découverts dans l’ordinateur quatre mois plus tard.

En l’espèce, les faits allégués dans la dénonciation, complétés lors du *voir-dire*, étaient suffisants pour permettre à la juge siégeant en révision de conclure à l’existence d’une preuve sur laquelle le juge qui a autorisé la perquisition pouvait fonder sa décision. Le fait que plusieurs liens vers de la pornographie, tant adulte que juvénile, se trouvaient dans la liste des « favoris » et le fait qu’une image « crue » de pornographie figurait en évidence sur l’écran de l’ordinateur permettaient au juge ayant autorisé la perquisition d’inférer raisonnablement que l’accusé avait un intérêt évident pour ce genre de matériel. La position de la caméra et le fait qu’elle était branchée à un magnétoscope lors de la première visite du technicien, combinés à la présence de bandes vidéo, étiquetées ou non, démontraient un intérêt de sa part pour la reproduction d’images, le stockage de ce type de matériel et sa sauvegarde en vue d’une utilisation ultérieure. Le désir de l’accusé de ne pas éveiller de soupçons sur ses pratiques informatiques ou ses activités de reproduction d’images pouvait raisonnablement s’inférer des mesures qu’il a prises après avoir été informé de la nécessité d’une seconde visite du technicien. On pouvait démontrer une probabilité fondée sur la crédibilité que l’accusé avait l’habitude de reproduire et de sauvegarder des images, et qu’il montrait un penchant pour la pornographie, plus particulièrement pour la pornographie juvénile. Les déclarations des policiers ne pouvaient servir à établir qu’il était le type de personne susceptible d’avoir de la pornographie juvénile en sa possession, mais, compte tenu de l’existence d’une preuve crédible et indépendante tendant à le démontrer, elles nous éclairent sur les implications qui en découlent. Dans ces circonstances, les déclarations selon lesquelles les pédopornophiles sont des collectionneurs ne pouvaient que rendre plus vraisemblable l’existence d’éléments de preuve relatifs à la possession de matériel prohibé à l’époque où la dénonciation a été rédigée.

Cases Cited

By Fish J.

Applied: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; **referred to:** *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531; *R. v. Panko* (2007), 52 C.R. (6th) 378; *R. v. Weir*, 2001 ABCA 181, 95 Alta. L.R. (3d) 225; *R. v. Daniels*, 2004 NLCA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Fawthrop* (2002), 161 O.A.C. 350; *United States v. Weber*, 923 F.2d 1338 (1990); *United States v. Terry*, 522 F.3d 645 (2008); *R. v. Graham*, 2008 PESCAD 7, 277 Nfld. & P.E.I.R. 103.

By Deschamps J. (dissenting)

R. v. Debot, [1989] 2 S.C.R. 1140; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983); *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, 2002 SCC 72, [2002] 3 S.C.R. 708; *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343; *R. v. York*, 2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331; *R. v. Chalk*, 2007 ONCA 815, 88 O.R. (3d) 448; *R. v. Terrence*, [1983] 1 S.C.R. 357; *R. v. Hess (No. 1)* (1948), 94 C.C.C. 48; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531; *R. v. Weir*, 2001 ABCA 181, 95 Alta. L.R. (3d) 225; *R. v. Daniels*, 2004 NLCA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290; *R. v. Neveu*, 2005 NSPC 51, 239 N.S.R. (2d) 59; *R. v. Fawthrop* (2002), 161 O.A.C. 350; *United States v. Gourde*, 440 F.3d 1065 (2006); *United States v. Martin*, 426 F.3d 68 (2005); *United States v. Shields*, 458 F.3d 269 (2006); *Davidson v. United States*, 213 Fed.Appx. 769 (2006); *United States v. Falso*, 544 F.3d 110 (2008); *United States v. Perrine*, 518 F.3d 1196 (2008); *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Graham*, 2007 CarswellPEI 80, aff'd 2008 PESCAD 7, 277 Nfld. & P.E.I.R. 103; *United States v. Terry*, 522 F.3d 645 (2008); *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 4(3), 163.1(4), (4.1), (4.2), (6), 487.

Authors Cited

Akdeniz, Yaman. *Internet Child Pornography and the Law: National and International Responses*. Burlington, Vermont: Ashgate, 2008.

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêt appliqué : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; **arrêts mentionnés :** *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531; *R. c. Panko* (2007), 52 C.R. (6th) 378; *R. c. Weir*, 2001 ABCA 181, 95 Alta. L.R. (3d) 225; *R. c. Daniels*, 2004 NLCA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. Fawthrop* (2002), 161 O.A.C. 350; *United States c. Weber*, 923 F.2d 1338 (1990); *United States c. Terry*, 522 F.3d 645 (2008); *R. c. Graham*, 2008 PESCAD 7, 277 Nfld. & P.E.I.R. 103.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

R. c. Debot, [1989] 2 R.C.S. 1140; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Illinois c. Gates*, 462 U.S. 213 (1983); *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *Québec (Procureur général) c. Laroche*, 2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708; *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343; *R. c. York*, 2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331; *R. c. Chalk*, 2007 ONCA 815, 88 O.R. (3d) 448; *R. c. Terrence*, [1983] 1 R.C.S. 357; *R. c. Hess (No. 1)* (1948), 94 C.C.C. 48; *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531; *R. c. Weir*, 2001 ABCA 181, 95 Alta. L.R. (3d) 225; *R. c. Daniels*, 2004 NLCA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290; *R. c. Neveu*, 2005 NSPC 51, 239 N.S.R. (2d) 59; *R. c. Fawthrop* (2002), 161 O.A.C. 350; *United States c. Gourde*, 440 F.3d 1065 (2006); *United States c. Martin*, 426 F.3d 68 (2005); *United States c. Shields*, 458 F.3d 269 (2006); *Davidson c. United States*, 213 Fed. Appx. 769 (2006); *United States c. Falso*, 544 F.3d 110 (2008); *United States c. Perrine*, 518 F.3d 1196 (2008); *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Graham*, 2007 CarswellPEI 80, conf. par 2008 PESCAD 7, 277 Nfld. & P.E.I.R. 103; *United States c. Terry*, 522 F.3d 645 (2008); *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 4(3), 163.1(4), (4.1), (4.2), (6), 487.

Doctrine citée

Akdeniz, Yaman. *Internet Child Pornography and the Law: National and International Responses*. Burlington, Vermont: Ashgate, 2008.

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001, p. 3581.
- Howard, Ty E. “Don’t Cache Out Your Case: Prosecuting Child Pornography Possession Laws Based on Images Located in Temporary Internet Files” (2004), 19 *Berkeley Tech. L.J.* 1227.
- Luehr, Paul H. “Real Evidence, Virtual Crimes: The Role of Computer Forensic Experts” (2005-2006), 20 *Crim. Just.* 14.
- Marin, Giannina. “Possession of Child Pornography: Should You Be Convicted When the Computer Cache Does the Saving for You?” (2008), 60 *Fla. L. Rev.* 1205.
- Michaels, Rebecca. “Criminal Law — The Insufficiency of Possession in Prohibition of Child Pornography Statutes: Why Viewing a Crime Scene Should Be Criminal” (2008), 30 *W. New Eng. L. Rev.* 817.
- Taylor, Max, and Ethel Quayle. *Child Pornography: An Internet Crime*. London: Routledge, 2003.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Jackson, Richards and Hunter J.J.A.), 2008 SKCA 62, 310 Sask. R. 165, 423 W.A.C. 165, 233 C.C.C. (3d) 465, 172 C.R.R. (2d) 167, [2008] 7 W.W.R. 191, [2008] S.J. No. 300 (QL), 2008 CarswellSask 300, upholding the accused’s conviction. Appeal allowed, Deschamps, Charron and Rothstein J.J. dissenting.

Aaron A. Fox, Q.C., and Jeffrey Beedell, for the appellant.

Anthony B. Gerein, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Abella J.J. was delivered by

FISH J. —

I

[1] This case concerns the right of everyone in Canada, including the appellant, to be secure against unreasonable search and seizure. And it relates, more particularly, to the search and seizure of personal computers.

[2] It is difficult to imagine a search more intrusive, extensive, or invasive of one’s privacy

- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 3 mai 2001, p. 3581.
- Howard, Ty E. « Don’t Cache Out Your Case : Prosecuting Child Pornography Possession Laws Based on Images Located in Temporary Internet Files » (2004), 19 *Berkeley Tech. L.J.* 1227.
- Luehr, Paul H. « Real Evidence, Virtual Crimes : The Role of Computer Forensic Experts » (2005-2006), 20 *Crim. Just.* 14.
- Marin, Giannina. « Possession of Child Pornography : Should You Be Convicted When the Computer Cache Does the Saving for You? » (2008), 60 *Fla. L. Rev.* 1205.
- Michaels, Rebecca. « Criminal Law — The Insufficiency of Possession in Prohibition of Child Pornography Statutes : Why Viewing a Crime Scene Should Be Criminal » (2008), 30 *W. New Eng. L. Rev.* 817.
- Taylor, Max, and Ethel Quayle. *Child Pornography : An Internet Crime*. London : Routledge, 2003.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (les juges Jackson, Richards et Hunter), 2008 SKCA 62, 310 Sask. R. 165, 423 W.A.C. 165, 233 C.C.C. (3d) 465, 172 C.R.R. (2d) 167, [2008] 7 W.W.R. 191, [2008] S.J. No. 300 (QL), 2008 CarswellSask 300, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l’accusé. Pourvoi accueilli, les juges Deschamps, Charron et Rothstein sont dissidents.

Aaron A. Fox, c.r., et Jeffrey Beedell, pour l’appelant.

Anthony B. Gerein, pour l’intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Abella rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] Le pourvoi porte sur le droit de toute personne au Canada, y compris l’appelant, à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Il concerne plus particulièrement la fouille et la saisie d’ordinateurs personnels.

[2] Il est difficile d’imaginer une perquisition, une fouille et une saisie plus envahissantes, d’une plus

than the search and seizure of a personal computer.

[3] First, police officers enter your home, take possession of your computer, and carry it off for examination in a place unknown and inaccessible to you. There, without supervision or constraint, they scour the entire contents of your hard drive: your emails sent and received; accompanying attachments; your personal notes and correspondence; your meetings and appointments; your medical and financial records; and all other saved documents that you have downloaded, copied, scanned, or created. The police scrutinize as well the electronic roadmap of your cybernetic peregrinations, where you have been and what you appear to have seen on the Internet — generally by design, but sometimes by accident.

[4] That is precisely the kind of search that was authorized in this case. And it was authorized on the strength of an Information to Obtain a Search Warrant (“ITO”) that was carelessly drafted, materially misleading, and factually incomplete. The ITO invoked an unsupported stereotype of an ill-defined “type of offender” and imputed that stereotype to the appellant. In addition, it presented a distorted portrait of the appellant and of his surroundings and conduct in his own home at the relevant time.

[5] Even when corrected and amplified on review, the ITO was insufficient to permit any justice of the peace, acting reasonably, to find adequate grounds for the search. Stripped of its defects and deficiencies, all that really remained were two Internet links, seen four months earlier in the “Favourites” menu of a Web browser — on a computer that was subsequently formatted, *deleting both links*.

[6] The ITO alleged that the appellant was then in possession of child pornography and that there were reasonable and probable grounds to believe that “the said material, or some part of them [*sic*]

grande ampleur ou plus attentatoires à la vie privée que celles d’un ordinateur personnel.

[3] Pour commencer, les policiers entrent dans votre maison, prennent possession de votre ordinateur et l'emportent pour l'examiner dans un lieu qui vous est inconnu et inaccessible. Là, sans supervision ni contrainte, ils vérifient tout le contenu de votre disque dur : courriels envoyés et reçus, pièces jointes, notes personnelles et correspondance, réunions et rendez-vous, dossiers médicaux et financiers et tout autre document que vous avez téléchargé, copié, numérisé ou créé et sauvegardé. Les policiers examinent aussi l'historique de vos cyberpérégrinations, les sites que vous avez consultés et ce que vous avez apparemment vu dans l'Internet — généralement de façon délibérée, mais parfois de façon accidentelle.

[4] Voilà précisément le genre de fouille qui a été autorisée en l'espèce, et elle l'a été sur la foi d'une dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition (la « dénonciation ») qui avait été rédigée de façon négligente, contenait des renseignements trompeurs et comportait des lacunes quant aux faits. Cette dénonciation se référerait à un stéréotype non fondé à propos d'un groupe mal défini, les [TRADUCTION] « délinquants de ce type », et l'appliquait à l'appelant. De plus, elle projetait une image déformée de l'appelant et de son milieu ainsi que de son comportement dans sa propre maison au moment pertinent.

[5] Même une fois corrigée et complétée lors de la révision, la dénonciation était insuffisante pour qu'un juge de paix conclue raisonnablement à l'existence de motifs valables pouvant justifier la perquisition et la fouille. Abstraction faite des irrégularités et des lacunes de la dénonciation, il ne restait vraiment que deux liens Internet, vus quatre mois plus tôt dans le menu « Favoris » du navigateur Web — sur un ordinateur qui a ensuite été formaté, *ce qui a eu pour effet de supprimer ces deux liens*.

[6] Aux termes de la dénonciation, l'appelant avait alors en sa possession de la pornographie juvénile, et le dénonciateur avait des motifs raisonnables et probables de croire que [TRADUCTION] « ledit matériel

are contained inside the computer". I emphasize from the outset that the ITO did not allege the distinct and separate offence of *accessing* child pornography, either when the ITO was sworn or four months earlier, before the computer was formatted.

[7] As we shall see, the essential elements of the alleged offence, the time of its alleged commission, and the complete lack of evidence that there was child pornography in the computer when the ITO was sworn all underscore the manifest inadequacy of the ITO and the unreasonableness of the search that ensued.

[8] To be sure, offences involving child pornography are particularly insidious. They breed a demand for images that exploit vulnerable children, both economically and morally. Understandably, offences of this sort evoke a strong emotional response. They generate widespread condemnation and intense feelings of disapprobation, if not revulsion.

[9] It is for this very reason that the police, in enforcing the law, must avoid any temptation to resort to stereotypical, inflammatory, or misleading allegations. And where they yield to that temptation, courts must be particularly vigilant to issue process, or subsequently validate the issuance of process, only where reasonable and probable grounds for a search or an arrest are in fact made out. While the law must be relentlessly enforced, legal requirements must be respected, and constitutional safeguards preserved.

[10] Unlike Justice Deschamps and with the greatest of respect, I am satisfied that the record discloses no reasonable and probable grounds for the search and seizure of the appellant's computer. I agree with Richards J.A., dissenting in the Court of Appeal, that the search and seizure therefore infringed the appellant's constitutional right,

ou une partie de celui-ci se trouve dans l'ordinateur ». Je souligne d'emblée que la dénonciation ne faisait aucune allusion à la perpétration possible de l'infraction distincte d'*accès* à de la pornographie juvénile, que ce soit au moment de la signature de la dénonciation ou quatre mois plus tôt, avant le formatage de l'ordinateur.

[7] Comme nous le verrons, les éléments essentiels de l'infraction reprochée, le moment où elle aurait été commise et l'absence totale de preuve établissant la présence de pornographie juvénile dans l'ordinateur au moment de la signature de la dénonciation mettent en évidence l'insuffisance manifeste de la dénonciation et la nature abusive de la perquisition qui a suivi.

[8] Certes, les infractions relatives à la pornographie juvénile sont particulièrement insidieuses. Elles créent une demande d'images impliquant l'exploitation d'enfants vulnérables, tant sur le plan économique que sur le plan moral. Il va sans dire que les infractions de ce genre suscitent une forte réaction émotive : elles provoquent une réprobation générale et de vifs sentiments de désapprobation, voire de la répugnance.

[9] C'est précisément pour cette raison que les policiers doivent, dans le cadre de l'application de la loi, résister à la tentation de recourir à des allégations stéréotypées, incendiaires ou trompeuses. Et si les policiers cèdent à cette tentation, les tribunaux doivent être particulièrement vigilants avant de décerner un mandat ou de le valider par la suite, et ne le faire que lorsqu'ont été effectivement établis des motifs raisonnables et probables justifiant une perquisition, une fouille ou une arrestation. S'il faut veiller sans relâche à l'application de la loi, il est tout aussi nécessaire de respecter les conditions fixées par la loi et les garanties constitutionnelles.

[10] Contrairement à la juge Deschamps, et soit dit avec égards, je suis convaincu que le dossier ne révèle aucun motif raisonnable et probable susceptible de justifier la fouille et la saisie de l'ordinateur de l'appelant. Par conséquent, je souscris à la conclusion du juge Richards, dissident en Cour d'appel, que le droit constitutionnel à la « protection contre

under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, “to be secure against unreasonable search or seizure”.

[11] Applying the test recently set out in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, I believe we are bound, in virtue of s. 24(2) of the *Charter*, to exclude the evidence thus obtained. In the absence of this illegally obtained evidence, the appellant could not reasonably have been convicted. Accordingly, like Justice Richards, I would allow the appeal, set aside the appellant’s conviction, and enter an acquittal in its place.

II

[12] The search warrant in this case was issued on the strength of an Information alleging that the appellant was then in possession of child pornography, contrary to s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The Information alleged as well that the pornographic materials in question were “contained inside” the appellant’s personal computer.

[13] The threshold question on this appeal is whether the justice of the peace who issued the search warrant acted on reasonable and probable grounds, as required under both the *Criminal Code* and the *Charter*. To answer that question, it is necessary to first understand when one may properly be said to “possess” an image in a computer, within the meaning of s. 163.1 of the *Criminal Code*.

[14] In my view, merely viewing in a Web browser an image stored in a remote location on the Internet does not establish the level of control necessary to find possession. Possession of illegal images requires *possession of the underlying data files in some way*. Simply viewing images online constitutes the separate crime of *accessing* child pornography, created by Parliament in s. 163.1(4.1) of the *Criminal Code*.

les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives » garanti à l’appelant par l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été violé.

[11] Selon le test élaboré récemment dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, j’estime que nous sommes tenus, en application du par. 24(2) de la *Charte*, d’exclure les éléments de preuve ainsi obtenus. En l’absence de ces éléments de preuve obtenus illégalement, l’appelant ne pouvait raisonnablement être déclaré coupable. Par conséquent, à l’instar du juge Richards, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la déclaration de culpabilité de l’appelant et de lui substituer un verdict d’acquiescement.

II

[12] En l’espèce, le mandat de perquisition a été délivré sur la foi d’une dénonciation selon laquelle l’appelant avait alors de la pornographie juvénile en sa possession, une infraction prévue au par. 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. La dénonciation précisait que le matériel pornographique en question [TRADUCTION] « se trouv[ait] dans » l’ordinateur personnel de l’appelant.

[13] La question préliminaire dans le présent pourvoi est celle de savoir si le juge de paix qui a décerné le mandat de perquisition a agi en s’appuyant sur des motifs raisonnables et probables, comme l’exigent le *Code criminel* et la *Charte*. Pour y répondre, il faut d’abord comprendre dans quelles circonstances on peut dire à juste titre qu’une personne « a en sa possession » une image dans un ordinateur au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 163.1 du *Code criminel*.

[14] À mon avis, le seul fait de regarder au moyen d’un navigateur Web une image stockée sur un site hébergé dans l’Internet ne permet pas d’établir le degré de contrôle nécessaire pour conclure à la possession. La possession d’images illicites exige qu’il y ait *possession, d’une façon ou d’une autre, des fichiers de données sous-jacents*. La simple visualisation d’images en ligne constitue le crime distinct d’accès à de la pornographie juvénile, créé par le législateur au par. 163.1(4.1) du *Code criminel*.

[15] For the purposes of the *Criminal Code*, “possession” is defined in s. 4(3) to include *personal possession*, *constructive possession*, and *joint possession*. Of these three forms of culpable possession, only the first two are relevant here. It is undisputed that *knowledge* and *control* are essential elements common to both.

[16] On an allegation of *personal possession*, the requirement of knowledge comprises two elements: the accused must be aware that he or she has physical custody of the thing in question, and must be aware as well of what that thing is. Both elements must co-exist with an act of control (outside of public duty): *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531, at pp. 541-42.

[17] *Constructive* possession is established where the accused did not have physical custody of the object in question, but did have it “in the actual possession or custody of another person” or “in any place, whether or not that place belongs to or is occupied by him, for the use or benefit of himself or of another person” (*Criminal Code*, s. 4(3)(a)). Constructive possession is thus complete where the accused: (1) has knowledge of the character of the object, (2) knowingly puts or keeps the object in a particular place, whether or not that place belongs to him, and (3) intends to have the object in the particular place for his “use or benefit” or that of another person.

[18] Here, the appellant is alleged to have had possession of digital images in a computer, rather than tangible objects. The law of possession, however, developed in relation to physical, concrete objects. Its extension to virtual objects — in this case, images stored as digital files and displayed on computer monitors — presents conceptual problems. Unlike traditional photographs, the digital information encoding the image — the image file — can be possessed even if no representation of the image is visible. Likewise, even if displayed on a person’s computer monitor, the underlying information might remain firmly outside that person’s possession, located on a server thousands

[15] Pour l’application du *Code criminel*, la « possession » définie au par. 4(3) s’entend de la *possession personnelle*, de la *possession imputée* et de la *possession commune*. Seules les deux premières de ces trois formes de possession fautive sont pertinentes en l’espèce. Nul ne conteste que la *connaissance* et le *contrôle* constituent des éléments essentiels de ces deux types d’infraction.

[16] Dans le cas d’une allégation de *possession personnelle*, le critère de la connaissance est formé des deux éléments suivants : l’accusé doit savoir qu’il a la garde physique de la chose donnée et il doit connaître la nature de cette dernière. Il faut en outre que ces deux éléments soient conjugués à un acte de contrôle (qui ne procède pas d’un devoir civique) : *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531, p. 541-542.

[17] Il y a possession *imputée* lorsque l’accusé n’a pas la garde physique de l’objet en question, mais qu’il l’a « en la possession ou garde réelle d’une autre personne » ou « en un lieu qui lui appartient ou non ou qu’[il] occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d’une autre personne » (*Code criminel*, al. 4(3)a)). Il y a donc possession imputée quand l’accusé : (1) a connaissance de la nature de l’objet, (2) met ou garde volontairement l’objet dans un lieu donné, que ce lieu lui appartient ou non, et (3) a l’intention d’avoir l’objet dans ce lieu pour son « propre usage ou avantage » ou celui d’une autre personne.

[18] En l’espèce, l’appelant aurait eu en sa possession des images numériques dans un ordinateur, et non des objets tangibles. Les règles de possession ont cependant été élaborées relativement aux objets matériels et concrets. Leur application aux objets virtuels — en l’espèce, des images stockées sous forme de fichiers numériques et affichées sur des écrans d’ordinateur — présente des problèmes conceptuels. Contrairement aux photographies traditionnelles, il est possible de posséder les données numériques de l’image codée — le fichier image — même si aucune représentation de l’image n’est visible. Pareillement, même si l’image est affichée à l’écran d’ordinateur, les données sous-jacentes

of kilometres away, over which that person has no control.

[19] Essentially, there are thus two potential “objects” of possession of an image in a computer — the image file and its decoded visual representation on-screen. The question is whether one can ever be said to be in culpable possession of the visual depiction alone, or whether one can only culpably possess the underlying file. Canadian cases appear implicitly to accept only the latter proposition: That possession of an image in a computer means *possession of the underlying data file*, not its mere visual depiction.

[20] Three Canadian appellate decisions illustrate the point.

[21] In *R. v. Panko* (2007), 52 C.R. (6th) 378, the Ontario Superior Court of Justice held that possession might be established on the basis of icons on the desktop that pointed to illegal images *stored* on the computer’s own hard drive.

[22] In *R. v. Weir*, 2001 ABCA 181, 95 Alta. L.R. (3d) 225, the Alberta Court of Appeal confirmed the validity of a search warrant obtained on information that prohibited images were attached to an e-mail message received by the accused but not yet opened. The court rejected the submission that the search warrant had been issued for an anticipated offence because it was a reasonable inference that the files would have already been *downloaded* onto the accused’s computer at the time the warrant was authorized.

[23] Finally, in *R. v. Daniels*, 2004 NLCA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290, the Newfoundland and Labrador Court of Appeal found that possession began at the moment the accused began *downloading* the illegal image files to his hard drive, even though the download was interrupted and the images were never viewed.

peuvent demeurer carrément hors de la possession et du contrôle de l’utilisateur, stockées sur un serveur situé à des milliers de kilomètres.

[19] Essentiellement, la possession d’une image dans un ordinateur peut donc viser deux « objets » possibles — le fichier image et sa représentation graphique décodée affichée à l’écran. La question est de savoir si une personne peut être reconnue coupable de possession fautive si elle n’a que la représentation graphique, ou si elle ne peut être déclarée coupable que si elle a le fichier sous-jacent en sa possession. La jurisprudence canadienne semble implicitement accepter cette dernière interprétation, c’est-à-dire que la possession d’une image dans un ordinateur s’entend de la *possession du fichier de données sous-jacent*, et non de sa simple représentation graphique.

[20] Trois décisions d’appel canadiennes illustrent ce point.

[21] Dans *R. c. Panko* (2007), 52 C.R. (6th) 378, la Cour supérieure de justice de l’Ontario a conclu que la possession peut être établie à partir des icônes sur le bureau d’un ordinateur qui renvoient à des images illicites *stockées* sur le disque dur de ce dernier.

[22] Dans *R. c. Weir*, 2001 ABCA 181, 95 Alta. L.R. (3d) 225, la Cour d’appel de l’Alberta a confirmé la validité d’un mandat de perquisition obtenu sur la base d’une dénonciation selon laquelle les images illicites étaient jointes à un courriel reçu par l’accusé, qu’il n’avait pas ouvert. La cour a rejeté l’argument selon lequel le mandat de perquisition avait été décerné pour une infraction non encore perpétrée, parce qu’il était raisonnable de conclure que les fichiers devaient déjà avoir été *téléchargés* dans l’ordinateur de l’accusé au moment où le mandat a été autorisé.

[23] Enfin, dans *R. c. Daniels*, 2004 NLCA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290, la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador a estimé qu’il y avait eu possession dès que l’accusé avait commencé à *télécharger* les fichiers images illégaux sur son disque dur, même si le téléchargement avait été interrompu et que les images n’avaient jamais été visualisées.

[24] In all three cases, the courts proceeded on the understanding that the object illegally possessed by the accused was the image *file*, not a visual display or rendering of the image.

[25] This is a sensible interpretation for a number of reasons. First, and most important, because Parliament, in s. 163.1(4.1) of the *Criminal Code*, has made accessing illegal child pornography a separate crime, different from possession. In virtue of s. 163.1(4.2), a person accesses child pornography by “knowingly caus[ing the] child pornography to be viewed by, or transmitted to, himself or herself”.

[26] Parliament’s purpose in creating the offence of accessing child pornography, as explained by the then Minister of Justice, was to “capture those who intentionally view child pornography on the [Inter]net but where the legal notion of possession may be problematic” (Hon. Anne McLellan, *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001, at p. 3581).

[27] What made a charge of possession “problematic”, of course, is that possessing a digital file and viewing it are discrete operations — one could be criminalized without also criminalizing the other. In the case of child pornography, Parliament has now criminalized both. But viewing and possession should nevertheless be kept conceptually separate, lest the criminal law be left without the analytical tools necessary to distinguish between storing the underlying data file and merely viewing the representation that is produced when that data, residing elsewhere, is decoded. The ITO here is specifically limited to allegations of possession pursuant to s. 163.1(4) of the *Criminal Code* (ITO, preamble and paras. 2, 4 and 16).

[28] Interpreting possession to apply only to the underlying data file is also more faithful to a traditional understanding of what it means to “possess”

[24] Dans ces trois affaires, les tribunaux sont partis du principe que l’objet dont l’accusé avait la possession illégale était le *fichier* image, et non une représentation graphique ou une restitution de l’image.

[25] Il s’agit d’une interprétation sensée pour plusieurs raisons. Premièrement, et c’est la raison qui importe le plus, le législateur a décidé, au par. 163.1(4.1) du *Code criminel*, que l’accès à la pornographie juvénile était un crime distinct, différent de la possession. Aux termes du par. 163.1(4.2), accède à de la pornographie juvénile quiconque « sciemment, agit de manière à en regarder ou fait en sorte que lui en soit transmise ».

[26] Comme l’expliquait la ministre de la Justice de l’époque, en créant l’infraction d’accès à la pornographie juvénile, le législateur avait pour but de « prendre ceux qui regardent intentionnellement la pornographie juvénile sur Internet, lorsque la notion légale de possession peut poser un problème » (l’honorable Anne McLellan, *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 3 mai 2001, p. 3581).

[27] Bien entendu, ce qui « posait un problème » concernant une accusation de possession, c’est que la possession d’un fichier numérique et sa visualisation sont des opérations distinctes — dont l’une pouvait être sanctionnée sans que l’autre ne le soit. Dans le cas de la pornographie juvénile, le législateur a maintenant criminalisé ces deux opérations. Toutefois, la visualisation et la possession devraient demeurer distinctes sur le plan conceptuel, pour ne pas priver le droit criminel des outils analytiques nécessaires à la distinction entre le stockage du fichier de données sous-jacent et le simple fait de regarder la représentation graphique produite lorsque ces données, enregistrées ailleurs, sont décodées. En l’espèce, la dénonciation se limitait expressément à des allégations de possession, au sens du par. 163.1(4) du *Code criminel* (dénonciation, préambule et par. 2, 4 et 16).

[28] Interpréter la possession de sorte qu’elle ne s’applique qu’aux fichiers de données sous-jacents respecte davantage la définition traditionnelle de la

something. The traditional objects of criminal possession — for example, contraband, drugs, and illegal weapons — are all things that could, potentially at least, be transferred to another person.

[29] Without storing the underlying data, however, an image on a screen cannot be transferred. The mere possibility of sharing a *link* to a Web site or enlarging the visual depiction of a Web site, as one could “zoom in” on a TV screen image, is insufficient to constitute control over the content of that site. It is indeed the underlying data file that is the stable “object” that can be transferred, stored, and, indeed, possessed. More broadly, the object possessed must itself have some sort of permanence.

[30] Thus, while it does not matter for the purposes of criminal possession how briefly one is in possession of the object, the thing said to be culpably possessed cannot — like a broadcast image flickering across a TV screen or a digital image displayed transiently on-screen — be essentially evanescent.

[31] Plainly, the mere fact that an image has been accessed by or displayed in a Web browser does not, without more, constitute possession of that image. An ITO seeking a warrant to search for evidence of possession (rather than accessing) must therefore provide reasonable and probable grounds to believe that the alleged offender possesses (or has possessed) digital files of an illegal image, and that evidence of that possession will be found in the place to be searched. It is not enough to provide reasonable and probable grounds to believe that the alleged offender viewed or accessed illegal images using a computer, without knowingly taking possession — which includes control — of the underlying files in some way.

notion de « possession ». Les objets généralement visés par la possession criminelle — par exemple, les objets de contrebande, les drogues et les armes illégales — sont tous des objets qui pourraient, du moins en théorie, être transférés à une autre personne.

[29] Il est toutefois impossible de transférer une image figurant à l'écran sans ses données sous-jacentes. La simple possibilité d'échanger un *lien* vers un site Web ou d'agrandir la représentation graphique d'un site Web, comme on peut faire un gros plan sur l'image affichée à l'écran d'un téléviseur, ne suffit pas à établir le contrôle sur le contenu de ce site. En effet, c'est le fichier de données sous-jacent qui constitue « l'objet » stable pouvant être transféré, stocké et, en fait, possédé. De façon plus générale, l'objet possédé doit avoir en soi une certaine permanence.

[30] Par conséquent, bien qu'en matière de possession criminelle il importe peu de savoir pendant combien de temps une personne conserve l'objet en sa possession, l'objet dont la possession serait illégale ne peut — comme une image qui s'allume et s'éteint sur l'écran de télévision ou une image numérique affichée momentanément sur un écran — être essentiellement évanescent.

[31] En clair, le simple accès à une image ou son affichage au moyen d'un navigateur Web ne constituent pas, sans autre élément, une preuve de possession de cette image. Une dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition visant la découverte d'éléments de preuve de possession (et non d'accès) doit donc fournir des motifs raisonnables et probables de croire que le prétendu délinquant a en sa possession (ou a eu en sa possession) des fichiers numériques contenant une image illicite et que la preuve de cette possession sera découverte dans le lieu visé par la perquisition. Il ne suffit pas qu'elle énonce des motifs raisonnables et probables de croire que le prétendu délinquant a visualisé les images illicites ou y a accédé en utilisant un ordinateur, sans prendre sciemment possession — ce qui inclut le contrôle — des fichiers sous-jacents d'une manière ou d'une autre.

[32] In applying these principles to the facts of this case, I take care not to be understood to have circumscribed or defined constructive possession of virtual objects. I leave open the possibility, for example, that one could constructively possess a digital file without downloading it to his or her hard drive, using for example a Web-based e-mail account to store illegal material.

[33] In short, my purpose here is not to say what constructive possession of virtual objects *necessarily is*, but rather what it *manifestly is not*. Plainly, in my view, previous access and the possibility of again accessing a Web site that contains digital images, located on a distant server over which the viewer has no control, do not constitute — either alone or together — constructive possession. However elastic the notion of constructive possession may be, to stretch it that far is to defy the limits of its elasticity.

[34] For the sake of greater clarity, I turn now to consider how this understanding of possession applies to files in an Internet cache (that is, copies of files automatically stored on the hard drive by a Web browser).

[35] When accessing Web pages, most Internet browsers will store on the computer's own hard drive a temporary copy of all or most of the files that comprise the Web page. This is typically known as a "caching function" and the location of the temporary, automatic copies is known as the "cache". While the configuration of the caching function varies and can be modified by the user, cached files typically include images and are generally discarded automatically after a certain number of days, or after the cache grows to a certain size.

[36] On my view of possession, the automatic caching of a file to the hard drive does not, without more, constitute possession. While the cached file might be in a "place" over which the computer user

[32] En appliquant ces principes aux faits de l'espèce, je veillerai à ce qu'il soit clair que je n'entends ni circonscrire ni définir la possession imputée d'objets virtuels. J'admets la possibilité, par exemple, qu'une personne puisse avoir la possession imputée d'un fichier numérique sans avoir téléchargé ce dernier sur le disque dur de son ordinateur, notamment si elle a stocké le matériel illicite dans un compte de courriel hébergé sur le Web.

[33] Bref, je n'ai pas l'intention de déterminer ce à quoi *correspond nécessairement* la possession imputée d'objets virtuels, mais ce à quoi elle *ne correspond manifestement pas*. De toute évidence, à mon avis, l'accès passé et la possibilité d'accéder de nouveau à un site Web présentant des images numériques, hébergé sur un serveur éloigné sur lequel l'observateur n'a aucun contrôle, n'établissent pas isolément, ni ensemble, la possession imputée. Quelle que soit l'élasticité de la notion de possession imputée, on en défie les limites en l'étendant ainsi.

[34] Par souci de clarté, j'examinerai maintenant l'application de cette interprétation de la possession aux fichiers qui se trouvent dans la mémoire cache Internet (c'est-à-dire, les copies des fichiers stockées automatiquement sur le disque dur par un navigateur Web).

[35] Lorsque l'on accède à une page Web, la majorité des navigateurs Internet stockent une copie temporaire de la plupart, sinon de la totalité des fichiers que contient la page Web sur le disque dur de l'ordinateur. Cette fonction est habituellement connue sous le nom de « mise en cache », et l'endroit où sont automatiquement stockées les copies temporaires s'appelle la « mémoire cache ». La configuration de la mise en cache varie et peut être modifiée par l'utilisateur, mais les fichiers mis en cache comprennent habituellement des images et sont généralement supprimés automatiquement après un certain nombre de jours, ou une fois que la mémoire cache a atteint une certaine limite.

[36] Selon moi, la mise en cache automatique d'un fichier sur le disque dur, sans plus, n'emporte pas la possession. Bien que le fichier mis en cache soit en un « lieu » sous le contrôle de l'utilisateur,

has control, in order to establish possession, it is necessary to satisfy *mens rea* or fault requirements as well. Thus, it must be shown that the file was *knowingly* stored and retained through the cache.

[37] In the present case, the charge is not based on the appellant using his cache to possess child pornography. It is hardly surprising as most computer users are unaware of the contents of their cache, how it operates, or even its existence. Absent that awareness, they lack the mental or fault element essential to a finding that they culpably possess the images in their cache. Having said that, there may be rare cases where the cache is *knowingly* used as a location to store copies of image files with the *intent* to retain possession of them through the cache.

[38] Justice Deschamps has advanced a more expansive conception of possession, under which simply viewing an image might, in some circumstances at least, constitute possession. As I will presently explain, even if one were to adopt my colleague's view, the ITO in this case fails to establish reasonable and probable grounds for the impugned search of the appellant's computer.

III

[39] Under the *Charter*, before a search can be conducted, the police must provide "reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search" (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 168). These distinct and cumulative requirements together form part of the "minimum standard, consistent with s. 8 of the *Charter*, for authorizing search and seizure" (p. 168).

[40] In reviewing the sufficiency of a warrant application, however, "the test is whether there was reliable evidence that might reasonably be believed on the basis of which the authorization could have

il faut aussi, pour prouver la possession, satisfaire aux exigences concernant la *mens rea* ou la faute. Par conséquent, il faut démontrer que l'utilisateur a *sciemment* stocké et conservé le fichier dans la mémoire cache.

[37] En l'espèce, l'accusation ne repose pas sur la possession de pornographie juvénile dans la mémoire cache que l'accusé aurait utilisée à cette fin. Cela n'est guère surprenant, car la plupart des utilisateurs ne connaissent ni le contenu de la mémoire cache de leur ordinateur, ni son fonctionnement, ni même son existence. Sans cette connaissance, ils n'ont pas l'élément mental ou fautif requis pour être reconnus coupables de la possession des images se trouvant dans la mémoire cache. Cela dit, dans de rares cas, la mémoire cache pourrait être utilisée *sciemment* pour stocker des copies de fichiers images dans l'*intention* d'en conserver la possession.

[38] La juge Deschamps a présenté une conception plus large de la possession, selon laquelle il suffit, dans certains cas du moins, de regarder une image pour en avoir la possession. Comme je vais maintenant l'expliquer, même si l'on adoptait le point de vue de ma collègue, la dénonciation en l'espèce n'établit pas l'existence de motifs raisonnables et probables pouvant étayer la fouille contestée de l'ordinateur de l'appelant.

III

[39] La *Charte* exige que les policiers, avant d'effectuer une perquisition, attestent « l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition » (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 168). Ces exigences distinctes et cumulatives constituent « le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie » (p. 168).

[40] Toutefois, pour réviser le fondement d'une demande de mandat, « le critère consiste à déterminer s'il existait quelque élément de preuve fiable auquel le juge aurait pu raisonnablement ajouter foi

issued” (*R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at para. 54 (emphasis in original)). The question is not whether the reviewing court would itself have issued the warrant, but whether there was sufficient credible and reliable evidence to permit a justice of the peace to find reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed and that evidence of that offence would be found at the specified time and place.

[41] The reviewing court does not undertake its review solely on the basis of the ITO as it was presented to the justice of the peace. Rather, “the reviewing court must exclude erroneous information” included in the original ITO (*Araujo*, at para. 58). Furthermore, the reviewing court may have reference to “amplification” evidence — that is, additional evidence presented at the *voir dire* to correct minor errors in the ITO — so long as this additional evidence corrects good faith errors of the police in preparing the ITO, rather than deliberate attempts to mislead the authorizing justice.

[42] It is important to reiterate the limited scope of amplification evidence, a point well articulated by Justice LeBel in *Araujo*. Amplification evidence is not a means for the police to adduce additional information so as to retroactively authorize a search that was not initially supported by reasonable and probable grounds. The use of amplification evidence cannot in this way be used as “a means of circumventing a prior authorization requirement” (*Araujo*, at para. 59).

[43] Rather, reviewing courts should resort to amplification evidence of the record before the issuing justice only to correct “some minor, technical error in the drafting of their affidavit material” so as not to “put form above substance in situations where the police had the requisite reasonable and probable grounds and had demonstrated investigative necessity but had, in good faith, made” such errors (para. 59). In all cases, the focus is on “the

pour accorder l’autorisation » (*R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 54 (souligné dans l’original)). Il ne s’agit pas de savoir si le tribunal siégeant en révision aurait lui-même délivré le mandat, mais s’il existait suffisamment d’éléments de preuve crédibles et fiables pour permettre au juge de paix de conclure à l’existence de motifs raisonnables et probables de croire qu’une infraction avait été commise et que des éléments de preuve touchant la commission de cette infraction seraient découverts aux moment et lieu précisés.

[41] Le tribunal siégeant en révision n’entreprend pas un tel exercice en se fondant simplement sur la dénonciation telle qu’elle a été présentée au juge de paix. Au contraire, « le tribunal qui siège en révision doit faire abstraction des renseignements inexacts » figurant dans la dénonciation initiale (*Araujo*, par. 58). De plus, il peut avoir recours à « l’amplification » — c’est-à-dire, à d’autres éléments de preuve présentés lors du voir-dire pour corriger les erreurs mineures dans la dénonciation — dans la mesure où ces éléments de preuve permettent de corriger des erreurs commises de bonne foi par la police lors de la préparation de la dénonciation plutôt que des tentatives délibérées d’induire en erreur le juge saisi de la demande d’autorisation.

[42] Il est important de rappeler la portée limitée de l’amplification, bien expliquée par le juge LeBel dans *Araujo*. L’amplification n’est pas un moyen permettant à la police de présenter de nouveaux renseignements pour faire autoriser rétroactivement une fouille et une perquisition qui n’étaient pas initialement justifiées par des motifs raisonnables et probables. L’amplification ne peut ainsi être utilisée comme « un moyen de se soustraire aux conditions de l’autorisation préalable » (*Araujo*, par. 59).

[43] En fait, les tribunaux siégeant en révision ne devraient avoir recours à l’amplification du dossier dont disposait le juge qui a décerné le mandat que pour corriger « une erreur sans grande importance ou technique [. . .] dans l’affidavit » de manière à ne pas « [faire] passer la forme avant le fond, lorsque la police a des motifs raisonnables et probables suffisants et a démontré la nécessité pour l’enquête, mais qu’une erreur [. . .] s’est glissée par inadvertance »

information available to the police at the time of the application” rather than information that the police acquired after the original application was made (para. 59).

IV

[44] The deficiencies of the ITO in this case must be addressed in some detail before determining whether it could support the issuance of the warrant. In particular, there are erroneous statements that must be excised, and there are numerous omissions that violate “[t]he legal obligation on anyone seeking an *ex parte* authorization [to make] full and frank disclosure of material facts” (*Araujo*, at para. 46 (emphasis in original)). Once these flaws are taken into account, it becomes clear that the ITO, as reduced and amplified, could not possibly have afforded reasonable and probable grounds to believe that the accused possessed child pornography and that evidence of that crime would be found on his computer at the time the warrant was sought or *at any time*.

[45] First, it is necessary to excise several misleading passages in the ITO that suggested Mr. Hounjet had actually viewed illegal pornography on the computer, rather than suspiciously labelled bookmarks (“Favourites”). In particular, para. 5 of the ITO, the first to adduce specific facts in support of the application, contains two glaring and misleading inaccuracies. It states, first, that “[o]nce on the computer HOUNJET observed ‘Lolita Porn’ on the screen”, and then that Mr. Hounjet “returned the next day to find the porn removed”.

[46] The clear implication of these assertions is that Mr. Hounjet in fact saw “Lolita Porn” (pornography involving young girls) on the screen and that he determined that this pornography was subsequently removed from the computer. But Mr. Hounjet saw nothing of the sort. As is clear from the

(par. 59). Dans tous les cas, l’accent est mis sur les « renseignements dont dispose la police au moment de la demande » plutôt que sur les renseignements que la police a obtenus après la présentation de la demande initiale (par. 59).

IV

[44] En l’espèce, il faut procéder à un examen assez approfondi des lacunes de la dénonciation avant de décider si elle pouvait justifier la délivrance du mandat. Plus particulièrement, certaines déclarations inexactes doivent être retranchées, et de nombreuses omissions constituent un manquement à « l’obligation juridique d’exposer de manière complète et sincère les faits considérés » imposée à « quiconque demande une autorisation *ex parte* » (*Araujo*, par. 46 (souligné dans l’original)). Compte tenu de ces lacunes, il est clair que la dénonciation, une fois épurée et complétée, n’aurait pas pu fournir des motifs raisonnables et probables de croire que l’accusé avait de la pornographie juvénile en sa possession et que des éléments de preuve de ce crime seraient découverts dans son ordinateur au moment où le mandat a été demandé ou à *quelque moment que ce soit*.

[45] Il faut d’abord retrancher plusieurs passages trompeurs de la dénonciation qui donnaient à penser que M. Hounjet avait effectivement vu du matériel pornographique illégal dans l’ordinateur, alors qu’il s’agissait seulement de signets (« favoris ») ayant des titres suspects. En particulier, le par. 5 de la dénonciation, qui est le premier paragraphe à présenter des faits précis à l’appui de la demande, contient deux inexactitudes flagrantes et trompeuses. On peut y lire que, [TRADUCTION] « [u]ne fois à l’ordinateur, HOUNJET a remarqué “Lolita Porn” sur l’écran », et que lorsqu’il « est revenu le lendemain, il a constaté que la porno avait été supprimée ».

[46] On déduit naturellement de ces déclarations que M. Hounjet a, dans les faits, vu de la pornographie impliquant des jeunes filles (« Lolita Porn ») à l’écran et qu’il a conclu que ce matériel pornographique avait ensuite été supprimé. Or, M. Hounjet n’a rien vu de tel. Comme il ressort clairement du

voir dire, all he saw were two links labelled “Lolita Porn” and “Lolita XXX” in the “Favourites” menu of the Internet browser. “Favourites” or bookmarks are nothing more than “menu entries” that serve as shortcuts that provide easy access to an Internet site.

[47] Justice Deschamps finds (at para. 155) that “[t]here could be no confusion about what was seen.” I respectfully disagree. Nowhere does the ITO disclaim the clear statement in para. 5 that Mr. Hounjet saw “Lolita Porn” and that “the porn” was subsequently removed. While para. 10 does specify that Mr. Hounjet saw “Lolita Porn” and “Lolita XXX” icons, the last sentence of that very paragraph perpetuates the impression that *actual* child pornography (rather than links) was seen: It asserts that when Mr. Hounjet arrived the next day “all the child porn off the computer was gone”.

[48] There is no reasonable basis for assuming that the justice of the peace would have understood these clear and misleading statements to refer exclusively to the icons mentioned in para. 10. The natural reading of the ITO is that pornographic images of children were actually seen on the computer. This is an entirely false claim, and these statements must therefore be excised from the ITO.

[49] Aside from false statements, the ITO in several places gave an incomplete and misleading account of the facts, in contravention of the informant’s duty to make full and frank disclosure of all material information.

[50] For example, the *voir dire* revealed that the two bookmarks described in the ITO — the bookmarks labelled “Lolita Porn” and “Lolita XXX” — were “just scattered through the favourites” among additional links pointing to “regular adult material” (Testimony of Adrian Hounjet at the *voir dire*, A.R., at pp. 98-100). This is not mentioned at all in the ITO.

voir-dire, il n’a vu que deux liens intitulés « Lolita Porn » et « Lolita XXX » dans le menu « Favoris » du navigateur Internet. Les « favoris » ou signets ne sont rien d’autre que des « éléments d’un menu » servant de raccourcis pour accéder facilement à un site Internet.

[47] La juge Deschamps estime (par. 155) que « [c]e qui a été vu ne prête nullement à confusion. » Je ne suis pas d’accord. Rien dans la dénonciation ne contredit l’affirmation claire faite au par. 5 selon laquelle M. Hounjet a vu « Lolita Porn » et « la porno » a ensuite été supprimée. Même si le par. 10 précise effectivement que M. Hounjet a vu les *icônes* intitulées « Lolita Porn » et « Lolita XXX », la dernière phrase de ce paragraphe laisse persister l’impression que du *matériel* de pornographie juvénile (plutôt que des liens) a été vu. On peut y lire que, lorsque M. Hounjet est arrivé le lendemain, [TRADUCTION] « toute la porno juvénile sur l’ordinateur avait disparu ».

[48] Aucun fondement rationnel ne permet de supposer que le juge de paix aurait compris que ces déclarations non ambiguës et trompeuses renvoyaient exclusivement aux icônes mentionnées au par. 10. À la lecture de la dénonciation, on comprend naturellement que des images pornographiques d’enfants ont en fait été vues à l’ordinateur. Cette affirmation est complètement fausse, et ces déclarations doivent en conséquence être retranchées de la dénonciation.

[49] Outre les fausses déclarations, la dénonciation présentait dans plusieurs passages une version incomplète et trompeuse des faits, en contravention de l’obligation du dénonciateur d’exposer de manière complète et sincère tous les renseignements pertinents.

[50] Par exemple, la preuve présentée lors du *voir-dire* révèle que les deux signets décrits dans la dénonciation — intitulés « Lolita Porn » et « Lolita XXX » — étaient [TRADUCTION] « simplement dispersés parmi les favoris » entre d’autres liens renvoyant à du « matériel adulte ordinaire » (témoignage d’Adrian Hounjet au *voir-dire*, d.a., p. 98-100). Ce fait n’est pas du tout mentionné dans la dénonciation.

[51] Moreover, the only pornographic image that Mr. Hounjet actually did see — an image on the accused’s computer desktop or Internet homepage — was perfectly legal adult pornography. The failure to mention these facts creates a misleading impression that the accused was particularly inclined towards child pornography or exclusively seeking it out.

[52] Once it is clearly understood that the suspicious “Favourites” were in fact anomalies or exceptions, found together with much more material that was undisputedly legal, the inference that the accused possessed illegal images — or that evidence of criminal possession would be found upon a search of the computer — becomes significantly less compelling.

[53] Similarly, the ITO placed great emphasis on the presence of a “web-cam pointing towards [children’s] toys”, and noted also that “[t]he client was alone in the house with a three year old child” (ITO, at para. 5). Indeed, these statements appear in the very first substantive paragraph of the ITO. Later in the ITO, one learns that the webcam was not hooked up to the computer but was rather plugged into a VCR that recorded to videotape (para. 10).

[54] The descriptions of the webcam and its placement are juxtaposed immediately alongside the descriptions of the suspicious “Favourites” and the claims that Mr. Hounjet had “observed ‘Lolita Porn’”. The ITO thus invited the justice of the peace to make an unwarranted connection between the two “Lolita” bookmarks and the webcam trained at the children’s play area. Read as a whole, the ITO could thus be understood to allege that the accused had made and possessed his own illegal pornography, in addition to possessing images from the Internet on his computer.

[55] The informant’s narrative would have appeared much less sinister — and much less supportive of the claim that the accused possessed child

[51] De plus, la seule image pornographique que M. Hounjet a réellement vue — une image sur le bureau de l’ordinateur de l’accusé ou sur la page d’accueil Internet — constituait du matériel pornographique pour adultes parfaitement légal. Ne pas le mentionner donne l’impression trompeuse que l’accusé était particulièrement attiré par la pornographie juvénile ou qu’il recherchait exclusivement ce type de matériel.

[52] Une fois bien compris le fait que les « favoris » suspects représentaient en réalité des anomalies ou des exceptions, parmi beaucoup d’autres liens incontestablement légaux, l’argument portant que l’accusé avait des images illicites en sa possession — ou qu’en fouillant l’ordinateur, on trouverait des éléments de preuve de possession criminelle — perd beaucoup de force.

[53] De même, la dénonciation insiste sur la présence d’une [TRADUCTION] « webcaméra dirigée vers des jouets [d’enfants] » et précise que « [l]e client était seul à la maison avec une enfant âgée de trois ans » (dénonciation, par. 5). Ces déclarations se trouvent dans le tout premier paragraphe portant sur les faits de l’affaire. Plus loin dans la dénonciation, on apprend que la webcaméra n’était pas branchée à l’ordinateur, mais au magnétoscope qui enregistrait sur bande vidéo (par. 10).

[54] La description de la webcaméra et de son emplacement est immédiatement juxtaposée à la description des « favoris » suspects et aux affirmations selon lesquelles M. Hounjet avait [TRADUCTION] « remarqué “Lolita Porn” ». La dénonciation invitait donc le juge de paix à faire un lien injustifié entre les deux signets « Lolita » et la webcaméra braquée sur l’aire de jeu de l’enfant. Lue globalement, la dénonciation pouvait donc être interprétée comme alléguant que l’accusé avait produit et possédé son propre matériel pornographique illégal, en plus d’être en possession d’images tirées de l’Internet dans son ordinateur.

[55] L’exposé du dénonciateur aurait paru bien moins sinistre — et aurait moins bien étayé l’affirmation selon laquelle l’accusé était en possession

pornography — had the ITO included a number of additional facts known to the police.

[56] First, the three-year old child mentioned (but not identified) in the ITO was in fact the accused's daughter. Second, the ITO stated that the accused was alone in the house with the girl, but failed to mention that his wife lived with them. Third, the ITO failed to mention that the child was fully clothed, that there was no evidence of abuse, that the computer room had a child gate and appeared to double as a playroom for the child, and that the child was playing with the scattered toys in the middle of the room when Mr. Hounjet arrived, before being taken out of the room by the accused (A.R., at pp. 206-10).

[57] These omitted facts all tend to undermine suspicions about the accused. Once they are added to the picture, it seems much more plausible that the accused was simply using the VCR and webcam to videotape his young daughter at play for posterity's sake, rather than for any purpose connected to child pornography.

[58] In failing to provide these details, the informant failed to respect his obligation as a police officer to make full and frank disclosure to the justice. When seeking an *ex parte* authorization such as a search warrant, a police officer — indeed, any informant — must be particularly careful not to “pick and choose” among the relevant facts in order to achieve the desired outcome. The informant's obligation is to present *all material facts, favourable or not*. Concision, a laudable objective, may be achieved by omitting irrelevant or insignificant details, but not by material non-disclosure. This means that an attesting officer must avoid incomplete recitations of known facts, taking care not to invite an inference that would not be drawn or a conclusion that would not be reached if the omitted facts were disclosed.

[59] The relevant question here is whether the ITO was misleading, not whether it was *intentionally*

de pornographie juvénile — si la dénonciation avait inclus un certain nombre de faits additionnels connus de la police.

[56] Premièrement, l'enfant de trois ans dont il est question dans la dénonciation (mais dont l'identité n'est pas révélée) était en fait la fille de l'accusé. Deuxièmement, il y est énoncé que l'accusé était seul avec sa fille à la maison, sans mention du fait que sa conjointe vivait avec eux. Troisièmement, les faits suivants ne sont pas précisés non plus : l'enfant était entièrement vêtue, il n'y avait aucune preuve d'abus, la salle d'ordinateur était munie d'une barrière pour enfants et semblait servir aussi de salle de jeux, et l'enfant s'amusait avec les jouets éparpillés dans le milieu de la pièce lorsque M. Hounjet est arrivé, avant que l'accusé ne l'emmène hors de la pièce (d.a., p. 206-210).

[57] Ces faits passés sous silence tendent tous à atténuer les soupçons à l'égard de l'accusé. Si on les ajoute aux autres, il semble beaucoup plus plausible que l'accusé utilisait simplement le magnétoscope et la webcaméra pour filmer sa fillette en train de jouer afin d'en garder un souvenir, plutôt qu'à une fin liée à la pornographie juvénile.

[58] En omettant de fournir ces détails, le dénonciateur a manqué à l'obligation qui lui incombe en tant que policier d'exposer les faits de manière complète et sincère au juge. Lorsqu'il demande une autorisation *ex parte*, comme dans le cas d'un mandat de perquisition, un policier — en fait, tout dénonciateur — doit faire particulièrement attention de ne pas faire un tri des faits pertinents dans le but d'obtenir le résultat souhaité. Le dénonciateur est tenu de présenter *tous les faits pertinents, favorables ou non*. Il peut omettre des détails non pertinents ou sans importance au nom de l'objectif louable de la concision, mais il ne peut pas taire des faits essentiels. Le policier dénonciateur doit donc éviter de présenter un exposé incomplet des faits connus et veiller à ne pas orienter le juge vers une inférence ou une conclusion à laquelle ce dernier ne serait pas parvenu si les faits omis lui avaient été divulgués.

[59] La question pertinente en l'espèce est celle de savoir si la dénonciation était trompeuse et non

misleading. Indeed, in the Court of Queen's Bench, the judge who had the benefit of observing the Crown's witnesses on the *voir dire* found no deliberate attempt to mislead. That conclusion should not be disturbed. It is nonetheless evident that the police officer's selective presentation of the facts painted a less objective and more villainous picture than the picture that would have emerged had he disclosed all the material information available to him at the time.

[60] The facts originally omitted must be considered on a review of the sufficiency of the warrant application. In *Araujo*, the Court held that where the police make good faith errors in the drafting of an ITO, the warrant authorization should be reviewed in light of amplification evidence adduced at the *voir dire* to correct those mistakes. Likewise, where, as in this case, the police fail to discharge their duty to fully and frankly disclose material facts, evidence adduced at the *voir dire* should be used to fill the gaps in the original ITO.

V

[61] The admissibility of the evidence obtained pursuant to the search and seizure of the appellant's computer depends on two constitutional considerations. The first is whether the search and seizure were unreasonable, within the meaning of s. 8 of the *Charter*; the second is whether admission of the evidence thereby obtained would bring the administration of justice into disrepute, and should therefore be excluded pursuant to s. 24(2).

[62] The second question is only reached, of course, if the first is resolved in the appellant's favour. And that depends on whether the ITO, stripped of its erroneous and tendentious assertions, and amplified as indicated, provides sufficient credible and reliable evidence to have permitted the justice of the peace to find reasonable and probable grounds to believe both that the appellant was in culpable possession of child pornography

pas si elle était *intentionnellement* trompeuse. En effet, la juge de la Cour du Banc de la Reine, qui a eu l'avantage d'entendre les témoins de la poursuite lors du *voir-dire*, a conclu qu'il n'y avait eu aucune tentative délibérée de tromper. Cette conclusion ne devrait pas être modifiée. Malgré cela, il est évident que la présentation sélective des faits par le policier a tracé un portrait moins objectif et plus effroyable de la situation que s'il avait divulgué tous les renseignements pertinents dont il disposait à l'époque.

[60] Les faits initialement omis doivent être pris en compte dans l'examen du caractère suffisant de la demande de mandat. Dans *Araujo*, la Cour a conclu que, lorsque la police commet des erreurs de bonne foi dans la dénonciation, il faut examiner la décision autorisant le mandat à la lumière de la preuve complémentaire présentée lors du *voir-dire* dans le but de les corriger. De même, lorsque, comme en l'espèce, la police manque à son obligation d'exposer de manière complète et sincère les faits pertinents, la preuve présentée lors du *voir-dire* devrait servir à combler les lacunes de la dénonciation initiale.

V

[61] La recevabilité des éléments de preuve obtenus grâce à la fouille et à la saisie de l'ordinateur de l'appelant dépend de deux considérations constitutionnelles. La première est la question de savoir si la fouille et la saisie étaient abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte*; la deuxième est celle de savoir si l'admission des éléments de preuve ainsi obtenus déconsidérerait l'administration de la justice et s'ils devraient, par conséquent, être écartés en vertu du par. 24(2).

[62] Bien entendu, il ne sera nécessaire de répondre à la seconde question que si la réponse à la première est favorable à l'appelant. Pour résoudre la première, il faut déterminer si la dénonciation, amputée des déclarations erronées et tendancieuses et après l'exercice d'amplification expliqué précédemment, fournit suffisamment d'éléments de preuve crédibles et fiables pour permettre au juge de paix de conclure à l'existence de motifs raisonnables

and that evidence of that crime would be found in his computer.

[63] Essentially, only two inferential paths could have led the justice to conclude that the warrant should issue: (1) the two suspicious bookmarks; (2) the claims about the propensity of certain “types of offenders” to hoard images, combined with reason to believe that the accused is of that “type”. In my view, both paths lead instead to an evidentiary dead end: they culminate in suspicion and conjecture, never reaching the mandatory threshold of reasonable and probable grounds to believe.

[64] The presence of the two “Lolita” links in the Favourites certainly supports a reasonable inference that the accused browsed a Web site that contained explicit images of females under the age of 18. And it is not unreasonable to infer from the mere presence of the links on the appellant’s computer, in the absence of evidence to the contrary, that they were knowingly added by him.

[65] This does not suffice, however, to establish possession. First, as earlier explained, merely browsing a Web site or viewing images onscreen does not constitute possession. Neither does creating a bookmark on one’s computer establish possession over the content of the Web site: bookmarks merely provide quick and easy *access* to the indicated Web sites. Indeed, clicking on a bookmark may simply disclose that material previously on the Web site has been removed; that material previously absent has been added; that the Web site address is no longer valid — or that the Web site no longer exists at all.

[66] Accordingly, in order to commit the offence of possession (as opposed to the offence of accessing), one must *knowingly acquire the underlying data files and store them in a place under one’s control*. The presence of the icons might arouse suspicions regarding possession, but it does not

et probables de croire que l’appelant avait illicitement en sa possession de la pornographie juvénile et que la preuve de ce crime se trouverait dans son ordinateur.

[63] Essentiellement, seules deux avenues inférentielles auraient pu amener le juge à décerner le mandat : (1) les deux signets suspects; (2) les prétentions quant à la propension des « délinquants de ce type » à accumuler des images, conjuguées à des motifs de croire que l’accusé était d’un tel « type ». À mon avis, les deux avenues mènent plutôt à une impasse sur le plan de la preuve : elles aboutissent à des soupçons et à des conjectures, sans jamais atteindre le seuil obligatoire de l’existence de motifs raisonnables et probables de croire.

[64] La présence des deux liens intitulés « Lolita » dans les favoris permet certainement l’inférence raisonnable que l’accusé a visité un site Web présentant des images à caractère sexuel explicite d’adolescentes de moins de 18 ans. De plus, en l’absence de preuve contraire, il n’est pas déraisonnable de conclure de leur simple présence dans l’ordinateur de l’appelant que ces liens ont été ajoutés sciemment par lui.

[65] Une telle conclusion ne suffit toutefois pas à établir la possession. Premièrement, comme je l’ai déjà expliqué, le simple fait de visiter un site Web ou de visualiser des images à l’écran n’emporte pas possession. De même, le fait de placer un signet dans l’ordinateur ne permet pas d’établir la possession du matériel contenu dans le site Web : les signets ne font que permettre un *accès* facile et rapide aux sites Web indiqués. En effet, un clic sur un signet peut présenter du matériel ajouté ou rien donner d’autre qu’un message annonçant que le matériel précédemment affiché dans le site Web a été supprimé, que l’adresse du site Web n’est plus valide — ou que le site Web n’existe plus.

[66] Ainsi, pour être coupable de l’infraction de possession (contrairement à l’infraction d’accès), la personne doit *sciemment acquérir les fichiers de données sous-jacents et les garder dans un lieu sous son contrôle*. La présence des icônes est susceptible d’éveiller des soupçons quant à la possession,

alone support a reasonable inference that the appellant not only accessed the Web site and knowingly viewed illegal images located there, but also took the underlying data file into his control by saving it to the hard drive, or otherwise.

[67] Even if one takes the broader view that possession is complete on merely viewing images on-screen, other facts in the ITO preclude the possibility of inferring from the icons alone that evidence of the crime would be found in the appellant's computer.

[68] Specifically, the ITO states that on the day after the icons were viewed, the computer's hard drive was "formatted". On the *voir dire*, it was confirmed that this meant that the entire contents of the hard drive were deleted. Not only would the suspicious links have thus been erased, but illegal image files in the computer and any files evidencing past access to Web sites containing illegal images (such as browser histories or cache files) would also have been removed. Normally, moreover, the greater the lapse of time after a hard drive has been formatted, the more likely it will be impossible to recover the former contents of the drive using forensic tools. In this case, four months had passed. And, in any event, the nature of "formatting" and data retention on computer drives was not sufficiently described in the ITO to permit issuance of the warrant on these grounds.

[69] To conclude that evidence of possession would be found four months after the hard drive was erased, one must therefore accept either that the accused had made external copies of illegal images present in the computer before formatting its hard drive or that he acquired additional illegal images after the formatting.

[70] Both possibilities require drawing inferences based on the likely behaviour of the accused. The ITO seeks to establish the necessary inference on the basis of unsupported generalizations about

mais elle ne peut à elle seule étayer raisonnablement l'inférence selon laquelle l'appellant n'a pas seulement accédé au site Web et sciemment regardé des images illicites qui s'y trouvaient, mais a également pris le contrôle des fichiers de données sous-jacents, notamment en les sauvegardant sur le disque dur de son ordinateur.

[67] Même si l'on adoptait l'interprétation plus large voulant que le simple fait de regarder des images à l'écran suffise pour établir la possession, d'autres faits énoncés dans la dénonciation écartent la possibilité d'inférer de la seule présence des icônes que la preuve du crime se trouverait dans l'ordinateur de l'appellant.

[68] Plus précisément, aux termes de la dénonciation, le jour suivant la découverte des icônes, le disque dur avait été « formaté ». Lors du voir-dire, la signification de ce terme a été confirmée : tout le contenu du disque dur avait été effacé. Non seulement les liens suspects auraient alors été effacés, mais les fichiers images illégaux et tout autre fichier démontrant l'accès à des sites Web contenant des images illicites (comme l'historique ou les fichiers mis en cache) auraient aussi été supprimés. En outre, normalement, plus le temps écoulé après le formatage est long, plus il devient difficile, voire impossible, de récupérer le contenu antérieur du disque dur au moyen des outils d'analyse. En l'espèce, quatre mois s'étaient écoulés. Quoi qu'il en soit, la nature du « formatage » et de la conservation des données dans les lecteurs informatiques n'était pas suffisamment décrite dans la dénonciation pour permettre la délivrance du mandat sur la base de tels motifs.

[69] Pour croire que l'on trouverait une preuve de possession quatre mois après que le disque dur a été effacé, il faut donc accepter que l'accusé avait copié les images illicites sur des dispositifs externes avant de formater le disque dur ou qu'il avait acquis de nouvelles images illicites depuis.

[70] Ces deux possibilités nécessitent des inférences fondées sur le comportement probable de l'accusé. La dénonciation appuie l'inférence nécessaire sur des généralisations injustifiées quant à la

the propensities of certain “types of offenders” to hoard and copy illegal images. The ITO suggests that the accused is a person of that “type” and that, as a result, copies of the images would remain on the computer.

[71] In my view, the ITO does not establish either the veracity of the generalization about the alleged “type of offender”, nor that the accused is in fact the “type” to which the generalization might have applied.

[72] More specifically, the ITO makes two statements about the “propensities” of offenders. It first states that “these type[s] of offenders are habitual and will continue their computer practices with child pornography” (ITO, at para. 12). This claim is attributed to Corporal Boyce of the RCMP Technological Crime Unit. The ITO also claims that “offenders treasure collections on their computer and like to store them and create backup’s [sic] in case they loose [sic] it. Discs and floppy disks are used for this purpose. Offenders will typically sort information and store pictures on different file names to catagorize [sic] them.” (ITO, at para. 13). This statement is attributed to Constable Huisman of the Saskatoon Police Service Vice Unit.

[73] The main difficulty with these generalizations about certain “types of offenders” is that they are entirely devoid of meaningful factual support. The ITO contains no evidentiary material in this regard, even anecdotal, apart from the bald assertion of the two police officers. Furthermore, there is virtually nothing to describe, let alone establish, the expertise of the officers to whom the claims are attributed. The only information provided in the ITO consists in the officers’ names, positions, and places of work. This is surely an insufficient evidentiary basis to enable a justice of the peace, hearing an application *ex parte*, to determine that the generalization is sufficiently credible or reliable to form the basis for a finding of reasonable and probable grounds.

propension des « délinquants de ce type » à accumuler et à copier des images illicites. Elle donne à penser que l’accusé est une personne de ce « type » et que, par conséquent, son ordinateur contiendrait encore des copies d’images.

[71] À mon avis, la dénonciation n’établit ni la véracité de la généralisation au sujet des présumés « délinquants de ce type », ni que l’accusé est effectivement d’un tel « type ».

[72] Plus particulièrement, la dénonciation contient deux déclarations quant à la « propension » des délinquants. Selon la première, attribuée au caporal Boyce du Groupe de la criminalité technologique de la GRC, [TRADUCTION] « les délinquants de ce type sont des délinquants d’habitude qui ne cesseront pas leurs pratiques informatiques en matière de pornographie juvénile » (dénonciation, par. 12). Selon la deuxième, attribuée à l’agent Huisman de l’escouade de la moralité des services de police de Saskatoon, [TRADUCTION] « les délinquants conservent précieusement des collections dans leur ordinateur et aiment les stocker et en faire des sauvegardes au cas où ils les perdraient. Des disques et des disquettes sont utilisés à ces fins. Généralement, les délinquants trient les données et stockent les images sous différents noms de fichiers, par catégories » (dénonciation, par. 13).

[73] La principale difficulté que soulèvent ces généralisations quant aux « délinquants de ce type » est l’absence totale de fondement factuel valable. La dénonciation ne contient aucune preuve en la matière, même anecdotique, outre les affirmations sommaires des deux policiers. De plus, elle ne contient pratiquement aucun élément qui décrive, et encore moins établisse, l’expertise des policiers qui en seraient les auteurs. La dénonciation ne fournissait à leur égard que les renseignements suivants : nom, poste et lieu de travail. Ce sont certainement là des éléments de preuve insuffisants pour permettre à un juge de paix, saisi d’une demande *ex parte*, de décider que la généralisation est suffisamment crédible ou digne de foi pour conclure à l’existence de motifs raisonnables et probables.

[74] The amplification evidence presented on the *voir dire* is of little assistance to the Crown. The failure to provide evidence of the officers' expertise does not seem to be a mere "minor, technical error" that, in light of *Araujo*, could be corrected with evidence adduced at the *voir dire*. In any event, it appears from this evidence that Cst. Ochitwa, the officer who prepared the ITO, believed Cst. Huisman to be an expert in crimes involving child pornography only on the basis of a recommendation from a prosecutor, his own impressions from talking to Cst. Huisman, and his understanding that Cst. Huisman had previously worked on unspecified "child exploitation offences". Cst. Ochitwa's testimony does not mention any knowledge of the relevant experience that Cst. Huisman may have had or the basis for his opinions about the proclivities of child pornography offenders (Testimony of Cst. Ochitwa, A.R., at pp. 158-59 and 192-94).

[75] The evidence presented at the *voir dire* with respect to Cpl. Boyce's statements is more problematic still. Cst. Ochitwa testified that he approached Cpl. Boyce in order to obtain information about "how computers operate" because "[Cpl. Boyce] was involved with the term [*sic*] technological crime". Cpl. Boyce thus appears to have been sought out as an expert on *computer technology*, not the habits of child pornography offenders. While Cst. Ochitwa was aware that Cpl. Boyce worked in the Technological Crime Unit and knew what his duties were there — investigating crimes involving computers — there is no indication at all whether or how his work in that unit formed the basis for his opinions about child pornography offenders (Testimony of Cst. Ochitwa, A.R., at pp. 157-58 and 191-92).

[76] Perhaps even more troubling than the paucity of information as to the basis for the officers' opinions is the fact that the class of persons to whom specific proclivities are attributed is defined so loosely as to bear no real significance. Both

[74] L'amplification de la preuve lors du *voir-dire* n'aide guère le ministère public. Le défaut de démontrer la compétence des policiers ne semble pas constituer « une erreur sans grande importance ou technique » susceptible d'être corrigée, comme nous l'enseigne l'arrêt *Araujo*, par la production d'éléments complémentaires lors du *voir-dire*. De toute façon, il ressort de ceux-ci que le gendarme Ochitwa, qui a préparé la dénonciation, considérait l'agent Huisman comme un expert en matière de crimes relatifs à la pornographie juvénile uniquement sur la foi de la recommandation d'un procureur, de ses propres impressions après lui avoir parlé et de sa croyance que l'agent Huisman avait déjà travaillé à des enquêtes concernant des [TRADUCTION] « infractions d'exploitation des enfants ». Le témoignage du gendarme Ochitwa ne révèle ni qu'il connaissait l'expérience pertinente de l'agent Huisman ni sur quoi reposait ses opinions sur les propensions des pédopornophiles (témoignage du gendarme Ochitwa, d.a., p. 158-159 et 192-194).

[75] Les éléments produits au *voir-dire* relativement aux déclarations du caporal Boyce sont encore plus problématiques. Le gendarme Ochitwa a dit s'être adressé à ce dernier dans le but d'obtenir des renseignements sur [TRADUCTION] « le fonctionnement des ordinateurs » parce qu'il « travaillait dans le domaine de la criminalité technologique ». Il semble donc qu'on ait fait appel au caporal Boyce parce qu'il était un expert dans le domaine de la *technologie informatique*, et non pas des habitudes des pédopornophiles. Même si le gendarme Ochitwa savait que le caporal Boyce travaillait au sein du Groupe de la criminalité technologique et connaissait ses responsabilités — enquêter sur des crimes commis à l'aide d'un ordinateur — il n'est nulle part indiqué si ou comment ses fonctions au sein de ce groupe ont influencé son opinion sur les pédopornophiles (témoignage du gendarme Ochitwa, d.a., p. 157-158 et 191-192).

[76] Fait peut-être encore plus troublant que le peu d'information donné quant au fondement des opinions des policiers, la catégorie de personnes à qui certaines tendances sont attribuées est définie en termes tellement vagues qu'elle n'a aucune

officers speak about the propensities of undefined “types of offenders” or simply “offenders”.

[77] While it is clear from the context that the officers are referring to some variety of child pornography offenders, it cannot be assumed, without evidence, that broad but meaningful generalizations can be made about all persons who commit (or are suspected of committing) child pornography offences. For example, a person with an exclusive interest in child pornography is surely of a different “type” than a person who is primarily or exclusively interested in legal adult images, but has nevertheless downloaded a small number of illegal images. Similarly, a person who seeks out pornographic images of young children or infants is likely a different “type” than a person who views images of teenagers under the age of 18.

[78] These people all commit child pornography offences, but the “propensities” of one type may well differ widely from the “propensities” of others. There is no reason to believe, on the basis of the information in the ITO, that *all* child pornography offenders engage in hoarding, storing, sorting, and categorizing activity. And there is nothing in the ITO that indicates which specific subset of these offenders does generally engage in those activities.

[79] To permit reliance on broad generalizations about loosely defined classes of people is to invite dependence on stereotypes and prejudices in lieu of evidence. I am thus unable to agree with Justice Deschamps (at para. 162) that the ITO’s claims in this regard could properly be relied on by the justice.

[80] Justice Deschamps supports her reliance on claims about the behaviour of “types of offenders” by citing child pornography cases in which courts, in her view, have accepted the tendency of certain kinds of child pornography offenders to collect many images and store them over long periods

signification réelle. Les deux policiers mentionnent les propensions des « délinquants de ce type » ou simplement des « délinquants », sans les définir.

[77] Il ressort clairement du contexte que les policiers parlent d’un certain genre de pédopornophiles, mais on ne saurait présumer, sans preuve, que des généralisations larges, mais significatives, puissent être faites à propos de toutes les personnes qui commettent (ou sont soupçonnées de commettre) des infractions en matière de pornographie juvénile. Par exemple, une personne intéressée exclusivement par la pornographie juvénile est sûrement d’un « type » différent de celle qui est principalement ou exclusivement intéressée par les images légales d’adultes, mais qui a tout de même téléchargé quelques images illicites. De même, la personne qui recherche des images pornographiques de jeunes enfants ou de bébés est probablement d’un « type » différent de celle qui visualise des images d’adolescents de moins de 18 ans.

[78] Ces personnes commettent toutes des infractions liées à la pornographie juvénile, mais les « propensions » d’un type peuvent différer tout à fait de celles des autres types. Il n’y a aucun motif de croire, à la lumière de la dénonciation, que *tous* les pédopornophiles conservent, stockent, trient et catégorisent leurs images. De plus, la dénonciation ne précise pas le sous-groupe de délinquants démontrant généralement de telles habitudes.

[79] Permettre de s’appuyer sur de larges généralisations à propos de groupes de personnes vaguement définis favoriserait le recours systématique aux stéréotypes et aux préjugés plutôt qu’à la preuve. Je suis donc incapable de souscrire à l’opinion de la juge Deschamps (par. 162) selon laquelle le juge pouvait à bon droit se fonder sur les déclarations figurant dans la dénonciation à cet égard.

[80] Pour expliquer pourquoi elle s’appuie sur les déclarations concernant le comportement des « délinquants de ce type », la juge Deschamps invoque des décisions en matière de pornographie juvénile dans lesquelles les tribunaux ont, à son avis, admis la propension de certains types de

of time (para. 162). These decisions are rather in favour of the conclusion that an evidentiary basis is required to support a finding as to the characteristics or propensities of child pornography offenders.

[81] That some child pornography offenders do seek out and hoard illegal images is, of course, neither surprising nor helpful in determining whether reasonable and probable grounds exist in a particular case. Still, it is not the role of courts to establish by judicial fiat broad generalizations regarding the “proclivities” of certain “types” of people, including offenders. Matters of this sort are best left to be established by the Crown, according to the relevant standard — in this case, reasonable and probable grounds for belief. As suggested earlier, moreover, courts must be particularly wary of endorsing such generalizations when, as in this case, the crime alleged is the subject of intense emotional responses and widespread condemnation, and the temptation to rely on stereotype rather than evidence is therefore especially dangerous and strong.

[82] An evidentiary basis is required as well for a finding of reasonable and probable grounds to believe that the alleged offender belongs to the class of child pornography offenders whose characteristics or propensities are mentioned in the ITO. This view of the law was adopted in *R. v. Fawthrop* (2002), 161 O.A.C. 350, the only Canadian appellate decision cited by Justice Deschamps. My colleague finds in that decision support for her suggestion that general opinions on the propensity of child pornography offenders to collect and hoard child pornography material can give rise to reasonable and probable grounds for issuing search warrants. With respect, I read *Fawthrop* differently. As noted earlier, *Fawthrop* affirms the need for evidence both as to characteristics of an identified class of child pornography offenders, and as to the offender’s membership in that class.

délinquants à collectionner de nombreuses images et à les conserver longtemps (par. 162). Or, ces décisions tendent plutôt à confirmer qu’une conclusion quant aux caractéristiques ou aux propensions des pédopornophiles doit être étayée par la preuve.

[81] Le fait que certains pédopornophiles recherchent et accumulent des images illicites n’est, bien sûr, ni surprenant ni utile pour déterminer s’il existe des motifs raisonnables et probables dans une affaire donnée. Du reste, il n’appartient pas aux tribunaux de consacrer, par une décision judiciaire, de larges généralisations sur les « propensions » de certains « types » de personnes, y compris des délinquants. Il est préférable de laisser au ministère public le soin d’établir ce genre de faits, conformément à la norme pertinente — en l’espèce, celle des motifs raisonnables et probables de croire. De plus, comme je l’ai indiqué précédemment, les tribunaux doivent hésiter tout particulièrement à souscrire à de telles généralisations lorsque, comme en l’espèce, le prétendu crime suscite des réactions émotives intenses et une réprobation générale et que, par conséquent, la tentation de se fonder sur des stéréotypes plutôt que sur la preuve est spécialement forte et dangereuse.

[82] Des éléments de preuve doivent également étayer la conclusion qu’il existe des motifs raisonnables et probables de croire que le délinquant présumé fait partie du groupe de pédopornophiles dont les caractéristiques ou les propensions sont décrites dans la dénonciation. Cette interprétation du droit a été adoptée dans *R. c. Fawthrop* (2002), 161 O.A.C. 350, la seule décision d’un tribunal d’appel canadien invoquée par la juge Deschamps. Ma collègue trouve dans cet arrêt un fondement à son argument selon lequel des opinions générales sur la propension des pédopornophiles à collectionner et à accumuler de la pornographie juvénile peuvent donner des motifs raisonnables et probables justifiant la délivrance d’un mandat. Avec égards, je donne une interprétation différente à l’arrêt *Fawthrop*. Comme je l’ai déjà souligné, *Fawthrop* confirme la nécessité de produire une preuve à la fois des caractéristiques d’un groupe défini de pédopornophiles et de l’appartenance du délinquant à ce groupe.

[83] As Borins J.A., speaking for the majority of the Ontario Court of Appeal, explained in *Fawthrop* (at para. 42):

In my view, the trial judge's finding, based on the testimony of Det. Const. Pulkki, that the police were engaged in a "fishing expedition" for items of child pornography leads to the conclusion that the breach of the appellant's s. 8 *Charter* rights was serious. It appears from the record that after she interviewed A.Y. and members of her family, Det. Const. Pulkki suspected that the appellant was a pedophile, which led her to further suspect that he might possess items of child pornography. To be fair to her, she realized that her suspicion was insufficient to enable her to obtain a warrant. She was aware that it was necessary that she have reasonable grounds to believe that child pornography would be located in the appellant's home. She sought the opinion of Dr. Collins in the hope that it would tip the scales from suspicion to reasonable grounds. As the trial judge recognized, the opinion of Dr. Collins failed to do so. He recognized the fatal flaw in the opinion. Although Dr. Collins opined that it was not uncommon for pedophiles to collect items of child pornography, he was unable to form an opinion as to whether the appellant was a pedophile. Without that link, Det. Const. Pulkki was in the same position as she had been before she contacted Dr. Collins. All she had was a suspicion that the appellant might be in possession of child pornography. . . . This resulted in an unauthorized search for those items by means of what the trial judge correctly labelled a "fishing expedition". This is what the search warrant process is meant to prevent.

In the result, the evidence seized under the warrant was excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

[84] In short, in most of the cases cited by my colleague, the original warrant application included relatively detailed descriptions of the habits of a specific class of child pornography offender. They thus provided evidence sufficient to establish a credible profile of a class of child pornography collectors and their typical behaviours, and a proper factual foundation for concluding that the alleged offender belonged to that class. This is not our case.

[83] Le juge Borins, qui s'exprimait au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel dans *Fawthrop*, a tenu les propos suivants (par. 42) :

[TRADUCTION] À mon avis, la conclusion du juge du procès, fondée sur le témoignage de la gendarme-détective Pulkki, que les policiers se livraient à une « recherche à l'aveuglette » de matériel de pornographie juvénile, m'amène à conclure que l'atteinte aux droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit à l'appelant était grave. Il ressort du dossier que la gendarme-détective Pulkki, après avoir interrogé A.Y. et les membres de sa famille, soupçonnait l'appelant d'être pédophile et, en conséquence, d'avoir en sa possession du matériel de pornographie juvénile. Soit, elle a réalisé que ses soupçons ne suffisaient pas pour lui permettre d'obtenir un mandat. Elle savait qu'elle devait avoir des motifs raisonnables de croire que du matériel de pornographie juvénile se trouverait chez l'appelant. Elle a sollicité l'opinion du Dr Collins dans l'espoir que ses soupçons se transformeraient en motifs raisonnables. Comme le juge du procès l'a reconnu, l'opinion du Dr Collins n'est pas allée en ce sens. Il a constaté la lacune fatale de l'opinion. Bien que le Dr Collins ait affirmé qu'il n'était pas rare pour des pédophiles de collectionner du matériel de pornographie juvénile, il n'était pas en mesure de dire si l'appelant était pédophile. Sans ce lien, la gendarme-détective Pulkki n'était pas plus avancée qu'avant d'avoir consulté le Dr Collins. Elle n'avait que des soupçons que l'appelant pouvait avoir en sa possession du matériel de pornographie juvénile. [. . .] Il en a résulté une perquisition non autorisée en vue de trouver un tel matériel dans le cadre de ce que le juge du procès a, à juste titre, appelé une « recherche à l'aveuglette ». Voilà ce que le processus relatif au mandat de perquisition cherche à éviter.

Par conséquent, les éléments de preuve saisis lors de l'exécution du mandat ont été écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

[84] En résumé, dans la plupart des affaires invoquées par ma collègue, les demandes de mandat initiales comprenaient des descriptions assez détaillées des habitudes des pédopornophiles appartenant à un certain groupe. Elles présentaient donc une preuve suffisante pour établir un profil crédible d'un groupe de collectionneurs de pornographie juvénile et de leurs comportements typiques ainsi qu'un fondement factuel valable servant à étayer la conclusion que le délinquant présumé appartenait à un tel groupe. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

[85] Here, even if the impugned generalizations are accepted, the ITO as amplified does not reasonably permit the inference that the accused was the “type of offender” who sought out illegal pornography and stored it. This requirement was well explained in *United States v. Weber*, 923 F.2d 1338 (9th Cir. 1990), at p. 1345: “[I]f the government presents expert opinion about the behavior of a particular class of persons, for the opinion to have any relevance, the affidavit must lay a foundation which shows that the person subject to the search is a member of the class.”

[86] Two suspiciously labelled links in the “Favourites” menu do not suffice to characterize a person as an habitual child pornography offender of the type that seeks out and hoards illegal images. Indeed, the fact that the bulk of the pornographic material that Mr. Hounjet observed at the accused’s house was perfectly legal adult pornography suggests that the accused did not have a “pronounced” interest in child pornography at all, contrary to my colleague’s assertion (paras. 177 and 179).

[87] Also, and again with respect, the cases my colleague relies on (at para. 173) do not support the notion that a warrant can be issued months after a person might have merely viewed child pornography. For example, in *United States v. Terry*, 522 F.3d 645 (6th Cir. 2008), the warrant was issued on a probable cause finding that the accused *had in fact saved child pornography on his computer five months earlier*. Also, the Prince Edward Island Court of Appeal in *R. v. Graham*, 2008 PESCAD 7, 277 Nfld. & P.E.I.R. 103, neither upheld the warrant nor affirmed the trial judge’s finding as to the effect of the passage of time.

[88] More broadly, Justice Deschamps may be understood to permit reasonable and probable grounds for belief to rest on evidence that has only a tenuous relation to the crime in question — possessing illegal child pornography.

[85] Dans l’affaire qui nous occupe, même si les généralisations contestées sont acceptées, la dénonciation, telle qu’elle a été complétée, ne permet pas raisonnablement de supposer que l’accusé était un « délinquant de ce type » qui recherchait de la pornographie illégale et la stockait. Cette exigence est bien expliquée dans *United States c. Weber*, 923 F.2d 1338 (9th Cir. 1990), p. 1345 : [TRADUCTION] « [S]i le gouvernement présente une opinion d’expert sur le comportement d’un groupe particulier de personnes, pour que l’opinion soit pertinente, l’affidavit doit établir que la personne visée par la perquisition fait partie du groupe. »

[86] La présence de deux liens portant un titre suspect dans le menu « Favoris » ne suffit pas à qualifier une personne de pédopornophile d’habitude du type qui recherche et accumule des images illicites. En effet, le fait que la majeure partie du matériel pornographique vu par M. Hounjet chez l’appelant constituait de la pornographie adulte parfaitement légale laisse entendre que l’accusé n’avait pas du tout un intérêt « marqué » pour la pornographie juvénile, contrairement à ce que prétend ma collègue (par. 177 et 179).

[87] De plus, toujours avec égards, je suis d’avis que les décisions invoquées par ma collègue (par. 173) n’appuient pas la thèse selon laquelle un mandat peut être délivré des mois après qu’une personne a peut-être simplement visualisé de la pornographie juvénile. Par exemple, dans *United States c. Terry*, 522 F.3d 645 (6th Cir. 2008), la délivrance du mandat s’appuyait sur la conclusion, fondée sur des motifs probables, que l’accusé *avait effectivement sauvé du matériel de pornographie juvénile sur son ordinateur cinq mois plus tôt*. Aussi, dans *R. c. Graham*, 2008 PESCAD 7, 277 Nfld. & P.E.I.R. 103, la Cour d’appel de l’Île-du-Prince-Édouard n’a ni confirmé le mandat ni souscrit à la conclusion du juge du procès à l’égard de l’incidence du laps de temps écoulé.

[88] D’une manière plus générale, la juge Deschamps semble dire que les motifs raisonnables et probables de croire peuvent reposer sur une preuve qui n’a qu’un lien ténu avec le crime en question — la possession de pornographie juvénile.

[89] For example, my colleague is of the view that the presence of the webcam, which was functioning effectively as a camcorder recording to a VCR, “showed that [the accused] was interested in reproducing images, accumulating such material, and keeping it for his future use”, showed that the accused “was in the habit of reproducing and saving images and had a propensity to pornography, and more specifically to child pornography” (para. 179). With respect, neither the legal nor the logical relevance of these considerations is apparent to me.

[90] While it may be true that the accused was adept at recording videotapes and storing the tapes for future use — as is nearly everyone who owns a camcorder — this says absolutely nothing about his propensity to store a completely different kind of image (child pornography), in a completely different medium (a computer, as opposed to videotape), acquired in a completely different manner (downloading, as opposed to filming).

[91] The mere fact that a person collects, reproduces, or stores *anything* — music files, letters, stamps, and so forth — hardly supports an inference that he or she is of the type to hoard illegal images. To draw that inference here is to speculate impermissibly. At its highest, the proposed inference might provoke suspicion in some. And, as a matter of law, suspicion is no substitute for reasonable and probable grounds to believe either that the appellant committed the alleged offence or that evidence of the offence would be found in his computer.

[92] Nor do I consider that the accused’s conduct after the visit — tidying up the room and formatting the hard drive — supports the conclusion that the accused was the sort of person to seek out and hoard child pornography.

[93] Justice Deschamps contends that these actions were evidence of a “desire not to arouse

[89] Par exemple, ma collègue est d’avis que la présence d’une webcam servant de caméscope et branchée à un magnétoscope « démontra[it] un intérêt de [la] part [de l’accusé] pour la reproduction d’images, le stockage de ce type de matériel et sa sauvegarde en vue d’une utilisation ultérieure », démontrait que l’accusé « avait l’habitude de reproduire et de sauvegarder des images, et qu’il montrait un penchant pour la pornographie, plus particulièrement pour la pornographie juvénile » (par. 179). Avec égards, je ne saisis ni la pertinence juridique ni la pertinence logique de ces considérations.

[90] Même s’il était vrai que l’accusé était versé dans l’enregistrement de bandes vidéo et dans leur sauvegarde en vue d’une utilisation ultérieure — comme presque tout le monde qui possède un caméscope — ce fait ne révèle absolument rien au sujet d’une éventuelle propension à stocker des images de nature complètement différente (de la pornographie juvénile), sur un support complètement différent (un ordinateur, par opposition à une bande vidéo), acquises d’une manière complètement différente (par téléchargement, et non par enregistrement vidéo).

[91] Le simple fait qu’une personne collectionne, reproduise ou stocke *quelque chose* — fichiers musicaux, lettres, timbres, etc. — ne suffit guère à l’assimiler à un type susceptible d’accumuler des images illicites. Tirer cette inférence en l’espèce procède de la conjecture interdite. Tout au plus, l’interprétation proposée peut éveiller des soupçons chez certains. Et, en droit, les soupçons ne sauraient remplacer des motifs raisonnables et probables de croire que l’appelant a commis l’infraction alléguée ou que la preuve de l’infraction se trouverait dans son ordinateur.

[92] Je ne crois pas non plus que le comportement de l’accusé après la visite — le ménage de la pièce et le formatage du disque dur — étaye la conclusion selon laquelle l’accusé était le type de personne susceptible de rechercher et d’accumuler de la pornographie juvénile.

[93] Selon la juge Deschamps, ces faits et gestes prouvaient son « désir [. . .] de ne pas éveiller de

suspicion with respect to his reproduction of images or his computer practices” and that the conduct created “a credibly based probability that the appellant was in the habit of reproducing and saving images and had a propensity to pornography, and more specifically to child pornography” (para. 179).

[94] In my view, there is an obvious and innocent explanation for this conduct that is at least as plausible: The accused might well have tidied up and formatted his computer simply to avoid further embarrassment from having an outsider see the disorderly state of his home and the evidence of his consumption of pornography on his computer. Again, the accused’s conduct might raise suspicions, but it establishes nothing more.

[95] In short, as mentioned at the outset, the ITO in this case is reduced by scrutiny to two links in the browser’s list of “Favourites” — links that were known to have been erased four months earlier. At best, this may be a ground for suspicion, but surely the deleted links afford no reasonable and probable grounds to believe that the appellant was in possession of child pornography, and still less that evidence of that crime would be found upon a search of his computer.

[96] Once the material facts omitted from the ITO are taken into consideration, it is apparent that none of the other evidence in the ITO — principally the presence of the webcam and the claims about propensities of unspecified “types of offenders” — can elevate mere suspicion into sufficient grounds for a warrant.

[97] Because the warrant should not have issued, the subsequent search violated s. 8 of the *Charter*.

VI

[98] To determine whether the evidence obtained as a result of the illegal search should be excluded

soupçons sur ses pratiques informatiques ou ses activités de reproduction d’images » et ce comportement a donné lieu à « une probabilité fondée sur la crédibilité que l’appelant avait l’habitude de reproduire et de sauvegarder des images, et qu’il montrait un penchant pour la pornographie, plus particulièrement pour la pornographie juvénile » (par. 179).

[94] À mon avis, une explication évidente, et à tout le moins aussi plausible, tend à l’innocenter : l’accusé aurait très bien pu mettre de l’ordre et formater son ordinateur simplement pour éviter d’éprouver à nouveau de la gêne du fait qu’un étranger verrait le désordre qui règne chez lui et remarquerait des indices de sa consommation de pornographie dans son ordinateur. Je le répète, le comportement de l’accusé peut éveiller les soupçons, mais il ne prouve rien.

[95] En résumé, comme je l’ai indiqué au début, la dénonciation, après un examen attentif, est réduite aux deux liens dans la liste des « favoris » du navigateur Web — liens que l’on savait avoir été effacés quatre mois plus tôt. Dans le meilleur des cas, les liens supprimés pourraient justifier des soupçons, mais ils ne donnent certainement pas des motifs raisonnables et probables de croire que l’appelant avait en sa possession de la pornographie juvénile, et encore moins que la preuve de ce crime se trouverait sur son ordinateur.

[96] À la lumière des faits pertinents omis dans la dénonciation, il est évident que les autres éléments de preuve présentés dans la dénonciation — notamment la présence d’une webcam et les déclarations à propos des propensions de « délinquants de ce type » non définis — ne peuvent muer de simples soupçons en motifs suffisants pour obtenir un mandat.

[97] Comme le mandat n’aurait pas dû être décerné, la perquisition subséquente a enfreint l’art. 8 de la *Charte*.

VI

[98] Pour déterminer si la preuve obtenue par suite de la perquisition illégale devrait être écartée en

under s. 24(2), we are bound to apply the test recently set out in *Grant*, at para. 71:

[U]nder s. 24(2), a 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 (admission may send the message the justice system condones serious state misconduct), (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused (admission may send the message that individual rights count for little), and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. The court's role on a s. 24(2) application is to balance the assessments under each of these lines of inquiry to determine whether, considering all the circumstances, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

I shall consider these three factors in turn.

[99] First, the *Charter*-infringing state conduct in this case was the search of the accused's home and the seizure of his personal computer, his wife's laptop computer, several videotapes, and other items. The search and seizure were unwarranted, but not warrantless: they were conducted pursuant to a search warrant by officers who believed they were acting under lawful authority. The executing officers did not wilfully or even negligently breach the *Charter*. These considerations favour admission of the evidence. To that extent, the search and seizure cannot be characterized as particularly egregious.

[100] The opposite is true on considering the ITO upon which the warrant was obtained. The officer who *prepared* the ITO was neither reasonably diligent nor mindful of his duty to make full and frank disclosure. At best, the ITO was improvidently and carelessly drafted. Not only did the ITO fail to specify the correct offence (assessing rather than possession of child pornography); it was also drafted in a misleading way, resulting in the issuance of a warrant on insufficient grounds. While

application du par. 24(2), nous sommes tenus d'appliquer le critère énoncé récemment dans *Grant*, au par. 71 :

[L]e 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 de la société envers le système de justice en tenant compte de : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État (l'utilisation peut donner à penser que le système de justice tolère l'inconduite grave de la part de l'État), (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* (l'utilisation peut donner à penser que les droits individuels ont peu de poids) et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Le rôle du tribunal appelé à trancher une demande fondée sur le par. 24(2) consiste à procéder à une mise en balance de chacune de ces questions pour déterminer si, eu égard aux circonstances, l'utilisation d'éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

J'examinerai ces trois facteurs à tour de rôle.

[99] Premièrement, la conduite de l'État qui a enfreint la *Charte* en l'espèce était la perquisition de la maison de l'accusé et la saisie de son ordinateur personnel, de l'ordinateur portable de sa conjointe, de plusieurs bandes vidéo et d'autres objets. La perquisition et la saisie étaient injustifiées, mais elles ont été effectuées conformément à un mandat de perquisition, par des policiers qui croyaient agir en vertu d'un pouvoir légitime. Les policiers qui ont effectué la perquisition n'ont pas violé la *Charte* délibérément, ni même par négligence. Ces considérations favorisent l'admission de la preuve. À cet égard, la perquisition et la saisie ne peuvent être considérées comme particulièrement odieuses.

[100] Par contre, vu la dénonciation sur laquelle repose le mandat, elles le sont. Le policier qui a *préparé* la dénonciation n'a pas fait preuve d'une diligence raisonnable ni du souci de respecter son obligation d'exposer les faits de manière complète et sincère. Au mieux, la dénonciation a été rédigée de façon imprévoyante et insouciant. Non seulement la dénonciation ne mentionnait pas la bonne infraction (accès à la pornographie juvénile plutôt que possession), mais son libellé était trompeur,

the trial judge found no deliberate attempt to mislead, no attesting officer, acting reasonably, could have failed to appreciate that repeated references to “‘Lolita Porn’ on the screen” and to the deletion of “all the child porn off the computer” would cause most readers — and, more particularly, the issuing justice — to believe there was evidence that child pornography was actually viewed on-screen by the witness Hounjet.

[101] Similarly, the officer should have known — if he in fact did not — that the immediate juxtaposition of these misleading statements and the incomplete description of the “web-cam pointing towards toys” would be unjustifiably inflammatory.

[102] The repute of the administration of justice is jeopardized by judicial indifference to unacceptable police conduct. Police officers seeking search warrants are bound to act with diligence and integrity, taking care to discharge the special duties of candour and full disclosure that attach in *ex parte* proceedings. In discharging those duties responsibly, they must guard against making statements that are likely to mislead the justice of the peace. They must refrain from concealing or omitting relevant facts. And they must take care not to otherwise exaggerate the information upon which they rely to establish reasonable and probable grounds for issuance of a search warrant.

[103] We are bound to accept the trial judge’s finding that there was no deliberate misconduct on the part of the officer who swore the Information. The repute of the administration of justice would nonetheless be significantly eroded, particularly in the long term, if such unacceptable police conduct were permitted to form the basis for so intrusive an invasion of privacy as the search of our homes and the seizure and scrutiny of our personal computers.

ce qui a entraîné la délivrance d’un mandat sans motifs suffisants. Bien que la juge du procès ait conclu à l’absence de toute tentative délibérée d’induire en erreur, aucun policier dénonciateur, agissant raisonnablement, n’aurait pu ignorer que les mentions répétées de « “Lolita Porn” sur l’écran » et de la suppression de « toute la porno juvénile sur l’ordinateur » amèneraient la plupart des lecteurs — et, plus particulièrement, le juge saisi de la demande d’autorisation — à croire à l’existence d’éléments prouvant que le témoin, M. Hounjet, avait effectivement vu de la pornographie juvénile à l’écran.

[101] De même, le policier aurait dû savoir — s’il ne le savait pas — que la juxtaposition de ces déclarations trompeuses et de la description incomplète de la [TRADUCTION] « webcaméra dirigée vers des jouets » serait indûment incendiaire.

[102] La considération dont jouit l’administration de la justice est menacée si les tribunaux passent outre à une conduite policière inacceptable. Les policiers qui demandent des mandats de perquisition sont tenus d’agir avec diligence et intégrité, en veillant à s’acquitter de leur obligation particulière de divulgation honnête et complète dans une procédure *ex parte*. Pour s’en acquitter de façon responsable, ils doivent éviter de faire des déclarations qui risquent d’induire le juge de paix en erreur, éviter de dissimuler ou d’omettre des faits pertinents et veiller à ne pas exagérer autrement les renseignements qu’ils font valoir pour établir l’existence des motifs raisonnables et probables nécessaires à la délivrance du mandat de perquisition.

[103] Nous sommes liés par la conclusion de la juge du procès selon laquelle le policier qui a fait la dénonciation sous serment n’a pas mal agi délibérément. La considération dont jouit l’administration de la justice serait néanmoins grandement érodée, particulièrement à long terme, si une telle conduite policière inacceptable pouvait servir de fondement à une atteinte à la vie privée aussi envahissante qu’une perquisition dans nos maisons et la saisie et l’analyse de nos ordinateurs personnels.

[104] I turn in that light to the second factor set out in *Grant*: The impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused. The intrusiveness of the search is of particular importance in this regard. Our concern here is with the search of the appellant's home, in itself a serious breach of the appellant's rights under s. 8 of the *Charter*. But there is more. The infringement in this case involved a search of the appellant's personal computer — and his wife's laptop computer as well. In passing, I recall here the Informant's failure to mention that the appellant lived with his wife. This not only cast a dark light in the appellant's presence alone with their child — perfectly understandable in the circumstances — but may also explain why the laptop, which was in fact not his, was seized and presumably scrutinized as well.

[105] As I mentioned at the outset, it is difficult to imagine a more intrusive invasion of privacy than the search of one's home and personal computer. Computers often contain our most intimate correspondence. They contain the details of our financial, medical, and personal situations. They even reveal our specific interests, likes, and propensities, recording in the browsing history and cache files the information we seek out and read, watch, or listen to on the Internet.

[106] It is therefore difficult to conceive a s. 8 breach with a greater impact on the *Charter*-protected privacy interests of the accused than occurred in this case.

[107] I turn, finally, to the third factor to be weighed under s. 24(2) of the *Charter* — society's interest in adjudication of the case on its merits. Here, exclusion of the evidence obtained in the search would leave the prosecution with essentially no case against the accused. It would thus seriously undermine the truth-seeking function of the trial,

[104] Au regard de ce qui précède, j'examinerai maintenant le deuxième facteur énoncé dans *Grant* : l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*. Le caractère envahissant de la perquisition est particulièrement important en l'espèce. Nous nous intéressons ici à une perquisition dans la maison de l'appellant, qui est en soi une violation grave des droits que l'art. 8 de la *Charte* lui confère. Mais ce n'est pas tout. La violation en l'espèce procède également de la fouille de son ordinateur personnel — et de l'ordinateur portable de sa conjointe. Je rappelle en passant que le dénonciateur a omis de mentionner que l'appellant vivait avec sa conjointe. Cette omission non seulement a donné une mauvaise impression de la présence de l'enfant seule avec ce dernier — parfaitement compréhensible dans les circonstances —, mais explique également pourquoi l'ordinateur portable, qui ne lui appartenait pas, a été saisi et a vraisemblablement été passé au peigne fin.

[105] Comme je l'ai souligné tout au début, il est difficile d'imaginer une atteinte plus grave à la vie privée d'une personne que la perquisition de son domicile et la fouille de son ordinateur personnel. En effet, nos ordinateurs contiennent souvent notre correspondance la plus intime. Ils renferment les détails de notre situation financière, médicale et personnelle. Ils révèlent même nos intérêts particuliers, préférences et propensions, enregistrant dans l'historique et la mémoire cache tout ce que nous recherchons, lisons, regardons ou écoutons dans l'Internet.

[106] On peut donc difficilement concevoir une violation de l'art. 8 ayant des répercussions plus graves sur le droit à la protection de la vie privée que la *Charte* garantit à l'accusé que celle dont il est question en l'espèce.

[107] Enfin, je me penche sur le troisième facteur qu'il faut apprécier en application du par. 24(2) de la *Charte* — l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. En l'espèce, si la preuve obtenue lors de la perquisition était exclue, la poursuite n'aurait essentiellement plus aucune preuve à présenter contre l'accusé. Un tel résultat compromettrait

a factor that weighs against exclusion (*Grant*, at paras. 79-83).

[108] In balancing these considerations, we are required by *Grant* to bear in mind the long-term and prospective repute of the administration of justice, focussing less on the particular case than on the impact over time of admitting the evidence obtained by infringement of the constitutionally protected rights of the accused.

[109] In my view, the repute of the administration of justice will be significantly undermined if criminal trials are permitted to proceed on the strength of evidence obtained from the most private “place” in the home on the basis of misleading, inaccurate, and incomplete information upon which a search warrant was issued.

[110] Justice is blind in the sense that it pays no heed to the social status or personal characteristics of the litigants. But justice receives a black eye when it turns a blind eye to unconstitutional searches and seizures as a result of unacceptable police conduct or practices.

[111] The public must have confidence that invasions of privacy are justified, in advance, by a genuine showing of probable cause. To admit the evidence in this case and similar cases in the future would undermine that confidence in the long term.

[112] I am persuaded for all of these reasons that admitting the illegally obtained evidence in this case would bring the administration of justice into disrepute.

[113] I would therefore exclude that evidence and, since there was no possibility that the accused could have been convicted in the absence of the evidence, I would allow the appeal, quash the appellant’s conviction and enter an acquittal in its place.

sérieusement la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès, un facteur militant contre l’exclusion (*Grant*, par. 79-83).

[108] Lorsque nous mettons en balance ces considérations, nous devons, comme nous y oblige l’arrêt *Grant*, tenir compte des répercussions à long terme sur la considération dont jouit l’administration de la justice. Ainsi nous devons porter notre regard davantage sur l’incidence future que risque d’avoir l’admission de la preuve obtenue en violation des droits constitutionnels de l’accusé que sur l’affaire en cause.

[109] À mon avis, la considération dont jouit l’administration de la justice sera grandement sapée si les procès criminels peuvent être instruits sur le fondement d’une preuve recueillie dans le « lieu » le plus intime de la maison grâce à des dénonciations trompeuses, inexactes et incomplètes qui ont mené à la délivrance d’un mandat de perquisition.

[110] La justice est aveugle, en ce qu’elle fait abstraction du statut social des parties et de leurs caractéristiques personnelles. Cependant, la considération dont elle jouit est immanquablement ternie lorsqu’elle ferme les yeux sur des fouilles, perquisitions ou saisies inconstitutionnelles résultant de conduites ou pratiques policières inacceptables.

[111] Le public ne doit pas douter que les atteintes à la vie privée sont justifiées au préalable par la démonstration véritable de motifs probables. Or, à long terme, admettre la preuve en l’espèce et dans des situations semblables minerait la confiance du public.

[112] Pour tous ces motifs, je suis convaincu que l’admission de la preuve obtenue illégalement en l’espèce déconsidérerait l’administration de la justice.

[113] Par conséquent, j’écarterais ces éléments de preuve et, comme l’accusé n’aurait pas pu être déclaré coupable sans eux, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la déclaration de culpabilité de l’appelant et de lui substituer un verdict d’acquittement.

The reasons of Deschamps, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

[114] DESCHAMPS J. (dissenting) — Internet and computer technologies have brought about tremendous changes in our lives. They facilitate the communication of information and the exchange of material of all kinds and forms, with both legal and illegal content, and in infinite quantities. No one can be unaware today that these technologies have accelerated the proliferation of child pornography because they make it easier to produce, distribute and access material in partial anonymity: Y. Akdeniz, *Internet Child Pornography and the Law: National and International Responses* (2008), at pp. 1-8. Not only do these technologies increase the availability of child pornography; they also raise new challenges, as the criminal law must be adapted to apply to the making, distribution, and possession of such material, while the resulting offences must be investigated in a manner consistent with fundamental rights.

[115] The case at bar raises one such challenge. The appellant contends that the search of his computer breached his rights under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the evidence found on the computer should therefore be excluded and an acquittal entered on a charge of possession of child pornography (s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46). For the reasons that follow, I conclude that the reviewing judge did not err in upholding the decision to issue the warrant. Consequently, there is no need to address s. 24(2) of the *Charter*. I would dismiss the appeal.

I. Facts

[116] In 2002, Adrian Hounjet worked as a computer technician for the Keewatin Career Development Corporation. He was trained to repair computers and install high-speed Internet connections. At the time, he was also responsible for creating software to prevent school children from visiting pornographic sites and for keeping it up to date.

Version française des motifs des juges Deschamps, Charron et Rothstein rendus par

[114] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — L'Internet et l'informatique ont littéralement transformé nos vies. Ils facilitent la communication de renseignements et l'échange de matériel, au contenu licite ou non, sans limites quant à leur nature, à leur forme ou à leur quantité. Personne ne peut ignorer que ces technologies ont accéléré la prolifération de la pornographie juvénile, parce qu'elles en facilitent la production, la distribution et l'accès de façon quasi anonyme : Y. Akdeniz, *Internet Child Pornography and the Law : National and International Responses* (2008), p. 1-8. En plus de rendre la pornographie juvénile plus accessible, ces technologies posent de nouveaux défis, car le droit criminel doit être modifié pour s'adapter à la production, à la distribution et à la possession de ce genre de matériel et les enquêtes relatives à ces nouvelles infractions doivent être menées dans le respect des droits fondamentaux.

[115] Le pourvoi dont nous sommes saisis comporte un défi de cette nature. L'appellant prétend que la fouille de son ordinateur a porté atteinte à ses droits protégés par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que, par conséquent, les éléments de preuve découverts dans l'ordinateur devraient être exclus et un acquittement prononcé sur un chef de possession de pornographie juvénile (par. 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46). Pour les motifs qui suivent, je conclus que la juge siégeant en révision n'a pas commis d'erreur en confirmant la décision de décerner le mandat. Par conséquent, il n'y a pas lieu de se prononcer sur le par. 24(2) de la *Charte*. Je suis d'avis de rejeter l'appel.

I. Les faits

[116] En 2002, Adrian Hounjet travaillait à titre de technicien en informatique à la Keewatin Career Development Corporation. Il était qualifié pour réparer les ordinateurs et installer le service Internet haute vitesse. À l'époque, il était également responsable de la création et de la mise à jour d'un logiciel visant à empêcher que les enfants d'âge

He had accordingly accessed such sites in order to build a database to support that software, and he was familiar with the vocabulary of child pornography.

[117] The appellant had ordered a high-speed Internet connection from SaskTel. On September 5, 2002, Mr. Hounjet arrived unannounced at the appellant's residence in La Ronge to perform the installation. The appellant lived with his wife and two children, aged three and seven, but was alone that day with his three-year-old daughter. He looked surprised, but allowed Mr. Hounjet in.

[118] Several things he saw, taken together, struck Mr. Hounjet "as a little bit odd". The computer was located in a spare bedroom where the three-year-old child was playing with toys on the floor. He saw that the accused already had access to the Internet, probably by means of a dial-up service. When he opened the Web browser, he noticed several links to both adult and child pornography in the taskbar's "favourites" list, including two that were labelled "Lolita Porn" and "Lolita XXX". He also saw a pornographic image, but he could not remember afterwards if it was on the browser's home page or on the computer desktop. The image was, in his words, "pretty graphic" and he wondered if the appellant's wife "let him view and keep it on as their desktop". From his experience in building the database for the anti-pornography software, Mr. Hounjet recognized "Lolita" as a term associated with child pornography. While working on the computer, he also noticed home videos and, on a tripod, a webcam that was connected to a videotape recorder and was pointed at the toys and the child instead of being aimed, as webcams usually are, at the computer user's seat. The fact that the camera was pointed at the child would not normally have struck him as odd, but in light of the links on the computer to pornography, it troubled him. He did not click on the links to access the Web sites at that time.

scolaire puissent avoir accès aux sites pornographiques. Il avait donc déjà visité de tels sites pour créer la base de données servant d'appui au logiciel et connaissait bien le vocabulaire de la pornographie juvénile.

[117] L'appellant avait fait à SaskTel une demande d'installation du service Internet haute vitesse. Le 5 septembre 2002, M. Hounjet s'est présenté sans préavis chez l'appellant, à La Ronge, pour effectuer l'installation. L'appellant vivait avec sa femme et deux enfants, âgés de trois et sept ans. Ce jour-là, il était seul avec sa fille de trois ans. Il a semblé surpris, mais il a laissé entrer M. Hounjet.

[118] Mis ensemble, plusieurs détails que M. Hounjet a remarqués lui ont paru [TRADUCTION] « un peu étranges ». L'ordinateur se trouvait dans une chambre d'ami où l'enfant âgée de trois ans s'amusaient par terre avec des jouets. Il a constaté que l'accusé avait déjà accès à l'Internet, probablement par ligne téléphonique. Lorsqu'il a ouvert le navigateur Web, il a remarqué que plusieurs liens vers des sites de pornographie juvénile et adulte figuraient dans la liste des « favoris » de la barre des tâches, dont deux liens intitulés « Lolita Porn » et « Lolita XXX ». Il a également vu une image pornographique, mais il a été incapable de se rappeler par la suite si elle se trouvait sur la page d'accueil du navigateur ou de l'ordinateur. L'image était, suivant ses propres mots, [TRADUCTION] « pas mal crue », et il s'est demandé si l'épouse de l'appellant « le laissait la regarder et l'afficher en arrière-plan sur le bureau de l'ordinateur ». Compte tenu de son expérience de la création d'une base de données pour le logiciel antipornographique, M. Hounjet savait que le terme « Lolita » avait trait à la pornographie juvénile. Pendant qu'il travaillait dans l'ordinateur, il a aussi remarqué des vidéos amateurs et, posée sur un trépied, une webcam branchée à un magnétoscope et braquée sur les jouets et l'enfant plutôt que sur le siège devant l'ordinateur, comme le sont généralement les webcams. Normalement, l'orientation particulière de la caméra n'aurait pas attiré son attention, mais, étant donné les liens vers des sites pornographiques dans l'ordinateur, ce détail l'a troublé. Il n'a pas cliqué sur les liens pour accéder aux sites Web à ce moment-là.

[119] Unable to finish his work on that day, Mr. Hounjet had to return the following morning, on September 6, 2002. He then noticed that everything had been “cleaned up”: the child’s toys had been placed in a box, the videotapes could no longer be seen, the webcam was pointed at the computer user’s chair and the computer had been “formatted”. (The only reference in the record to the meaning of the word “formatted” is in Mr. Hounjet’s statement to the police. When asked what it meant, he answered: “The whole thing gets erased. The icons were gone” (A.R., at p. 209).)

[120] Uneasy about what he had seen at the appellant’s residence and having noted the names of some of the links in the “favourites” list, Mr. Hounjet, after returning to his place of work, accessed the Web sites to which they were related. He saw there what he believed to be child pornography. He testified that some of the people in the photographs looked “younger than 18 and 15 or 14 or 13 even”.

[121] Mr. Hounjet continued to think about these events and eventually, in November 2002, discussed them with his mother, a former social worker. She in turn contacted the social services office in La Ronge on November 14, 2002. At that time, Mr. Hounjet’s concerns related to the child’s safety. On November 15, 2002, he went to the social services office and reported what he had seen. The social worker, Valerie Fosseneuve, contacted the Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”) on November 18, 2002 and reported the information received from Mr. Hounjet to Cpl. Susan Kusch. Cpl. Kusch then contacted Cpl. Mike Boyce of the RCMP’s Technological Crime Unit in Regina. Cpl. Boyce confirmed what Mr. Hounjet had said concerning the names of the Web sites, stating that “‘Lolita’ is an underage internet porn site that primarily deals with children 14 years old and under”. About a week later, Cst. Mark Ochitwa was assigned to investigate the matter.

[122] Some time elapsed before the investigation really started. Cst. Ochitwa was out of the

[119] N’ayant pas été en mesure de terminer son travail le jour même, M. Hounjet a dû revenir le lendemain matin, soit le 6 septembre 2002. Il a alors remarqué qu’on avait mis de l’ordre : les jouets de l’enfant avaient été rangés dans une boîte, les bandes vidéo étaient hors de vue, la webcam était orientée vers le siège devant l’ordinateur et l’ordinateur avait été [TRADUCTION] « formaté ». (Le seul renvoi dans le dossier à la définition du terme « formater » se trouve dans la déposition faite par M. Hounjet à la police. À la question de savoir ce qu’il signifie, ce dernier a répondu : [TRADUCTION] « Tout avait été effacé. Les icônes avaient disparu » (d.a., p. 209).)

[120] Troublé par ce qu’il avait vu chez l’appelant, M. Hounjet, de retour à son bureau, a visité les sites Web auxquels renvoyaient certains liens figurant dans les « favoris » dont il avait noté le nom. Il y a vu ce qu’il croyait être de la pornographie juvénile. Il a déclaré que certaines des personnes photographiées semblaient [TRADUCTION] « âgées de moins de 18 ans et 15, 14 ou même 13 ans ».

[121] Ces événements ont continué de préoccuper M. Hounjet et, finalement, en novembre 2002, il en a parlé à sa mère, une ancienne travailleuse sociale. Celle-ci a communiqué avec les services sociaux de La Ronge le 14 novembre 2002. À cette époque, M. Hounjet s’inquiétait pour la sécurité de l’enfant. Le 15 novembre 2002, il s’est présenté au bureau des services sociaux et a fait rapport de ses observations. Le 18 novembre 2002, la travailleuse sociale, Valerie Fosseneuve, a relayé à la caporale Susan Kusch, de la Gendarmerie royale du Canada (« GRC »), les renseignements signalés par M. Hounjet. Cette dernière a ensuite consulté le caporal Mike Boyce, du Groupe de la criminalité technologique de la GRC à Regina. Le caporal Boyce a confirmé les observations de M. Hounjet concernant les noms des sites Web, indiquant que [TRADUCTION] « “Lolita” est un site de pornographie juvénile mettant principalement en scène des enfants de 14 ans et moins ». Environ une semaine plus tard, le gendarme Mark Ochitwa a été chargé de faire enquête.

[122] Il s’est écoulé un certain laps de temps avant que l’enquête débute véritablement. Le gendarme

country for more than a week after being assigned to the investigation. When he tried to contact Mr. Hounjet on December 17, the latter was away until Christmas, and then Cst. Ochitwa was on holiday until the beginning of the new year. Cst. Ochitwa finally obtained Mr. Hounjet's statement on January 8, 2003. After the interview, he consulted Cpl. Boyce, who he knew had experience investigating crimes involving computers and technological devices. Cpl. Boyce provided information about "media, storage media, computers, and specifically about this crime that these images are and would remain on a computer". He also contacted a Crown Attorney in Regina, who suggested that he speak with Cst. Randy Huisman of the Saskatoon Police Service, who had experience investigating child exploitation offences. Cst. Huisman informed him that "these type of persons treasure collections, child pornography collections, similar to that of a coin collector or a stamp collector, and they categorize and catalogue these images and . . . their material". Cst. Ochitwa also verified whether an active Internet connection was still being provided to the appellant's residence. He then drafted an information to obtain a search warrant ("ITO"). It is reproduced as an appendix to these reasons, but the salient parts will be cited when most relevant.

[123] A search warrant was issued on January 10, 2003, and the search was carried out the same day. Pornographic pictures involving children were found on the computer, computer disks and/or floppy disks. The appellant was charged with possession of child pornography contrary to s. 163.1(4) of the *Criminal Code*. At trial, the appellant challenged the validity of the search warrant under s. 8 of the *Charter* and sought to have the evidence from the computer excluded.

[124] On September 15, 2005, the trial judge, Rothery J., conducted a *voir dire* to determine whether the evidence was admissible. She dismissed

Ochitwa a passé plus d'une semaine à l'étranger après avoir été affecté à l'enquête. Quand il a tenté de communiquer avec M. Hounjet le 17 décembre, ce dernier était absent jusqu'à Noël, puis c'est le policier qui a pris congé jusqu'au début de la nouvelle année. Le gendarme Ochitwa a finalement recueilli la déposition de M. Hounjet le 8 janvier 2003. Après la rencontre, il a consulté le caporal Boyce, qu'il savait avoir déjà mené des enquêtes sur des crimes liés à l'utilisation d'ordinateurs et d'autres dispositifs technologiques. Ce dernier lui a fourni des renseignements quant [TRADUCTION] « aux supports, aux dispositifs de stockage, aux ordinateurs et, en ce qui concerne le crime en cause, sur le fait que ces images se trouvent et demeurent normalement dans un ordinateur ». Il a également communiqué avec un procureur de la Couronne de Regina qui lui a suggéré de s'entretenir avec l'agent Randy Huisman des services de police de Saskatoon, qui avait déjà mené des enquêtes concernant des infractions d'exploitation des enfants. L'agent Huisman lui a indiqué que [TRADUCTION] « ce type de personnes conserve précieusement des collections, des collections de pornographie juvénile, comme le font les collectionneurs de monnaie ou de timbres, et classent et répertorient ces images et [. . .] leur matériel ». Le gendarme Ochitwa a de plus vérifié si la résidence de l'appelant possédait toujours une connexion active à l'Internet. Cela fait, il a rédigé une dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition. Celle-ci est reproduite en annexe, mais j'en citerai des extraits pertinents au besoin.

[123] Un mandat a été décerné le 10 janvier 2003, et la perquisition a été exécutée le même jour. Des images de pornographie juvénile ont été découvertes dans l'ordinateur, sur des disques ou des disquettes. L'appelant a été accusé de possession de pornographie juvénile, une infraction prévue au par. 163.1(4) du *Code criminel*. Au procès, l'appelant a contesté la validité du mandat de perquisition sur le fondement de l'art. 8 de la *Charte* et a demandé l'exclusion des éléments de preuve trouvés dans l'ordinateur.

[124] Le 15 septembre 2005, la juge Rothery, qui présidait le procès, a tenu un *voir-dire* pour déterminer si la preuve était recevable. Elle a rejeté la

the appellant's challenge of the search warrant (2005 SKQB 381 and 381A, 272 Sask. R. 282). The appellant was convicted and was sentenced to an 18-month conditional sentence. On appeal, the majority confirmed the trial judge's ruling that the search warrant was valid (2008 SKCA 62, 310 Sask. R. 165). Richards J.A. dissented. He would have allowed the appeal, excluded the evidence and entered an acquittal.

[125] In this Court, the appellant essentially adopts Richards J.A.'s dissent. He argues that the search warrant was invalid because there were no reasonable grounds. He contends that the evidence found on his computer should be excluded. This would result in an acquittal. The Crown submits that there were reasonable grounds justifying the issuance of the warrant. In the alternative, if the warrant was improperly issued, the respondent contends that the evidence should be admitted under s. 24(2) of the *Charter* and the conviction affirmed.

II. Analysis

[126] The search warrant in this case was issued pursuant to the general search and seizure provision, s. 487 of the *Criminal Code*. The standard to be met for the authorization of a search is found in the wording of the section, which reads in part as follows:

487. (1) A justice who is satisfied by information on oath in Form 1 that there are reasonable grounds to believe that there is in a building, receptacle or place

(a) anything on or in respect of which any offence against this Act or any other Act of Parliament has been or is suspected to have been committed,

(b) anything that there are reasonable grounds to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence, or will reveal the whereabouts of a person who is believed to have committed an offence, against this Act or any other Act of Parliament,

(c) anything that there are reasonable grounds to believe is intended to be used for the purpose of

contestation par l'appelant du mandat de perquisition (2005 SKQB 381 et 381A, 272 Sask. R. 282). L'appelant a été déclaré coupable et condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis de 18 mois. Lors de l'appel, les juges majoritaires ont confirmé la décision de la juge du procès, selon laquelle le mandat était valide (2008 SKCA 62, 310 Sask. R. 165). Le juge Richards était dissident. Il aurait accueilli l'appel, écarté la preuve et prononcé un acquittement.

[125] Devant notre Cour, l'appelant s'appuie essentiellement sur les motifs de la dissidence du juge Richards. Il fait valoir que le mandat de perquisition était vicié en raison de l'absence de motifs raisonnables. Il soutient que la preuve trouvée dans son ordinateur devrait être écartée, ce qui entraînerait son acquittement. Le ministère public lui oppose que la délivrance du mandat était fondée sur des motifs raisonnables. Subsidiairement, dans l'hypothèse où le mandat aurait été décerné de manière irrégulière, l'intimé fait valoir que la preuve devrait être admise en application du par. 24(2) de la *Charte*, et la déclaration de culpabilité confirmée.

II. Analyse

[126] En l'espèce, le mandat de perquisition a été décerné en vertu de la disposition générale régissant les perquisitions et les saisies, l'art. 487 du *Code criminel*. La norme applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition est énoncée dans cet article, que je reproduis ici en partie :

487. (1) Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment selon la formule 1, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve, selon le cas :

a) une chose à l'égard de laquelle une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi fédérale, a été commise ou est présumée avoir été commise;

b) une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction ou révélera l'endroit où se trouve la personne qui est présumée avoir commis une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi fédérale;

c) une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle est destinée à servir aux fins de la

committing any offence against the person for which a person may be arrested without warrant, or

perpétration d'une infraction contre la personne, pour laquelle un individu peut être arrêté sans mandat;

[127] The concept of “reasonable grounds to believe” has been considered by this Court on numerous occasions. The most frequently cited formulation of the standard as applicable to the context of a search was articulated by Wilson J. in *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1166:

The question as to what standard of proof must be met in order to establish reasonable grounds for a search may be disposed of quickly. I agree with Martin J.A. that the appropriate standard is one of “reasonable probability” rather than “proof beyond a reasonable doubt” or “*prima facie* case”. The phrase “reasonable belief” also approximates the requisite standard.

See also *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416.

[128] The genesis of the addition of the notion of probability to the concept of reasonable grounds can be traced to *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 167, where Dickson J. (as he then was) stated that the Canadian “reasonable grounds to believe” requirement was identical to the “probable cause” threshold for a search warrant set out in the U.S. *Bill of Rights*. The Court described the requirement as “the point where credibly-based probability replaces suspicion” (p. 167). What Dickson J. was in fact trying to do in *Hunter* was to establish a criterion that elevated the grounds for a search beyond subjective belief and mere suspicion (at p. 167):

The problem is with the stipulation of a reasonable belief that evidence may be uncovered in the search. Here again it is useful, in my view, to adopt a purposive approach. The purpose of an objective criterion for granting prior authorization to conduct a search or seizure is to provide a consistent standard for identifying the point at which the interests of the state in such intrusions come to prevail over the interests of the individual in resisting them. To associate it with an applicant’s reasonable belief that relevant evidence may be uncovered by the search, would be to define the proper standard as the possibility of finding evidence. This is a very low

[127] Notre Cour s’est penchée à maintes reprises sur le concept des « motifs raisonnables de croire ». La formulation la plus souvent citée de cette norme dans le contexte d’une perquisition est celle qu’en a donnée la juge Wilson dans *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, à la p. 1166 :

Il est possible de trancher rapidement la question de la norme de preuve applicable pour déterminer s’il existe des motifs raisonnables justifiant la fouille. Je suis de l’avis du juge Martin que la norme de preuve applicable est la « probabilité raisonnable » plutôt que « la preuve hors de tout doute raisonnable » ou « la preuve *prima facie* ». L’expression « croyance raisonnable » correspond également assez bien à la norme applicable.

Voir également *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416.

[128] L’adjonction de la notion de probabilité à celle des motifs raisonnables remonte à l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 167, dans lequel le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a déclaré que la norme canadienne du « motif raisonnable de croire » était identique à la norme de la cause probable exigée par le *Bill of Rights* des États-Unis pour la délivrance d’un mandat. La Cour a indiqué que cette condition est remplie lorsque « les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité » (p. 168). En fait, dans l’arrêt *Hunter*, le juge Dickson a voulu établir un critère plus exigeant que celui de la croyance subjective et des simples soupçons pour justifier les fouilles et perquisitions (p. 167-168) :

La difficulté réside dans la stipulation d’une conviction raisonnable que des éléments de preuve peuvent être découverts au cours de la perquisition. Une fois de plus, il est utile, à mon avis, de considérer le but recherché. L’établissement d’un critère objectif applicable à l’autorisation préalable de procéder à une fouille, à une perquisition ou à une saisie a pour but de fournir un critère uniforme permettant de déterminer à quel moment les droits de l’État de commettre ces intrusions l’emportent sur ceux du particulier de s’y opposer. Relier ce critère à la conviction raisonnable d’un requérant que la perquisition peut permettre de découvrir des éléments de

standard which would validate intrusion on the basis of suspicion, and authorize fishing expeditions of considerable latitude. It would tip the balance strongly in favour of the state and limit the right of the individual to resist, to only the most egregious intrusions. I do not believe that this is a proper standard for securing the right to be free from unreasonable search and seizure.

Anglo-Canadian legal and political traditions point to a higher standard. The common law required evidence on oath which gave “strong reason to believe” that stolen goods were concealed in the place to be searched before a warrant would issue. Section 443 of the *Criminal Code* authorizes a warrant only where there has been information upon oath that there is “reasonable ground to believe” that there is evidence of an offence in the place to be searched. The American *Bill of Rights* provides that “no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation . . .” The phrasing is slightly different but the standard in each of these formulations is identical. The state’s interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual’s interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion. [Emphasis in original.]

[129] Determining whether evidence gives rise to a “credibly-based probability” does not involve parsing the facts or assessing them mathematically. Rather, what the judge must do is identify credible facts that make the decision to authorize a search reasonable in view of all the circumstances. I therefore agree with the non-technical, common-sense approach taken by Rehnquist J. (as he then was) in *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983):

The task of the issuing magistrate is simply to make a practical, common-sense decision whether, given all the circumstances set forth in the affidavit before him, including the “veracity” and “basis of knowledge” of persons supplying hearsay information, there is a fair probability that contraband or evidence of a crime will be found in a particular place. [p. 238]

preuve pertinents équivaudrait à définir le critère approprié comme la possibilité de découvrir des éléments de preuve. Il s’agit d’un critère très faible qui permettrait de valider une intrusion commise par suite de soupçons et autoriserait des recherches à l’aveuglette très étendues. Ce critère favoriserait considérablement l’État et ne permettrait au particulier de s’opposer qu’aux intrusions les plus flagrantes. Je ne crois pas que ce soit là un critère approprié pour garantir le droit d’être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Les traditions juridiques et politiques anglo-canadiennes exigent un critère plus élevé. La *common law* exige, pour qu’un mandat puisse être décerné, que l’on fasse une déposition sous serment qui porte « sérieusement à croire » que des biens volés ont été cachés à l’endroit de la perquisition. L’article 443 du *Code criminel* n’autorise la délivrance d’un mandat qu’à la suite d’une dénonciation faite sous serment portant qu’il existe « un motif raisonnable pour croire » qu’il se trouve des éléments de preuve de la perpétration d’une infraction à l’endroit où la perquisition sera effectuée. La *Déclaration des droits* des États-Unis prévoit que [TRADUCTION] « un mandat ne sera décerné que pour un motif plausible, appuyé par un serment ou une affirmation . . . ». La formulation est légèrement différente mais le critère est identique dans chacun de ces cas. Le droit de l’État de déceler et de prévenir le crime commence à l’emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. [Souligné dans l’original.]

[129] Déterminer si la preuve révèle une « probabilité fondée sur la crédibilité » n’exige pas d’analyser les faits de très près ou de les évaluer de façon mathématique. Le juge doit plutôt repérer des faits crédibles justifiant le caractère raisonnable de la décision d’autoriser une perquisition au vu de l’ensemble des circonstances. Je retiens donc l’approche non formaliste et fondée sur le bon sens que le juge Rehnquist (plus tard Juge en chef) a adoptée dans *Illinois c. Gates*, 462 U.S. 213 (1983) :

[TRADUCTION] La tâche du magistrat qui accorde l’autorisation est simplement de rendre une décision pratique et fondée sur le bon sens quant à savoir si, compte tenu de toutes les circonstances établies dans l’affidavit qui lui est présenté, y compris la « fiabilité » et « les sources » des personnes qui présentent des renseignements par ouï-dire, il existe une bonne probabilité que des produits de contrebande ou des éléments de preuve relatifs à un crime seront trouvés en un lieu particulier. [p. 238]

[130] Where, as here, a court reviews the validity of a search warrant, it does not ask whether it would have reached the same decision as the authorizing judge. It merely determines whether there was credible evidence on which the decision could be based. This exercise is not a *de novo* review. In *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at p. 1452, Sopinka J., writing for the majority, stated:

The reviewing judge does not substitute his or her view for that of the authorizing judge. If, based on the record which was before the authorizing judge as amplified on the review, the reviewing judge concludes that the authorizing judge could have granted the authorization, then he or she should not interfere. In this process, the existence of fraud, non-disclosure, misleading evidence and new evidence are all relevant, but, rather than being a prerequisite to review, their sole impact is to determine whether there continues to be any basis for the decision of the authorizing judge.

This test was applied to the review of the authorization of a search in *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, and was reiterated by LeBel J. in *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at para. 54:

[T]he test is whether there was reliable evidence that might reasonably be believed on the basis of which the authorization could have issued, not whether in the opinion of the reviewing judge, the application should have been granted at all by the authorizing judge. [Emphasis deleted.]

[131] The reviewing judge considers the evidence presented in the ITO, as amplified at the review hearing. The ITO must contain a full and frank disclosure of the relevant material facts, and no attempt should be made to trick those who read it (*Araujo*, at paras. 46-47). As LeBel J. stated, “erroneous information is properly excised. . . [However, where such] information results from a simple error and not from a deliberate attempt to mislead the authorizing judge, amplification may be in order” (*Araujo*, at para. 57). The onus is on the accused to demonstrate that the ITO is

[130] Le tribunal appelé à se prononcer sur la validité d’un mandat de perquisition, comme en l’espèce, ne se demande pas s’il serait arrivé à la même décision que le juge qui l’a décerné. Il détermine simplement si des éléments de preuve crédibles pouvaient justifier sa décision. Il ne s’agit pas d’une révision sous forme d’examen *de novo*. Dans *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, p. 1452, le juge Sopinka, s’exprimant au nom de la majorité à ce sujet, a tenu les propos suivants :

Le juge qui siège en révision ne substitue pas son opinion à celle du juge qui a accordé l’autorisation. Si, compte tenu du dossier dont disposait le juge qui a accordé l’autorisation et complété lors de la révision, le juge siégeant en révision, conclut que le juge qui a accordé l’autorisation pouvait le faire, il ne devrait pas intervenir. Dans ce processus, la fraude, la non-divulgarion, la déclaration trompeuse et les nouveaux éléments de preuve sont tous des aspects pertinents, mais au lieu d’être nécessaires à la révision leur seul effet est d’aider à décider s’il existe encore un fondement quelconque à la décision du juge qui a accordé l’autorisation.

Ce critère a été appliqué à la révision de la décision autorisant une perquisition dans *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223. Le juge LeBel l’a réitéré dans *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, au par. 54 :

[L]e critère consiste à déterminer s’il existait quelque élément de preuve fiable auquel le juge aurait pu raisonnablement ajouter foi pour accorder l’autorisation, et non si, de l’avis du juge siégeant en révision, le juge saisi de la demande d’autorisation aurait dû y faire droit. [Soulignement omis.]

[131] Le juge siégeant en révision examine la preuve présentée dans la dénonciation, complétée lors de l’audience en révision. La dénonciation doit exposer les faits pertinents de manière complète et sincère et ne devrait jamais viser à tromper le lecteur (*Araujo*, par. 46-47). Suivant les propos du juge LeBel, « il est dûment fait abstraction des renseignements erronés. [. . .] [Toutefois,] [l]orsque les renseignements inexacts résultent d’une simple erreur et non d’une tentative délibérée de tromper le juge saisi de la demande d’autorisation, l’amplification peut être permise » (*Araujo*, par. 57). Il appartient

insufficient: *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, 2002 SCC 72, [2002] 3 S.C.R. 708, at para. 68.

[132] When the review hearing takes place during a *voir dire*, the point at which the judge determines whether the warrant is valid is closer in time to the determination of guilt. However, this proximity must not result in a co-mingling of these distinct issues or a conflation of the distinct burdens of proof the Crown must discharge. In my respectful opinion, co-mingling the issues and conflating the burdens of proof is precisely what my colleague Fish J. is doing. We are not asked to determine whether the evidence is sufficient to establish guilt. What is at issue is “whether there was any basis upon which the authorizing judge could be satisfied that the relevant statutory preconditions existed”: *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343, at para. 30.

[133] In the case at bar, the appellant contends that the presence of the links in his “favourites” list was not “sufficient to establish reasonable grounds [to believe] that (his) computer would contain child pornography”. He argues that no child pornography had been seen on the computer and that, considering the delay, there was no reasonable probability that the computer and the alleged “child pornography” would still be in his residence. The appellant also challenges allegations in the ITO on the bases that they are incomplete or false, or that they contain boilerplate statements. In addition, he argues that the opinions of Cpl. Boyce and Cst. Huisman have no probative value and that, in view of the delay, there were no reasonable grounds to believe that any material that might have been stored in his computer in September 2002 would still be there at the time the ITO was drafted.

A) *Possession of Electronic Material*

[134] The appellant takes the position that “possession” implies that “an accused has made a

à l'accusé de démontrer que la dénonciation ne justifiait pas l'autorisation : *Québec (Procureur général) c. Laroche*, 2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708, par. 68.

[132] Lorsque l'audience en révision a lieu dans le cadre d'un voir-dire, le moment auquel le juge se prononce sur la validité du mandat est rapproché de la détermination de la culpabilité. Toutefois, cette proximité temporelle ne doit pas nous amener à confondre ces deux questions distinctes ou les fardeaux de preuve différents dont le ministère public doit s'acquitter à l'égard de chacune. Or j'estime, en toute déférence pour mon collègue, le juge Fish, que c'est précisément ce qu'il fait. Nous ne sommes pas appelés à décider si la preuve était suffisante pour étayer une déclaration de culpabilité. Il s'agit plutôt « de savoir s'il existait des motifs qui permettraient au juge ayant accordé l'autorisation d'être convaincu de la présence des conditions légales préalables pertinentes » : *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343, par. 30.

[133] Dans le présent pourvoi, l'appelant soutient que la présence des liens dans les « favoris » de son ordinateur n'était pas [TRADUCTION] « suffisante pour établir l'existence de motifs raisonnables [de croire] que (son) ordinateur pourrait contenir de la pornographie juvénile ». Il fait valoir qu'aucune pornographie juvénile n'a été vue sur l'ordinateur et que, compte tenu du laps de temps écoulé, il n'existait aucune probabilité raisonnable que l'ordinateur et la « pornographie juvénile » dont on lui reproche la possession se trouvent encore chez lui. L'appelant soutient également que les allégations figurant dans la dénonciation sont incomplètes ou fausses ou qu'il s'agit de déclarations standard. Il ajoute que les opinions du caporal Boyce et de l'agent Huisman n'ont aucune valeur probante et que, vu le laps de temps écoulé, il n'existait pas de motifs raisonnables de croire que du matériel qui aurait pu être stocké dans son ordinateur en septembre 2002 s'y trouverait toujours au moment où la dénonciation a été rédigée.

A) *La possession de matériel sous forme électronique*

[134] Selon l'appelant, la « possession » suppose qu'un [TRADUCTION] « accusé a décidé de déplacer

decision to move the image beyond the public domain of the internet in order to harness child pornography in a place where the accused has control of the image". He draws a distinction between the offences of accessing and possession of child pornography and finds support for doing so in the reasons of the dissenting judge in the Court of Appeal, who found that there was no connection between the presence of the links in September 2002 and the probability of child pornography being present in the computer in January 2003.

[135] Three provisions of the *Criminal Code* are relevant to the discussion of the appellant's argument: the one defining possession and those establishing the offences of possession of and accessing child pornography. The provisions at the time of the search read as follows:

4. . . .

(3) [Possession] For the purposes of this Act,

(a) a person has anything in possession when he has it in his personal possession or knowingly

(i) has it in the actual possession or custody of another person, or

(ii) has it in any place, whether or not that place belongs to or is occupied by him, for the use or benefit of himself or of another person; and

(b) where one of two or more persons, with the knowledge and consent of the rest, has anything in his custody or possession, it shall be deemed to be in the custody and possession of each and all of them.

163.1 . . .

(4) [Possession of child pornography] Every person who possesses any child pornography is guilty of

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

(b) an offence punishable on summary conviction.

une image hors du domaine public que constitue l'Internet pour exploiter de la pornographie juvénile dans un lieu où il contrôle cette image ». Il fait une distinction entre les infractions de possession de pornographie juvénile et d'accès à celle-ci. À ce chapitre, il s'appuie sur les motifs du juge dissident en Cour d'appel, qui a conclu qu'il n'y avait pas de rapport entre la présence des liens en septembre 2002 et la probabilité que de la pornographie juvénile se trouve dans l'ordinateur en janvier 2003.

[135] Trois dispositions du *Code criminel* sont pertinentes pour ce qui concerne l'analyse de cet argument de l'appelant : celle qui définit la possession et celles qui créent les infractions de possession de pornographie juvénile et d'accès à cette dernière. Les dispositions en vigueur à l'époque de la perquisition sont reproduites ci-dessous :

4. . . .

(3) [Possession] Pour l'application de la présente loi :

a) une personne est en possession d'une chose lorsqu'elle l'a en sa possession personnelle ou que, sciemment :

(i) ou bien elle l'a en la possession ou garde réelle d'une autre personne,

(ii) ou bien elle l'a en un lieu qui lui appartient ou non ou qu'elle occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d'une autre personne;

b) lorsqu'une de deux ou plusieurs personnes, au su et avec le consentement de l'autre ou des autres, a une chose en sa garde ou possession, cette chose est censée en la garde et possession de toutes ces personnes et de chacune d'elles.

163.1 . . .

(4) [Possession de pornographie juvénile] Quiconque a en sa possession de la pornographie juvénile est coupable :

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

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

(4.1) [Accessing child pornography] Every person who accesses any child pornography is guilty of

- (a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

(4.2) [Interpretation] For the purposes of subsection (4.1), a person accesses child pornography who knowingly causes child pornography to be viewed by, or transmitted to, himself or herself.

Although both s. 163.1(4) and s. 163.1(4.1) were amended in 2005, these amendments relate to the duration of the sentence available and as such, do not impact the reasoning in this case.

[136] In the case at bar, it is not necessary to provide an exhaustive definition of the substantive offence of child pornography. Rather, this case may be decided on the narrower question — limited to the purpose of authorizing a search warrant — of what might be evidence, of reasonable and probable grounds to believe that a person has committed the offence. However, even where the purpose is limited to this, it is essential to note that a specific intention to deal with the object in a particular manner is not an element of the offence of possession of child pornography. Sections 4(3) and 163.1(4) of the *Criminal Code* indicate that possession of child pornography is criminal in and of itself, irrespective of the use to which the accused intends to put the prohibited material. The appellant urges the Court to rely on *R. v. York*, 2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331, to import a further intent requirement. That case was also referred to with approval by the majority of the Court of Appeal. However, the intent requirement from *York* is inapposite to the offence of possession of child pornography as set out in the *Criminal Code*. The Crown need not demonstrate that an accused intended to “deal” with the pornographic material in a certain manner. The requisite *mens rea* will be established at trial if it is shown that the accused willingly took or maintained control of the object with full knowledge of its character. It is reasonable to conclude that in criminalizing simple possession, Parliament

(4.1) [Accès à la pornographie juvénile] Quiconque accède à de la pornographie juvénile est coupable :

- a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(4.2) [Interprétation] Pour l'application du paragraphe (4.1), accède à de la pornographie juvénile quiconque, sciemment, agit de manière à en regarder ou fait en sorte que lui en soit transmise.

Les paragraphes 163.1(4) et 163.1(4.1) ont été modifiés en 2005, mais ces modifications touchent la durée de la peine et n'ont donc aucune incidence sur le raisonnement permettant de trancher le présent pourvoi.

[136] En l'espèce, il n'est pas nécessaire de donner une définition exhaustive de l'infraction matérielle de pornographie juvénile. Il est en effet possible de trancher le pourvoi en répondant à la question plus étroite — dans la seule perspective de la délivrance d'un mandat de perquisition — de savoir quels éléments de preuve pourraient établir l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une personne a commis une infraction. Or, même à de telles fins limitées, il est essentiel de souligner que l'intention spécifique d'utiliser l'objet d'une certaine manière ne constitue pas un élément de l'infraction de possession de pornographie juvénile. Les paragraphes 4(3) et 163.1(4) du *Code criminel* font de la possession de pornographie juvénile un crime en soi, sans égard à l'utilisation que l'accusé entend faire du matériel prohibé. Néanmoins, l'appelant exhorte notre Cour à y intégrer un élément d'intention en s'appuyant sur l'arrêt *R. c. York*, 2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eux aussi cité cette affaire à l'appui de leurs motifs. Toutefois, l'intention requise dans *York* n'est pas pertinente en ce qui concerne l'infraction de possession de pornographie juvénile définie au *Code criminel*. En effet, le ministère public n'est pas tenu de démontrer que l'accusé avait l'intention d'« utiliser » le matériel pornographique d'une certaine manière. La *mens rea* requise sera établie au procès par la preuve que l'accusé, pleinement conscient de la nature de l'objet, en a pris

has assumed that an individual who possesses child pornography intends to use it in a “prohibited manner”. This explains why statutory defences to charges relating to child pornography are provided in s. 163.1(6) of the *Code* — even if the elements of possession are made out, a person will not be convicted if he or she was in possession of child pornography for a “legitimate purpose” within the meaning of the *Code* and does not pose “an undue risk of harm” to someone under 18 years of age. The purpose for which an individual possesses child pornography does not change the fact of possession under the *Code*. What the defences mean is simply that in certain instances, criminal liability will not follow from a finding that the offence of possession of child pornography is made out on the facts. Not only is the Crown not required to prove at trial that the accused intended to deal with the material in a certain manner, but it is not necessary when applying for a search warrant to make out actual possession in the ITO. It is sufficient that there be credible evidence to support a reasonable belief that the search will uncover evidence of commission of the offence.

[137] A finding of actual possession within the meaning of s. 4(3)(a)(i) of the *Criminal Code* requires proof, among other things, that the person had physical control over the object, however brief that control may have been. As Doherty J.A. stated in *R. v. Chalk*, 2007 ONCA 815, 88 O.R. (3d) 448, at para. 19:

The Crown must also prove that an accused with the requisite knowledge had a measure of control over the item in issue. Control refers to power or authority over the item whether exercised or not: *R. v. Mohamad* (2004), 69 O.R. (3d) 481, [2004] O.J. No. 279, 182 C.C.C. (3d) 97 (C.A.), at paras. 60-61.

See also *R. v. Terrence*, [1983] 1 S.C.R. 357; *R. v. Hess (No. 1)* (1948), 94 C.C.C. 48 (B.C.C.A.), approved in *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531.

ou conservé le contrôle de son plein gré. Il est raisonnable de conclure qu'en érigeant en infraction la simple possession, le législateur supposait que la personne qui possède de la pornographie juvénile entend l'utiliser d'une « manière prohibée », ce qui explique les moyens de défense en matière de pornographie juvénile prévus au par. 163.1(6) du *Code* — même si les éléments constituant l'infraction de possession sont établis, l'accusé ne sera pas déclaré coupable s'il avait de la pornographie juvénile en sa possession dans « un but légitime », au sens où il faut l'entendre pour l'application du *Code*, et si ses actes ne posent pas de « risque indu » pour une personne de moins de 18 ans. Le but dans lequel une personne a de la pornographie juvénile en sa possession ne change rien au fait qu'elle l'a en sa possession au sens du *Code*. Les moyens de défense servent simplement à écarter la responsabilité criminelle, dans certains cas, une fois établie l'infraction de possession de pornographie juvénile au vu des faits. Non seulement le ministère public n'est pas tenu de prouver au procès que l'accusé avait l'intention d'utiliser le matériel d'une certaine manière, mais il n'est pas nécessaire non plus d'établir la possession réelle dans la dénonciation déposée pour obtenir un mandat de perquisition. Il suffit qu'une preuve crédible permette de croire raisonnablement que la perquisition mettra au jour des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction.

[137] Pour qu'il soit conclu à la possession réelle au sens du sous-al. 4(3)a(i) du *Code criminel*, il faut prouver, entre autres, que la personne a eu, ne serait-ce que brièvement, le contrôle physique de l'objet. Comme l'a exprimé le juge d'appel Doherty dans *R. c. Chalk*, 2007 ONCA 815, 88 O.R. (3d) 448, au par. 19 :

[TRADUCTION] Le ministère public doit également prouver que l'accusé, ayant la conscience requise, avait un certain contrôle sur l'objet. La notion de contrôle s'entend d'un pouvoir sur l'objet, qu'il soit exercé ou non : *R. c. Mohamad* (2004), 69 O.R. (3d) 481, [2004] O.J. No. 279, 182 C.C.C. (3d) 97 (C.A.), par. 60-61.

Voir également *R. c. Terrence*, [1983] 1 R.C.S. 357; *R. c. Hess (No. 1)* (1948), 94 C.C.C. 48 (C.A.C.-B.), approuvé dans *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531.

[138] The same element must be found in the case of constructive possession (s. 4(3)(a)(ii) of the *Criminal Code*): a person is in constructive possession if he or she has control — power or authority — however briefly, over an object located in a place (or space) — whether or not that place (or space) belongs to the person — for the use or benefit of the person or of a third person. Control is at issue in the case at bar.

[139] The appellant's submission with respect to what must be proven to establish possession thus goes beyond the legal definition of this element of the offence. In asserting that "the images must be present on the computer *itself* in order to be in [the] possession" of an accused, he defines control too narrowly (emphasis in original). As is clear from the wording of s. 4(3)(a)(ii) of the *Criminal Code* regarding constructive possession, the accused does not need to have control in a place belonging to him or her, such as his or her hard drive. The provision simply requires the material to be "in any place" for the use or benefit of the accused.

[140] This case does not require the Court to elaborate on the distinctions between accessing and possession of prohibited material. Suffice it to say that the question before us turns not on whether the accused has merely viewed the material, but on whether evidence of control over the material could be found in the computer that was to be searched. Accessing does not necessarily require control, and possession does not necessarily require viewing. Therefore, for the purposes of the offence of possession, viewing might be one way to prove knowledge of the content, but it is not the only way. Similarly, viewing might be one way to prove control, but it may not be sufficient — the circumstances in which the material was viewed would need to be proven. Control, not viewing, is the defining element of possession.

[141] Therefore, even if an accused does not actually download offending material, possession is established if the accused has control over the material for his or her use or benefit or for that of

[138] Ce même élément doit être présent dans la possession imputée (sous-al. 4(3)a)(ii) du *Code criminel* : il y a possession imputée lorsqu'une personne a, ne serait-ce que brièvement, un contrôle — un pouvoir — sur un objet situé dans un lieu (ou un espace), qui lui appartient ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d'une autre personne. La question du contrôle se pose en l'espèce.

[139] L'argument de l'appelant concernant la preuve requise pour que la possession soit établie déborde la définition légale de cet élément de l'infraction. En affirmant que [TRADUCTION] « les images doivent se trouver dans l'ordinateur *même* pour qu'elles soient en la possession » de l'accusé, il restreint indûment la notion de contrôle (en italique dans l'original). Comme il ressort clairement du libellé du sous-al. 4(3)a)(ii) du *Code criminel* sur la possession imputée, il n'est pas nécessaire qu'il y ait contrôle dans un lieu appartenant à l'accusé, comme son disque dur. Cette disposition exige simplement que le matériel se trouve « en un lieu », pour l'usage ou l'avantage de l'accusé.

[140] En l'espèce, notre Cour n'est pas appelée à préciser les distinctions entre l'accès à du matériel prohibé et la possession de matériel prohibé. Il suffit de dire que la question dont nous sommes saisis ne consiste pas à déterminer si l'accusé a simplement visualisé le matériel, mais plutôt si on aurait pu découvrir des éléments prouvant le contrôle du matériel dans l'ordinateur visé par la perquisition. Il peut y avoir accès sans contrôle, et possession sans visualisation. Par conséquent, en ce qui concerne l'infraction de possession, la visualisation peut constituer une façon — mais non l'unique façon — de prouver la connaissance du contenu du matériel. De même, la visualisation peut servir à prouver le contrôle, mais elle ne sera pas forcément suffisante — il faudra en établir les circonstances. C'est le contrôle et non la visualisation qui constitue l'élément déterminant de la possession.

[141] En conséquence, même si l'accusé ne télécharge pas effectivement le matériel au contenu illicite, la possession est établie s'il en a le contrôle pour son propre usage ou avantage ou celui d'une

someone else. The record does not indicate that the reviewing judge was provided any evidence on caches. However, there is now abundant legal literature in which the authors have discussed caches, temporary Internet files, and deleted material that can be retrieved, all of which may, under relevant circumstances, constitute evidence of possession. The degree of control might be established on the basis, for example, of the displaying of the images and the ability to select, cut, enlarge, print, forward or share images: see G. Marin, “Possession of Child Pornography: Should You Be Convicted When the Computer Cache Does the Saving for You?” (2008), 60 *Fla. L. Rev.* 1205, at p. 1212; T. E. Howard, “Don’t Cache Out Your Case: Prosecuting Child Pornography Possession Laws Based on Images Located in Temporary Internet Files” (2004), 19 *Berkeley Tech. L.J.* 1227; Akdeniz, at pp. 32-58 and 150-52; P. H. Luehr, “Real Evidence, Virtual Crimes: The Role of Computer Forensic Experts” (2005-2006), 20 *Crim. Just.* 14; R. Michaels, “Criminal Law — The Insufficiency of Possession in Prohibition of Child Pornography Statutes: Why Viewing a Crime Scene Should Be Criminal” (2008), 30 *W. New Eng. L. Rev.* 817.

[142] In cases such as *R. v. Weir*, 2001 ABCA 181, 95 Alta. L.R. (3d) 225, *R. v. Daniels*, 2004 NLCA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290, and *Chalk*, Canadian courts of appeal have held that the Crown’s burden is one of proving possession of prohibited material on the basis of control. Acts other than downloading complete files can be sufficient evidence of control for the purpose of obtaining a conviction for possession. When, as in *Weir*, the material is attached to an e-mail message, it may — even if the user has not downloaded it to his hard drive — serve as evidence of possession under relevant circumstances if, for example, the user either solicited the attachment or received it voluntarily with knowledge of its content. Similarly, when, as in *Daniels*, the computer user initiates the downloading of images but interrupts it, there is at least evidence of past control of the prohibited material. Distilled to their essence, these cases confirm that it is the assertion of control over the prohibited item that is at the core of the inquiry into whether possession

autre personne. Dans le présent dossier, rien n’indique que le juge siégeant en révision disposait d’une preuve quelconque concernant la mémoire cache. Toutefois, de nos jours, de nombreuses publications juridiques traitent des caches, des fichiers Internet temporaires et du matériel supprimé récupérable, qui peuvent tous, dans des circonstances pertinentes, servir à prouver la possession. Le degré de contrôle pourrait être établi, par exemple, en fonction de l’affichage des images et de la capacité de les sélectionner, de les couper, de les agrandir, de les imprimer, de les transférer et de les échanger : voir G. Marin, « Possession of Child Pornography : Should You Be Convicted When the Computer Cache Does the Saving for You? » (2008), 60 *Fla. L. Rev.* 1205, p. 1212; T. E. Howard, « Don’t Cache Out Your Case : Prosecuting Child Pornography Possession Laws Based on Images Located in Temporary Internet Files » (2004), 19 *Berkeley Tech. L.J.* 1227; Akdeniz, p. 32-58 et 150-152; P. H. Luehr, « Real Evidence, Virtual Crimes : The Role of Computer Forensic Experts » (2005-2006), 20 *Crim. Just.* 14; R. Michaels, « Criminal Law — The Insufficiency of Possession in Prohibition of Child Pornography Statutes : Why Viewing a Crime Scene Should Be Criminal » (2008), 30 *W. New Eng. L. Rev.* 817.

[142] Les cours d’appel canadiennes ont statué, notamment dans *R. c. Weir*, 2001 ABCA 181, 95 Alta. L.R. (3d) 225, *R. c. Daniels*, 2004 NLCA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290, et *Chalk*, que le fardeau du ministère public consiste à prouver la possession de matériel prohibé en établissant le contrôle sur celui-ci. Des actes autres que le téléchargement de fichiers complets peuvent suffire à prouver le contrôle pour obtenir une déclaration de culpabilité de possession. Lorsque le matériel est joint à un message électronique, comme c’était le cas dans *Weir*, il peut — même si l’utilisateur ne l’a pas encore téléchargé sur son disque dur — constituer une preuve de possession dans certaines circonstances, par exemple, si l’utilisateur connaissait le contenu de la pièce jointe et l’a sollicitée ou reçue de plein gré. De même, lorsque, comme dans l’affaire *Daniels*, l’utilisateur amorce, puis interrompt le téléchargement d’images, on peut au moins établir qu’il a déjà eu le contrôle du matériel prohibé. Dans leur essence, ces jugements confirment que le contrôle de l’objet

was established, and that there is no requirement of a specific mode of control.

[143] When reviewing the authorization of a search for evidence of possession of child pornography, a court must therefore ask whether there was credible evidence to support a reasonable belief that an accused had control, and not, as the appellant contends, that the material had been downloaded and was in fact in the computer. With control as its focal point, possession must remain a flexible concept that will be applicable in the diverse contexts in which it will have to be applied as a result of technological change.

[144] The definition of possession advanced by the appellant and adopted by my colleague Fish J. could freeze possession in time and limit it to certain modes of storage and media. As a practical matter, there is little difference between exercising control over the hard drive of a computer while on the premises where the computer is located and exercising control over of the on-line space of a Web-based hosted service. Moreover, if, to bring a cache into the scope of possession, the accused were required to have knowledge of how caches work, this would require proof of intent or technical savvy on the part of the accused. As I mentioned above, the requisite *mens rea* will be established at trial if it is shown that the accused willingly took control of the object with full knowledge of its character. In light of the inevitability of technological change, it is important not to needlessly handcuff the courts to a concept of possession that is limited to certain technologies or to current-day computer practices. Control has been the defining feature of possession, not the possibility of finding data files on a hard drive. To adopt downloading as the threshold criterion would be to take a formalistic approach rather than drawing a principled distinction between access and possession. The classical approach to possession, rooted in control, therefore remains the most reliable one. It is the one that is most readily adapted to technological developments and it will not require courts to hear detailed forensic evidence of technological

prohibé est l'élément fondamental de la preuve de la possession, et que point n'est besoin de prouver un mode précis de contrôle.

[143] Lorsqu'il révisé la décision d'autoriser une perquisition visant la découverte d'une preuve de la possession de pornographie juvénile, le tribunal doit donc se demander si une preuve crédible permettrait de croire raisonnablement que l'accusé avait le contrôle du matériel et non, comme le soutient l'appellant, à son téléchargement et à sa présence dans l'ordinateur. Axée ainsi sur le contrôle, la possession doit demeurer un concept souple, qu'il sera possible d'appliquer dans les divers contextes qui se présenteront par suite des changements technologiques.

[144] La définition de la possession proposée par l'appellant et adoptée par mon collègue, le juge Fish, risque de figer cette notion dans le temps et d'en limiter l'application à certains modes de stockage et à certains supports. D'un point de vue pratique, l'exercice d'un contrôle sur le disque dur d'un ordinateur dans le lieu même où se trouve l'ordinateur diffère peu de l'exercice d'un contrôle de l'espace virtuel d'un service d'hébergement Web. Ajoutons que si, pour que la cache puisse être invoquée en relation avec la possession, il fallait que l'accusé en connaisse le fonctionnement, la preuve de l'intention ou des connaissances techniques de l'accusé serait nécessaire. Comme je l'ai mentionné précédemment, la *mens rea* requise sera établie au procès par la preuve que l'accusé, pleinement conscient de la nature de l'objet, en a pris le contrôle de son plein gré. Compte tenu des inévitables changements technologiques, il importe de ne pas imposer inutilement aux tribunaux le carcan d'un concept de possession limité à certaines technologies ou aux pratiques informatiques contemporaines. C'est le contrôle qui constitue l'élément déterminant de la possession, et non la possibilité de trouver des fichiers de données sur un disque dur. En faisant du téléchargement le critère minimal, on adopterait une approche formaliste plutôt que d'établir une distinction rationnelle entre l'accès et la possession. Par conséquent, l'approche classique de la possession, axée sur le contrôle, demeure la plus fiable. Cette approche est celle qui s'adaptera le plus facilement aux nouvelles

advances on an ongoing basis just to keep up with the times.

[145] The rules applicable to the authorization of a search do not change where the possession of electronic material is in issue. I would add that in view of the amount of material that can be found on the Internet, it is all the more important not to unduly restrict the concept of control: printing, enlarging and sharing are all actions which do not require downloading but may be evidence of control. Moreover, to limit possession to material downloaded to the computer of the accused would be to render constructive possession all but inapplicable in the context of the Internet. As I mentioned above, evidence of possession can take many forms and, although it must show control, is not limited to actual possession of the material.

[146] In the case at bar, the ITO appears to concern the likely discovery of both specified and unspecified types of evidence. Paragraph 15(c) of the ITO refers to a belief that the appellant would be in possession of “[i]mages that constitute child pornography”, and para. 16 to searches for the purpose of finding images “or other evidence in regards to a charge under Section(s) 163.1(4) of the Criminal Code of Canada”. The ITO could have been more precise with respect, for example, to evidence of control in caches or to the retrieval of deleted files. However, neither the reviewing judge’s decision nor that of the Court of Appeal rested on evidence of control derived from caches or retrieved material, and the failure to be technologically specific is not determinative.

[147] Having concluded that what matters is evidence of possession based on control of the prohibited material, I cannot accept the appellant’s argument that the issue is whether the presence of the two links labelled “Lolita Porn” and “Lolita XXX”

technologies et dispensera les tribunaux d’entendre jour après jour une preuve d’expert détaillée à seule fin de demeurer au fait des dernières avancées technologiques.

[145] Les règles régissant l’autorisation d’une perquisition ne changent pas lorsqu’il est question de possession de matériel sous forme électronique. J’ajouterais que, compte tenu de la quantité de matériel qui se trouve dans l’Internet, il est d’autant plus important de ne pas restreindre indûment le concept de contrôle : l’impression, l’agrandissement et l’échange sont tous des actes qui ne nécessitent aucun téléchargement, mais peuvent servir à prouver l’existence d’un contrôle. Qui plus est, limiter la possession au matériel téléchargé dans l’ordinateur de l’accusé rendrait le concept de la possession imputée pratiquement inapplicable dans le contexte de l’Internet. Comme je l’ai déjà signalé, la preuve de la possession peut revêtir de nombreuses formes et, bien qu’elle doive établir l’existence d’un contrôle, elle ne se limite pas à la possession réelle du matériel.

[146] En l’espèce, la dénonciation vise la découverte probable d’éléments de preuve spécifiés et non spécifiés. Au paragraphe 15c) de la dénonciation, il est fait mention de la croyance que l’appelant a en sa possession des [TRADUCTION] « images qui constitueraient de la pornographie juvénile » et, au par. 16, de perquisitions en vue de trouver des images [TRADUCTION] « ou d’autres éléments de preuve étayant une accusation fondée sur le(s) paragraphe(s) 163.1(4) du Code criminel du Canada ». La dénonciation aurait pu être plus précise en ce qui concerne, par exemple, la preuve du contrôle dans la cache ou la récupération des fichiers supprimés. Toutefois, ni la décision de la juge siégeant en révision ni celle de la Cour d’appel ne reposent sur une preuve de contrôle tirée de la cache ou du matériel récupéré, et le défaut de donner des indications techniques n’est pas déterminant.

[147] Ayant conclu que ce qui importe est l’existence d’une preuve de possession fondée sur le contrôle du matériel prohibé, je ne peux accepter la formulation de la question en litige proposée par l’appelant selon laquelle il s’agit de déterminer

in the “favourites” list of the Web browser’s taskbar was sufficient to establish that the computer would contain downloaded images of child pornography. The issue is not whether downloaded images would be found, but whether evidence of possession would. Furthermore, all the circumstances must be considered, not just the presence of the two links. Bearing the real issue in mind, I will now turn to the appellant’s arguments that the ITO was incomplete and that it contained false or boilerplate allegations, and to those concerning the probative value of the police officers’ statements and the delay. I will conclude by discussing the reviewing judge’s decision in light of the standards set in *Garofoli*, *Araujo* and *Pires*.

B) *Omissions From the ITO and False and Boilerplate Allegations*

[148] The rule enunciated in *Garofoli* and *Araujo* is that where an ITO contains erroneous or misleading information, the reviewing judge must expunge that information, which will no longer be admissible. In the present case, the appellant raised concerns about the drafting of the ITO to both the reviewing judge and the Court of Appeal.

[149] Before the reviewing judge, the appellant contended that the allegations relating to the child, the toys and the webcam were inflammatory and unnecessary. The judge found, on the contrary, that this information had to be included in the ITO to provide full and frank disclosure. It was required in order to explain the fact that Mr. Hounjet did not report his concerns to the police but consulted with his mother first, after which he informed the social worker, who in turn contacted the RCMP. This explained the delay in applying for the search warrant.

[150] The appellant formulated his argument in a slightly different way in the Court of Appeal, as he

si la présence des liens intitulés « Lolita Porn » et « Lolita XXX » dans la liste des « favoris » de la barre des tâches du navigateur Web était suffisante pour établir que l’ordinateur pourrait contenir des images téléchargées de pornographie juvénile. La question n’est pas de savoir si on découvrirait des images téléchargées, mais si on trouverait des éléments prouvant la possession. De plus, toutes les circonstances, et non la seule présence des deux liens, doivent être prises en compte. C’est au regard de la véritable question à trancher que j’examinerai maintenant les arguments de l’appelant sur les allégations incomplètes, fausses ou standard contenues dans la dénonciation, sur la valeur probante des déclarations des policiers et sur le laps de temps écoulé avant la perquisition. Je conclurai en analysant la décision de la juge siégeant en révision à la lumière des normes établies dans les arrêts *Garofoli*, *Araujo* et *Pires*.

B) *Les omissions et les allégations fausses ou standard dans la dénonciation*

[148] Suivant la règle énoncée dans *Garofoli* et *Araujo*, lorsque la dénonciation contient des renseignements inexacts ou trompeurs, le juge siégeant en révision doit exclure ces renseignements, qui deviendront alors inadmissibles. En l’espèce, l’appelant a soulevé des questions quant au libellé de la dénonciation tant devant la juge siégeant en révision que devant la Cour d’appel.

[149] Devant la juge siégeant en révision, l’appelant a soutenu que les allégations relatives à l’enfant, aux jouets et à la webcam étaient incendiaires et superflues. La juge a conclu, au contraire, qu’une communication complète et sincère exigeait que ces renseignements figurent dans la dénonciation. Ils étaient nécessaires pour expliquer pourquoi M. Hounjet n’avait pas signalé ses craintes à la police, mais avait d’abord consulté sa mère, puis informé la travailleuse sociale, qui avait ensuite communiqué avec la GRC. Ces précisions expliquent le laps de temps écoulé avant la demande de mandat de perquisition.

[150] L’appelant a légèrement modifié son argument devant la Cour d’appel, prétendant que la

contended that the ITO contained boilerplate allegations, omissions, and erroneous statements. He submitted that the failure to mention that the child observed by Mr. Hounjet was his daughter and that the informant knew he resided with his wife could have misled the judge by creating an impression that the webcam and the toys were somehow linked to the offence of possession of child pornography, whereas there was no evidence supporting a conclusion that they were. The appellant also contended that the allegation that “the porn [was] removed” from the computer was false, since no child pornography was actually seen on the computer.

[151] As the reviewing judge indicated, the information concerning the presence of the child, the toys, and the webcam was necessary to convey to the authorizing judge Mr. Hounjet’s concerns about the safety of the child. These facts prompted Mr. Hounjet to contact the social services office first instead of the police. This in turn explains part of the delay. From this perspective, the facts that the appellant was the child’s father and that he resided with his wife were not determinative. In Mr. Hounjet’s mind, what was at stake was the safety of a child. In addition, as I will explain below, the presence of the child, the toys, and the webcam form part of the entire set of relevant circumstances the authorizing judge could consider in deciding whether to issue the warrant.

[152] In this Court, the appellant adds that the second paragraph of the ITO is a boilerplate statement. This paragraph reads:

The Informant is presently involved in an investigation into the activities of Urbain MORELLI, concerning violations of Section(s) 163.1(4) of the Criminal Code of Canada and in such capacity have access to and have reviewed the files and reports of other members of this police force who have been involved in this investigation and that the information received from them and referred to herein is based upon these files and reports and/or personal conversations with them.

[153] I cannot accept the appellant’s argument. The paragraph serves as contextual support for

dénonciation comportait des omissions, des allégations standard et des inexactitudes. Selon lui, le défaut de préciser que l’enfant vu par M. Hounjet était la fille de l’appelant et que le dénonciateur savait que l’appelant habitait avec sa femme était de nature à induire le juge en erreur en créant l’impression que la webcam et les jouets avaient un rapport quelconque avec l’infraction de possession de pornographie juvénile, alors qu’aucun élément de preuve ne justifiait cette conclusion. L’appelant a également soutenu que l’allégation selon laquelle [TRADUCTION] « la porno avait été supprimée » de l’ordinateur était fautive étant donné qu’aucune pornographie juvénile n’avait effectivement été vue sur son ordinateur.

[151] Comme l’a indiqué le juge siégeant en révision, les renseignements relatifs à la présence de l’enfant, des jouets et de la webcam étaient nécessaires pour signaler les craintes de M. Hounjet pour la sécurité de l’enfant au juge appelé à autoriser la perquisition. Ces faits ont incité M. Hounjet à communiquer en premier lieu avec les services sociaux plutôt qu’avec la police, ce qui explique en partie le laps de temps écoulé. De ce point de vue, le fait que l’appelant soit le père de l’enfant et le fait qu’il habite avec son épouse n’étaient pas déterminants. Dans l’esprit de M. Hounjet, la sécurité d’un enfant était en jeu. En outre, comme je l’expliquerai plus loin, la présence de l’enfant, des jouets et de la webcam font partie de l’ensemble des circonstances pertinentes dont le juge appelé à autoriser la perquisition pouvait tenir compte.

[152] Devant notre Cour, l’appelant ajoute que le deuxième paragraphe de la dénonciation, reproduit ci-dessous, est une déclaration standard :

[TRADUCTION] Le dénonciateur participe actuellement à une enquête sur les activités d’Urbain MORELLI, concernant des infractions prévues au(x) paragraphe(s) 163.1(4) du Code criminel du Canada et, à ce titre, il a accès aux dossiers et rapports d’autres membres de son corps de police qui ont participé à l’enquête et il en a pris connaissance, et que les renseignements émanant d’eux et mentionnés dans les présentes proviennent de ces dossiers et rapports et/ou de conversations personnelles avec eux.

[153] Je ne peux accepter l’argument de l’appelant. Ce paragraphe sert à situer l’enquête dans son

the description of the investigation. It is preceded by a description of the informant's duties with the RCMP and by the statement that, except where otherwise mentioned, he has personal knowledge of the facts, and that he believes the facts of which he does not have personal knowledge to be true. In cross-examination, counsel for the appellant drew out the fact that the only police reports were those of the informant and of the other officer who was initially contacted by the social worker.

[154] Since the details of the investigation are set out in the paragraphs which follow the impugned statement, the authorizing judge could hardly read more into this introductory paragraph than what was said in the ITO. The reviewing judge and the majority of the Court of Appeal did not find that the allegations in the ITO were misleading and needed to be expunged. Even with this new argument added by the appellant in this Court, their findings should, in my view, be upheld. There is no indication that the allegations were meant to mislead or were so lacking in informational context that they should be excised from the ITO.

[155] Finally, the appellant argues that the references to the removal of child pornography are false, because what was actually seen on the computer was not child pornography, but two links labelled "Lolita Porn" and "Lolita XXX". I do not agree with the appellant's characterization of the statements in the ITO. There could be no confusion about what was seen. In para. 5 of the ITO, "Lolita Porn" appears in quotation marks, and it is subsequently referred to in para. 10 as an "icon". The information set out in para. 10 is more detailed, as the informant gives a fuller account there of the statement made by Mr. Hounjet. There is no question that what had, according to Mr. Hounjet, been removed from the computer were the links in the "favourites" list to child pornography. Therefore the authorizing judge must have understood this to be the case.

contexte factuel. Il est précédé d'une description des fonctions du dénonciateur au sein de la GRC et d'une déclaration portant que, sauf indication contraire, il a une connaissance personnelle des faits et qu'il croit sincèrement à ceux dont il n'a pas une telle connaissance. Selon les réponses obtenues en contre-interrogatoire par l'avocat de l'appellant, les seuls rapports de police étaient le sien et celui de la policière avec qui la travailleuse sociale avait initialement communiqué.

[154] L'enquête étant décrite en détail dans les paragraphes qui suivent l'énoncé contesté, le juge qui a autorisé la perquisition pouvait difficilement inférer du paragraphe introductif plus que n'en disait la dénonciation. Or, la juge siégeant en révision et les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas conclu que les allégations figurant dans la dénonciation étaient trompeuses et devaient être supprimées. Même à la lumière de cet argument additionnel que l'appellant soulève devant notre Cour, leurs conclusions devraient, à mon avis, être confirmées. Rien ne donne à penser que les allégations visaient à tromper le lecteur ou étaient si peu révélatrices des circonstances qu'elles devraient être retranchées de la dénonciation.

[155] En dernier lieu, l'appellant soutient que les allégations selon lesquelles de la pornographie juvénile aurait été supprimée sont fausses étant donné que ce sont seulement deux liens intitulés « Lolita Porn » et « Lolita XXX », et non de la pornographie juvénile, qui ont été vus sur l'ordinateur. Je n'accepte pas la façon dont l'appellant caractérise les déclarations qui figurent dans la dénonciation. Ce qui a été vu ne prête nullement à confusion. Les mots « Lolita Porn » figurent entre guillemets au par. 5 de la dénonciation et sont décrits comme une « icône » au par. 10. Les renseignements énoncés dans ce dernier paragraphe sont plus précis : le dénonciateur y relate plus en détail la déposition de M. Hounjet. Il ne fait aucun doute que les éléments qui ont été supprimés de l'ordinateur, selon M. Hounjet, étaient les liens relatifs à la pornographie juvénile figurant dans la liste des « favoris ». C'est donc ainsi que le juge qui a autorisé la perquisition a dû interpréter ses propos.

[156] Hunter J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, acknowledged that the drafting of the ITO was “less than perfect” (para. 51). But she found that the statements “do not breach the requirement of full and frank disclosure, nor trick the reader” (para. 58). I agree. Although the ITO could have been more elaborate in many respects, I agree with both the reviewing judge and the majority of the Court of Appeal that the omissions the appellant complains of do not support a conclusion that the ITO was so deficient that it did not provide the authorizing judge with a sufficiently credible factual basis.

C) *Probative Value of the Police Officers' Statements*

[157] In para. 12 of the ITO, the informant indicated that he had spoken with Cpl. Boyce, who had stated that “these type[s] of offenders are habitual and will continue their computer practices with child pornography”. Cpl. Boyce had added that “this information will remain inside the hard drive of the computer and can be stored on media devices such as compact disks and floppy disks”. In para. 13, the informant related a conversation with Cst. Huisman, who had stated that “offenders treasure collections on their computer and like to store them and create backup’s [sic] in case they loose it [sic]”.

[158] The appellant contends that these officers were not qualified to provide opinion evidence on child pornography and that there was no basis for concluding that he was a habitual child pornography offender.

[159] More contextual information on both the subject matter of the officers’ statements and their source would have made it easier to understand and assess them. However, there is no indication that the officers were not qualified or that there was

[156] La juge Hunter, qui a rédigé l’opinion majoritaire de la Cour d’appel, a reconnu que le libellé de la dénonciation était [TRADUCTION] « loin d’être parfait » (par. 51). Elle a néanmoins conclu que les déclarations [TRADUCTION] « ne vont pas à l’encontre de l’obligation de communiquer les renseignements de façon complète et sincère et n’induisent pas le lecteur en erreur » (par. 58). Je suis d’accord. Certes, la dénonciation aurait pu être plus détaillée à bien des égards, mais, à l’instar de la juge siégeant en révision et des juges majoritaires de la Cour d’appel, je suis d’avis que les omissions dont se plaint l’appellant ne permettent pas de conclure que la dénonciation était lacunaire au point de ne pas fournir au juge qui a autorisé la perquisition une preuve factuelle crédible suffisante.

C) *La valeur probante des déclarations des policiers*

[157] Au paragraphe 12 de la dénonciation, le dénonciateur dit qu’il a parlé au caporal Boyce et que, selon ce dernier, [TRADUCTION] « les délinquants de ce type sont des délinquants d’habitude qui ne cesseront pas leurs pratiques informatiques en matière de pornographie juvénile ». Le caporal Boyce a ajouté que [TRADUCTION] « ces données demeureront sur le disque dur de l’ordinateur et peuvent être stockées sur d’autres supports, comme des disques compacts ou des disquettes ». Au paragraphe 13, le dénonciateur relate une conversation au cours de laquelle l’agent Huisman lui a dit que [TRADUCTION] « les délinquants conservent précieusement des collections dans leur ordinateur et aiment les stocker et en faire des sauvegardes au cas où ils les perdraient ».

[158] Selon l’appellant, ces policiers n’étaient pas compétents pour rendre un témoignage d’opinion en matière de pornographie juvénile, et rien ne permettait de conclure qu’il était un pédopornophile d’habitude.

[159] Des renseignements contextuels complémentaires concernant les déclarations des policiers et leur source en auraient facilité la compréhension et l’évaluation. Toutefois, rien n’indique que les policiers n’étaient pas compétents pour rendre un tel

any intention to mislead. Consequently, it was open to the reviewing judge to receive evidence which amplified the information and conclude that the authorizing judge was provided with sufficient evidence.

[160] The ITO indicated that Cpl. Boyce was with the RCMP's Technological Crime Unit in Regina and that Cst. Huisman was with the Saskatoon Police Service's Vice Unit. The reviewing judge learned from the examination of the informant, Cst. Ochitwa, that he had had advance knowledge of Cpl. Boyce's expertise in computer technology. Indeed, Cpl. Kusch of the RCMP, who was originally in charge of the investigation, had also contacted Cpl. Boyce with regard to the links and their relationship to child pornography. As for Cst. Huisman, the informant had contacted him at the suggestion of a Crown prosecutor in Regina. Cst. Ochitwa understood Cst. Huisman to be an expert in child pornography as a result of conversations he had had both with the Crown prosecutor and with Cst. Huisman himself.

[161] Obtaining clarifications that might demonstrate that the officers were not qualified to provide the information they did was within the purview of the *voir dire*. Defence counsel cross-examined the informant in the course of that proceeding and did little to undermine the credibility of the evidence. The only fact that was added as a result of the cross-examination was that the informant did not know how long the officers had been working in their units. If defence counsel thought they were not qualified, he could have examined them individually. This, however, would have entailed risks counsel may not have wanted to take. An appeal should not be a forum for belatedly correcting strategic decisions that did not turn out as counsel would have hoped.

[162] It was neither inappropriate nor erroneous to rely on the information provided by Cpl. Boyce and Cst. Huisman about the propensity of child pornography offenders to collect and hoard such materials. Indeed, this propensity, which seems to

témoignage ni ne permet de croire à une intention d'induire en erreur. Par conséquent, la juge siégeant en révision pouvait admettre une preuve complétant la dénonciation et conclure que le juge qui a autorisé la perquisition disposait d'une preuve suffisante.

[160] La dénonciation indiquait que le caporal Boyce faisait partie du Groupe de la criminalité technologique de la GRC à Regina et que l'agent Huisman appartenait à l'escouade de la moralité du service de police de Saskatoon. La juge siégeant en révision a appris lors de l'interrogatoire du gendarme Ochitwa, le dénonciateur, qu'il était déjà au courant de l'expertise du caporal Boyce en technologie informatique. En effet, la caporale Kusch de la GRC, initialement responsable de l'enquête, avait également communiqué avec le caporal Boyce à propos des liens et de leur rapport avec la pornographie juvénile. Quant à l'agent Huisman, le dénonciateur avait communiqué avec lui à la suggestion d'un procureur de la Couronne de Regina. Le gendarme Ochitwa a conclu que l'agent Huisman était un expert en matière de pornographie juvénile après s'être entretenu avec lui et avec le procureur.

[161] Le voir-dire constituait la tribune pertinente pour obtenir des précisions susceptibles de démontrer que les policiers n'étaient pas compétents pour fournir les renseignements qu'ils ont donnés. L'avocat de la défense a contre-interrogé le dénonciateur lors de cette procédure, mais il n'a guère réussi à miner la crédibilité de la preuve. Seul fait nouveau révélé lors du contre-interrogatoire : le dénonciateur ne savait pas depuis combien de temps les policiers faisaient partie de leur unité respective. Si l'avocat de la défense avait des raisons de croire qu'ils n'étaient pas compétents, il lui était loisible de les interroger personnellement. Toutefois, cette stratégie aurait comporté des risques que l'avocat ne souhaitait peut-être pas courir. La procédure d'appel ne saurait être utilisée pour corriger tardivement une décision stratégique qui n'a pas donné les résultats escomptés.

[162] Il n'était ni inapproprié ni erroné de se fonder sur les renseignements fournis par le caporal Boyce et l'agent Huisman concernant la propension des pédopornophiles à collectionner et à accumuler du matériel illicite. En effet, une telle inclination,

be notorious, has been accepted in numerous child pornography cases as part of the factual backdrop giving rise to reasonable and probable grounds for issuing search warrants, and it has also been noted in the academic commentary on child pornography: *R. v. Neveu*, 2005 NSPC 51, 239 N.S.R. (2d) 59, at paras. 15-17; *R. v. Fawthrop* (2002), 161 O.A.C. 350, at para. 14; *United States v. Gourde*, 440 F.3d 1065 (9th Cir. 2006), at pp. 1068 and 1072; *United States v. Martin*, 426 F.3d 68 (2d Cir. 2006), at pp. 72 and 75; *United States v. Shields*, 458 F.3d 269 (3rd Cir. 2006), at p. 279; *Davidson v. United States*, 213 Fed.Appx. 769 (11th Cir. 2006), at p. 771; *United States v. Falso*, 544 F.3d 110 (2d Cir. 2008); *United States v. Perrine*, 518 F.3d 1196 (10th Cir. 2008), at p. 1206; M. Taylor and E. Quayle, *Child Pornography: An Internet Crime* (2003), chapter 7, “The process of collecting”. Even if a lay person would not necessarily know that child pornography offenders collect such material, this appears to be something law enforcement officials working in computer technology or vice units encounter frequently. Testimony about this fact cannot therefore be compared to testimony about novel technology or science: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

[163] I would not dismiss the impugned statements on the basis that, because the proof of the officers’ expertise was insufficient, their statements have no probative value. Providing the judge with the officers’ credentials could have enhanced or reduced the probative value of their statements. However, the positions the officers held in their respective forces was sufficient to support a conclusion that their statements had sufficient probative value to be included in the ITO.

[164] As for the appellant’s second argument, that there was no basis for the officers to say that he was a habitual child pornography offender, it can be disposed of by pointing out that it is not what the officers stated. The conversations between the informant and the other officers took place several

notoire semble-t-il, a été admise dans de nombreuses affaires de pornographie juvénile parmi les faits qui constituent des motifs raisonnables et probables justifiant la délivrance de mandats de perquisition et elle a également été constatée dans la doctrine sur le sujet : *R. c. Neveu*, 2005 NSPC 51, 239 N.S.R. (2d) 59, par. 15-17; *R. c. Fawthrop* (2002), 161 O.A.C. 350, par. 14; *United States c. Gourde*, 440 F.3d 1065 (9th Cir. 2006), p. 1068 et 1072; *United States c. Martin*, 426 F.3d 68 (2d Cir. 2006), p. 72 et 75; *United States c. Shields*, 458 F.3d 269 (3rd Cir. 2006), p. 279; *Davidson c. United States*, 213 Fed.Appx. 769 (11th Cir. 2006), p. 771; *United States c. Falso*, 544 F.3d 110 (2d Cir. 2008); *United States c. Perrine*, 518 F.3d 1196 (10th Cir. 2008), p. 1206; M. Taylor et E. Quayle, *Child Pornography : An Internet Crime* (2003), chapitre 7, « The process of collecting ». Même si les profanes ne savent pas nécessairement que les pédopornophiles collectionnent ce genre de matériel, il s’agit d’un comportement que les responsables de l’application de la loi travaillant dans le domaine de la technologie informatique ou faisant partie des escouades de la moralité observent fréquemment. Par conséquent, on ne peut comparer les témoignages sur ce fait aux témoignages sur les nouveautés technologiques ou scientifiques : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

[163] Je ne saurais écarter les déclarations contestées comme dénuées de valeur probante du fait que la preuve de la compétence des policiers n’était pas suffisante. On aurait pu renforcer ou diminuer, selon le cas, la force probante de leurs déclarations en fournissant au juge les titres de compétence des policiers. Toutefois, vu les postes occupés par les intéressés dans leur service respectif, il était permis de conclure que la valeur probante de leurs déclarations était suffisante pour qu’elles soient incluses dans la dénonciation.

[164] En ce qui concerne le deuxième argument de l’appelant, à savoir que rien ne permettait aux policiers de déclarer qu’il était un pédopornophile d’habitude, il suffit de souligner que ce n’est pas ce que les policiers ont affirmé. Les conversations entre le dénonciateur et les autres policiers ont eu

months after Mr. Hounjet's visits, and they related to what material might be found in the computer and whether material would still be found there despite the time elapsed between the visits and the swearing of the ITO. These are facts that the informant had to put before the authorizing judge.

[165] In the body of the ITO, the officers' statements were placed after the description of the facts giving rise to the grounds to believe that evidence of the commission of the offence would have been found at the time of Mr. Hounjet's visits. I agree with the appellant that the statements could not be used to characterize him as a type of person who is likely to be a child pornography offender. Indeed, the officers were never asked to make such a statement about the appellant, and they offered no opinion on this point.

[166] It was for the reviewing judge to decide whether the allegations put before the authorizing judge, as amplified, could provide a credible basis for concluding that evidence of the possession of child pornography would likely be found in the computer. Hunter J.A. agreed with the reviewing judge that they could. As I explain in greater detail below, I also agree, having regard to all the facts, that there was a basis for the reviewing judge to draw the necessary inferences.

[167] The appellant also contends that the meaning of the expression "type of offenders" needs to be explained to be understood. I cannot accept this argument. Although police officers should draft ITOs as precisely and clearly as possible, reviewing judges must attempt to make sense of the material that is presented to them and request details or additional information if they feel an ITO is not clear on an important element. The reviewing judge in this case concluded, rightly in my view, that the allegations made sense.

lieu plusieurs mois après les visites de M. Hounjet et concernaient la nature du matériel susceptible d'être découvert dans l'ordinateur et la probabilité qu'on en trouve encore à l'intérieur en dépit du laps de temps écoulé entre les visites et le dépôt de la dénonciation. Ce sont des faits que le dénonciateur devait présenter au juge qui a autorisé la perquisition.

[165] Dans le corps de la dénonciation, les déclarations des policiers sont placées après la description des faits donnant des motifs de croire que des éléments de preuve de la commission de l'infraction auraient été découverts au moment des visites de M. Hounjet. Je conviens avec l'appelant que ces déclarations ne pourraient servir de fondement à la conclusion qu'il est le type de personne susceptible d'être un pédopornophile. D'ailleurs, les policiers n'ont jamais été invités à faire une telle déclaration au sujet de l'appelant et n'ont émis aucune opinion à cet égard.

[166] C'est à la juge siégeant en révision qu'il appartenait de déterminer si les allégations soumises au juge qui a autorisé la perquisition pouvaient, après amplification, fournir un fondement crédible à la conclusion que des éléments de preuve de la possession de pornographie juvénile pourraient probablement être découverts dans l'ordinateur. La juge Hunter a souscrit à la conclusion, tirée par la juge siégeant en révision, que tel était le cas. Comme je l'expliquerai en détail plus loin, je suis également d'accord, après avoir examiné tous les faits, pour dire qu'il existait un fondement à partir duquel la juge siégeant en révision pouvait faire les inférences requises.

[167] L'appelant soutient en outre que le sens de l'expression « les délinquants de ce type » ne peut être comprise sans explications. Je ne peux lui donner raison sur ce point. Il est certes souhaitable que les policiers rédigent des dénonciations aussi précises et claires que possible, mais les juges siégeant en révision doivent s'efforcer de donner un sens aux éléments soumis à leur attention et demander des précisions ou des renseignements additionnels s'ils estiment qu'un élément important de la dénonciation demande à être clarifié. La juge siégeant en révision a conclu, à bon droit selon moi, que les déclarations avaient un sens.

D) *Delay Elapsed Between Mr. Hounjet's Visits and the Swearing of the ITO*

[168] The appellant submits that in view of the four-month delay after Mr. Hounjet had noticed the links on his computer, it was not reasonable to conclude that he still had the computer in question in his residence and that any “child pornography” was still in the house when the ITO was sworn.

[169] The issue of the delay was raised — unsuccessfully — both before the reviewing judge and in the Court of Appeal. The reviewing judge was satisfied that the inquiry made at SaskTel on January 8, 2003 to determine whether the appellant had an active Internet connection disposed of any question about whether the appellant still had his computer. She found:

It logically follows that the subscription could only be utilized with a computer. The Justice of the Peace could have been satisfied that there was a basis for Cst. Ochitwa to believe the accused's computer was in the premises that were the subject of the search warrant. [para. 21]

[170] In assessing the appellant's argument on delay, the Court of Appeal also referred to the statements in the ITO about how material is stored in a computer. Hunter J.A., for the majority, concluded:

Therefore, on reading the whole of the Information, the delay was disclosed. There was adequate information about the storage of materials on a computer, together with evidence confirming the current residence of the appellant and a continuing Internet connection, for the justice of the peace to have reasonable grounds to believe that the item(s) sought was in the computer in the appellant's residence. [para. 50]

[171] This conclusion should, in my view, be upheld. The appellant's contention that it was not reasonable for the judge to conclude that the computer would still be in the residence four months after Mr. Hounjet's visits is not valid. Unlike in the case of food or other goods with a short useful

D) *Le laps de temps écoulé entre les visites de M. Hounjet et le dépôt de la dénonciation*

[168] L'appelant fait valoir que, compte tenu des quatre mois écoulés après que M. Hounjet a noté la présence des liens sur son ordinateur, il n'était pas raisonnable de conclure que l'ordinateur en question se trouvait encore chez lui et que de la « pornographie juvénile » s'y trouvait toujours au moment du dépôt de la dénonciation.

[169] La question du laps de temps a été soulevée — sans succès — tant devant la juge siégeant en révision que devant la Cour d'appel. La première était d'avis que la demande de renseignements présentée à SaskTel, le 8 janvier 2003, afin de déterminer si la résidence de l'appelant possédait toujours une connexion active à l'Internet, avait définitivement réglé la question de savoir s'il avait conservé son ordinateur. Elle a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION] Il en découle logiquement que le service ne pouvait être utilisé qu'avec un ordinateur. Le juge de paix pouvait être convaincu que le gendarme Ochitwa avait des motifs de croire que l'ordinateur de l'accusé se trouvait sur les lieux visés par le mandat de perquisition. [par. 21]

[170] Au moment d'examiner l'argument de l'appelant concernant le laps de temps écoulé, la Cour d'appel s'est aussi appuyée sur les éléments de la dénonciation traitant du stockage de matériel dans un ordinateur. La juge Hunter, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu :

[TRADUCTION] Par conséquent, il ressort de la dénonciation dans son ensemble que le laps de temps a été révélé. Les renseignements relatifs au stockage de matériel sur un ordinateur, ainsi que les éléments de preuve confirmant la résidence actuelle de l'appelant et l'inter interruption du service Internet, étaient suffisants pour que le juge de paix ait des motifs raisonnables de croire que les éléments recherchés se trouvaient dans l'ordinateur chez l'appelant. [par. 50]

[171] À mon avis, cette conclusion devrait être confirmée. L'argument de l'appelant selon lequel le juge ne pouvait raisonnablement conclure que l'ordinateur se trouverait encore chez lui quatre mois après les visites de M. Hounjet ne tient pas. Il n'y avait aucune raison de présumer, comme ce

lifespan, there was no reason to presume that the appellant would have changed his computer within four months after the visits. In addition, there was no indication that the computer was in any way in need of being replaced. It was therefore appropriate for the informant to rely on common sense and on the ongoing subscription to an Internet connection to support his allegation that the computer was still in the appellant's residence. A further issue was whether there would still be evidence of the possession of child pornography in the computer. Even if it had been doubtful that the *same* computer was still in the residence, the police officers' statements concerning the proclivity of child pornography users to save and collect such material would have alleviated most concerns about the likelihood of finding evidence of possession of child pornography.

[172] I have already discussed the admissibility of the statements of Cpl. Boyce and Cst. Huisman. It was on the issue of the delay that they became relevant. As stated in the ITO, Cpl. Boyce said that "these type of offenders are habitual and will continue their computer practices with child pornography". He added that "this information will remain inside the harddrive of the computer and can be stored on media devices". These statements could serve as a basis for concluding that it was reasonable to believe that, if the appellant was this type of offender, evidence of the offence would still be found in the computer after four months. The evidence in question would relate to the appellant's computer practices and would continue to be stored in the computer or on media devices. Cst. Huisman's statement, found in the ITO, that "offenders treasure collections on their computer and like to store them and create backup's [*sic*] in case they loose it [*sic*]" is also relevant to the delay.

serait le cas s'il s'agissait de nourriture ou d'autres produits dont la vie utile est courte, que l'appellant avait changé d'ordinateur dans les quatre mois suivant les visites. De plus, rien n'indiquait que l'ordinateur devait être remplacé pour quelque raison que ce soit. Le dénonciateur pouvait donc s'en remettre au bon sens et au fait que le service Internet n'avait pas été interrompu pour étayer son allégation selon laquelle l'ordinateur se trouvait toujours chez l'appellant. Restait ensuite la question de savoir si des éléments de preuve relatifs à la possession de pornographie juvénile se trouveraient encore dans l'ordinateur. Même si des doutes avaient subsisté quant à la présence continue de *cet* ordinateur chez l'appellant, les déclarations des policiers concernant la propension des pédopornophiles à faire des copies de sauvegarde et à constituer des collections auraient dissipé la plupart des préoccupations quant à la probabilité de trouver des éléments de preuve relatifs à la possession de pornographie juvénile.

[172] J'ai déjà traité de l'admissibilité des déclarations du caporal Boyce et de l'agent Huisman. C'est en rapport avec la question du laps de temps écoulé qu'elles sont devenues pertinentes. Selon la dénonciation, le caporal Boyce a dit que [TRADUCTION] « les délinquants de ce type sont des délinquants d'habitude qui ne cesseront pas leurs pratiques informatiques en matière de pornographie juvénile ». Il a ajouté que « ces données demeureront sur le disque dur de l'ordinateur et peuvent être stockées sur d'autres supports ». Sur la foi de ces déclarations, le juge pouvait conclure que, si l'appellant était un délinquant de ce type, il était raisonnable de croire que des éléments de preuve de l'infraction seraient découverts dans l'ordinateur quatre mois plus tard. La preuve en question porterait sur les pratiques informatiques de l'appellant et demeurerait stockée dans l'ordinateur ou sur d'autres supports. La déclaration de l'agent Huisman, mentionnée dans la dénonciation, voulant que [TRADUCTION] « les délinquants conservent précieusement des collections dans leur ordinateur et aiment les stocker et en faire des sauvegardes au cas où ils les perdraient » est également pertinente en ce qui a trait au laps de temps écoulé.

[173] In child pornography cases, Canadian and American courts have frequently upheld warrants issued months and even years after the occurrence of the facts relied upon for the search. In their decisions, they have relied on various combinations of three elements: the proclivity of offenders to collect child pornography, the application of common sense in light of the nature of the material, and the ability of computer forensics examiners to recover data. For example, in *Neveu* more than four years had elapsed between the closing of a Web site on which paying subscribers accessed child pornography and the issuance of the warrants. In *Neveu*, the judge explained his rejection of a staleness argument as follows:

Child pornographic images on the other hand, as disclosed in the Information to Obtain, are likely held for much longer periods of time by individuals who purchase them than the items mentioned above. In addition to relying on the opinion to that effect set out in the Information to Obtain herein, the issuing Justice could have also concluded, employing her common sense, that the retention of child pornographic images is likely more analogous to the lawful acquisition and collection of books, C.D.'s, D.V.D.'s, photographs, paintings and such items which offer the prospect of ongoing enjoyment thereby giving them their collectable nature. Collectible items are distinctively different than items which are consumable or acquired for quick resale. [para. 15]

Similarly in *R. v. Graham*, 2007 CarswellPEI 80 (Prov. Ct.), at paras. 27-32, aff'd 2008 PESCAD 7, 277 Nfld. & P.E.I.R. 103, the warrant was initially issued four years after the alleged downloading (although in that case the warrant was quashed on review on other grounds). Examples also abound in the United States: *Gourde* (four months); *Shields*, at p. 279 (nine months); *Perrine* (111 days); *United States v. Terry*, 522 F.3d 645 (6th Cir. 2008) (five months).

[174] If the offence of possession of child pornography is approached as one that requires evidence of past or present control of the prohibited material and does not require evidence that the prohibited

[173] En matière de pornographie juvénile, les tribunaux canadiens et américains ont fréquemment confirmé des mandats décernés des mois, voire des années, après la survenance des faits sur lesquels la perquisition était fondée. Dans leurs décisions, ils se sont appuyés sur diverses combinaisons des trois éléments suivants : la propension des délinquants à collectionner de la pornographie juvénile, le recours au bon sens compte tenu de la nature du matériel et la capacité des experts en informatique judiciaire de récupérer des données. Par exemple, dans *Neveu*, plus de quatre ans s'étaient écoulés entre la fermeture d'un site Web donnant accès à de la pornographie juvénile à des abonnés payants et la délivrance des mandats de perquisition. Dans *Neveu*, le juge a expliqué son rejet de l'argument fondé sur la tardiveté en ces termes :

[TRADUCTION] Par contre, comme l'indique la dénonciation en vue d'obtenir un mandat, les images de pornographie juvénile sont vraisemblablement conservées par les personnes qui se les procurent pour des périodes beaucoup plus longues que les choses susmentionnées. La juge saisie de la demande pouvait se fonder sur l'avis formulé en ce sens dans la dénonciation, mais elle aurait également pu conclure, en s'en remettant au bon sens, que la conservation de pornographie juvénile s'apparente probablement davantage au fait de se procurer et de collectionner, en toute légalité, des livres, CD, DVD, photographies, toiles et autres articles de cette nature pouvant être appréciés longtemps, ce qui leur donne la qualité d'objets de collection. Ceux-ci sont nettement différents des choses destinées à être consommées ou acquises pour être revendues rapidement. [par. 15]

De même, dans *R. c. Graham*, 2007 CarswellPEI 80 (C. prov.), par. 27-32, conf. par 2008 PESCAD 7, 277 Nfld. & P.E.I.R. 103, le mandat avait été délivré à l'origine quatre ans après le téléchargement allégué (dans cette affaire, le mandat a toutefois été annulé pour d'autres motifs lors de la révision). Les exemples abondent également aux États-Unis : *Gourde* (quatre mois); *Shields*, p. 279 (neuf mois); *Perrine* (111 jours); *United States c. Terry*, 522 F.3d 645 (6th Cir. 2008) (cinq mois).

[174] Ayant déterminé que l'infraction de possession de pornographie juvénile exige la preuve du contrôle, actuel ou passé, du matériel prohibé et non celle du téléchargement ou de la sauvegarde

material has been downloaded or permanently saved, little needs to be added on the issue of delay. What does require examination is the constellation of facts that could serve as a basis for the judge to characterize the appellant as a “type of offender” who is likely to collect prohibited material. I will turn to this question now.

E) *Sufficiency of the Grounds for Issuing the Warrant*

[175] It is important to mention the standard of review: the reviewing judge does not substitute his or her opinion on the sufficiency of the grounds for authorizing the search for that of the authorizing judge. I reiterate Charron J.’s comment in *Pires* (at para. 30) that in a *Garofoli* hearing, the basis for exclusion is relatively narrow. The reviewing judge “only inquires into whether there was any basis upon which the authorizing judge could be satisfied that the relevant statutory preconditions existed” (para. 30).

[176] As I mentioned above in para. 130, the reviewing judge determines whether there was credible evidence on which the issuing judge’s decision could be based. To conduct this inquiry, the judge can look not only at the ITO but also at the evidence as amplified at the review hearing.

[177] In the case at bar, the appellant focuses on the presence of two links in the “favourites” list of his Web browser’s taskbar. However, the overall circumstances go beyond the mere presence of those two links. They can be briefly outlined as follows:

1. *Surprise*: The appellant appeared surprised when Mr. Hounjet arrived at his residence. In itself, this fact could be seen as neutral. However, the sequence of events that followed Mr. Hounjet’s arrival shaped the information and gave it significance.

permanente de ce matériel, j’estime qu’il n’y a pas lieu d’en dire davantage sur la question du laps de temps écoulé. En revanche, nous devons analyser l’ensemble des faits sur lesquels le juge peut s’appuyer pour considérer l’appelant comme un « délinquant de ce type », susceptible de collectionner du matériel prohibé. J’étudierai maintenant cette question.

E) *La suffisance des motifs justifiant la délivrance du mandat*

[175] Il importe de mentionner la norme de contrôle applicable : le juge siégeant en révision ne substitue pas son avis sur la suffisance des motifs justifiant la perquisition à celui du juge qui l’a autorisée. Je reprends les commentaires de la juge Charron dans *Pires* (par. 30) selon lesquels, à l’occasion d’une audience de type *Garofoli*, les motifs justifiant l’exclusion sont relativement restreints. « La seule question que se pose le juge siégeant en révision à l’occasion d’une audience de type *Garofoli* est de savoir s’il existait des motifs qui permettaient au juge ayant accordé l’autorisation d’être convaincu de la présence des conditions légales préalables pertinentes » (par. 30).

[176] Comme je l’ai déjà indiqué au par. 130, le juge siégeant en révision détermine si la décision du juge qui a délivré le mandat pouvait se fonder sur des éléments de preuve crédible. Le juge peut examiner non seulement la dénonciation, mais aussi la preuve présentée pour la compléter pendant l’audience en révision.

[177] En l’espèce, l’appelant réduit la question à la présence de deux liens dans la liste des « favoris » de la barre des tâches de son navigateur Web. Les circonstances dans leur ensemble ne se limitent cependant pas à la seule présence de ces deux liens dans les favoris. En voici un bref exposé :

1. *Surprise* : L’appelant s’est montré surpris lorsque M. Hounjet s’est présenté chez lui. Ce fait en soi peut être perçu comme dénué de signification. Cependant, l’enchaînement des faits qui ont suivi l’arrivée du technicien a donné une autre dimension et un sens à cette information.

2. *Interest in both adult and child pornography:* While Mr. Hounjet worked on the computer, he noticed links to adult and child pornography in the “favourites” list of the Web browser’s taskbar. He also noticed a pornographic image, but he could not remember afterwards if it was on the browser’s home page or on the computer desktop. The image was so “graphic” that he wondered if the appellant’s wife “let him view and keep it on as their desktop”.
2. *Intérêt à l’égard de la pornographie tant adulte que juvénile :* Pendant qu’il travaillait dans l’ordinateur, M. Hounjet a remarqué des liens vers des sites de pornographie adulte et juvénile dans la liste des « favoris » de la barre des tâches du navigateur Web. Il a également remarqué une image pornographique, mais il a été incapable de se rappeler par la suite si elle se trouvait sur la page d’accueil du navigateur ou de l’ordinateur. L’image était tellement « crue » qu’il s’est demandé si l’épouse de l’appelant « le laissait la regarder et l’afficher en arrière-plan sur le bureau de l’ordinateur ».
3. *Conspicuous interest in pornography:* The presence of adult pornography does not in itself support a finding that the alleged offence was committed. However, when either the desktop or the Web browser’s home page has been customized by adding an image, the image becomes unavoidable and can be evidence that the user has a conspicuous interest in pornography. This conclusion is reinforced by the presence of the links to adult pornography in the “favourites” list.
3. *Intérêt évident pour la pornographie :* La présence de pornographie adulte n’est pas en soi un élément tendant à démontrer la commission de l’infraction reprochée. Cependant, dès lors que la page d’accueil du navigateur Web ou de l’ordinateur est personnalisée par l’ajout d’une image, cette image devient incontournable et peut démontrer chez l’appelant un intérêt évident pour la pornographie. Cette conclusion est étayée par la présence des liens vers des sites de pornographie adulte dans la liste des « favoris ».
4. *Pronounced interest in child pornography:* The fact that there was more than one link to child pornography supported an inference that the appellant’s interest in child pornography was pronounced.
4. *Intérêt marqué pour la pornographie juvénile :* La présence de plus d’un lien vers des sites de pornographie juvénile permettait d’inférer chez l’appelant un intérêt marqué pour le sujet.
5. *Deliberate acts:* The facts that the links to adult and child pornography were placed in the “favourites” list and that there was a pornographic image either on the home page or on the desktop were evidence that the computer user had placed them there deliberately.
5. *Acte délibéré :* Les faits que les liens vers des sites de pornographie adulte et juvénile se trouvaient dans la liste des « favoris » et qu’une image pornographique figurait sur la page d’accueil du navigateur ou de l’ordinateur démontraient que l’utilisateur de l’ordinateur les y avait placés de façon délibérée.
6. *Intention to facilitate access:* The fact that the impugned links were in the “favourites” list of the Web browser’s taskbar supported inferences that the sites to which they led were ones the user intended to access easily and that they may have been placed there for regular use.
6. *Intention de faciliter l’accès :* La présence des liens en cause dans la liste des « favoris » de la barre des tâches du navigateur Web justifiait d’inférer que l’utilisateur avait l’intention d’avoir facilement accès aux sites vers lesquels les liens renvoyaient et qu’ils y avaient peut-être été placés pour consultation régulière.

7. *Use of multiple devices to record images:* The presence of a webcam connected to a videotape recorder and of videotapes, both labelled and unlabelled, supported an inference that the computer user was in the habit of recording images on videotapes or other devices, that the practice was current, and that the user had multiple devices on which images could be stored so that he could view them at will.
8. *Current practice of recording images:* The fact that the camera was pointed at the child and the toys while it was connected to the videotape recorder indicated that the practice of recording images was current.
9. *Acts to avoid arousing suspicion:* The fact that upon Mr. Hounjet's return the next day, the camera had been turned toward the computer user's seat supported an inference that the appellant had deliberately moved it to avoid arousing suspicion occasioned by the fact that it was initially pointed at the child's play area.
10. *Acts to prevent the technician from seeing the links to pornography and the image:* The fact that at the time of the second visit, the computer had been formatted and all the links to pornography, including in particular the two links to child pornography, as well as the image seen either on the home page or on the desktop had been removed supported an inference that the appellant wanted to prevent the technician from seeing the links and the image, or from accessing some other similar content.
11. *Connection between the "tidying up" and the removal of the pornographic material:* The fact that the videotapes had been put away before the second visit indicated that the appellant was not indifferent to them being in plain sight. Viewed in isolation, the tidying up of the room might be seen as insignificant, but the fact that it coincided with the "tidying up" of the computer supports an inference of a connection
7. *Utilisation de nombreux supports d'enregistrement d'images :* La présence d'une webcam branchée à un magnétoscope et de bandes vidéo, étiquetées ou non, justifiait d'inférer que l'utilisateur de l'ordinateur avait l'habitude d'enregistrer des images sur des bandes vidéo ou sur d'autres supports, qu'il s'adonnait à cette pratique à l'époque et qu'il disposait de divers supports sur lesquels il pouvait stocker des images de manière à pouvoir les regarder à son gré.
8. *Pratique d'enregistrer des images à l'époque :* Le fait que la caméra était braquée sur l'enfant et les jouets et branchée au magnétoscope indiquait que l'utilisateur enregistrait des images à l'époque.
9. *Actes destinés à dissiper les soupçons :* Le fait que le lendemain, au retour de M. Hounjet, la caméra était braquée sur le siège devant l'ordinateur permettait d'inférer que l'appelant l'avait déplacée de façon délibérée afin de dissiper les soupçons fondés sur le fait qu'elle était initialement braquée sur l'aire de jeu de l'enfant.
10. *Actes destinés à empêcher le technicien de voir les liens et l'image pornographique :* Le fait que, lors de la deuxième visite du technicien, l'ordinateur avait été formaté et le fait que tous les liens vers des sites pornographiques, dont tout particulièrement les deux liens vers de la pornographie juvénile, ainsi que l'image aperçue sur la page d'accueil du navigateur ou de l'ordinateur, avaient été supprimés étayait l'inférence selon laquelle l'appelant voulait éviter que le technicien ne voie les liens et l'image ou n'ait accès à d'autre matériel de nature semblable.
11. *Lien entre le « ménage » et la suppression des éléments pornographiques :* Le fait que les bandes vidéo aient été remises avant la deuxième visite du technicien indiquait que l'appelant n'était pas indifférent à ce qu'elles soient vues. Pris isolément, le ménage de la pièce pourrait être considéré comme dénué de signification, mais le fait qu'il coïncide avec le « ménage » de l'ordinateur étaye l'inférence

between the removal of the pornographic items from the computer and the appellant's desire to prevent an observer from noting that he was in the habit of recording and saving images.

[178] The reviewing judge's task is not to determine whether in his view the evidence is sufficient to support a finding that the accused is guilty of the alleged offence. The relevant question is simply whether there was a credible basis for issuing the warrant. In other words, in the instant case, the question is whether the facts alleged in the ITO as amplified at the *voir dire* were sufficient for the reviewing judge to conclude that there was a basis for the authorizing judge's decision. Since the ITO submitted to the authorizing judge referred to both direct and circumstantial evidence, it is worth recalling the comments of McLachlin C.J. in *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828, at para. 23, concerning the task a judge must perform in assessing the sufficiency of circumstantial evidence. Although these comments were made in the context of a preliminary enquiry, they are relevant to the decision of a judge reviewing the authorization of a search where circumstantial evidence has been presented:

The judge's task is somewhat more complicated where the Crown has not presented direct evidence as to every element of the offence. The question then becomes whether the remaining elements of the offence — that is, those elements as to which the Crown has not advanced direct evidence — may reasonably be inferred from the circumstantial evidence. Answering this question inevitably requires the judge to engage in a limited weighing of the evidence because, with circumstantial evidence, there is, by definition, an inferential gap between the evidence and the matter to be established — that is, an inferential gap *beyond* the question of whether the evidence should be believed: see *Watt's Manual of Criminal Evidence*, *supra*, at §9.01 (circumstantial evidence is “any item of evidence, testimonial or real, other than the testimony of an eyewitness to a material fact. It is any fact from the existence of which the trier of fact may infer the existence of a fact in issue”); *McCormick on Evidence*, *supra*, at pp. 641-42 (“[c]ircumstantial evidence . . . may be testimonial,

d'un lien entre la suppression des éléments pornographiques de l'ordinateur et le désir de l'appelant d'éviter qu'un observateur remarque qu'il avait l'habitude d'enregistrer et de sauvegarder des images.

[178] Le juge siégeant en révision n'a pas à déterminer si, à son avis, la preuve est suffisante pour étayer la conclusion que l'accusé est coupable de l'infraction reprochée. Il s'agit simplement de vérifier s'il existait des motifs crédibles pouvant justifier la délivrance du mandat. En d'autres termes, en l'espèce, les faits allégués dans la dénonciation, complétés lors du *voir-dire*, étaient-ils suffisants pour permettre à la juge siégeant en révision de conclure à l'existence d'une preuve sur laquelle le juge qui a autorisé la perquisition pouvait fonder sa décision? Comme la dénonciation présentée au juge qui a autorisé la perquisition mentionnait des éléments de preuve directe et circonstancielle, il est utile de rappeler les commentaires de la juge en chef McLachlin dans *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828, par. 23, en ce qui a trait à la tâche du juge chargé d'évaluer le caractère suffisant d'une preuve circonstancielle. Même si ces commentaires s'appliquaient à une enquête préliminaire, ils sont pertinents en ce qui concerne la conclusion du juge qui révisé la décision d'autoriser une perquisition lorsqu'une preuve circonstancielle a été présentée :

La tâche qui incombe au juge devient un peu plus compliquée lorsque le ministère public ne produit pas une preuve directe à l'égard de tous les éléments de l'infraction. Il s'agit alors de savoir si les autres éléments de l'infraction — soit les éléments à l'égard desquels le ministère public n'a pas présenté de preuve directe — peuvent raisonnablement être inférés de la preuve circonstancielle. Pour répondre à cette question, le juge doit nécessairement procéder à une évaluation limitée de la preuve, car la preuve circonstancielle est, par définition, caractérisée par un écart inférentiel entre la preuve et les faits à être démontrés — c'est-à-dire un écart inférentiel qui va *au-delà* de la question de savoir si la preuve est digne de foi : voir *Watt's Manual of Criminal Evidence*, *op. cit.*, §9.01 (la preuve circonstancielle s'entend de [TRADUCTION] « tout élément de preuve, qu'il soit de nature testimoniale ou matérielle, autre que le témoignage d'un témoin oculaire d'un fait important. Il s'agit de tout fait dont l'existence peut permettre au juge des faits d'inférer l'existence d'un fait en cause »); *McCormick on*

but even if the circumstances depicted are accepted as true, additional reasoning is required to reach the desired conclusion”). The judge must therefore weigh the evidence, in the sense of assessing whether it is reasonably capable of supporting the inferences that the Crown asks the jury to draw. This weighing, however, is limited. The judge does not ask whether she herself would conclude that the accused is guilty. Nor does the judge draw factual inferences or assess credibility. The judge asks only whether the evidence, *if believed*, could reasonably support an inference of guilt. [Underlining added.]

[179] In this case, the authorizing judge had direct evidence of some facts but many others required inferences. In addition, the evidence was amplified before the reviewing judge. The appellant’s surprise when Mr. Hounjet arrived unannounced could reasonably support an inference that he was uncomfortable giving the technician access to the computer while sensitive material could be found there. The reviewing judge was told: “The icons themselves that would appear on the desktop are added by the user himself” (A.R., at p. 134). Therefore, the facts that there were several links to both adult and child pornography in the “favourites” list and that a “graphic” pornographic image was prominently displayed on the computer justified the judge’s drawing the reasonable inference that the appellant had a conspicuous interest in this type of material. His specific interest in child pornography was shown by the deliberate addition to his “favourites” list of links to child pornography. The fact that there were two links indicated that this interest was pronounced. Their presence in the “favourites” list also indicated that the appellant wanted to have easy access to the Web sites. The position of the camera and the fact that it was connected to a videotape recorder at the time of the technician’s first visit, together with the presence of both labelled and unlabelled videotapes, showed that he was interested in reproducing images, accumulating such material, and keeping it for his future use. The appellant’s desire not to arouse suspicion with respect to his reproduction of images or his computer practices could reasonably be inferred from his actions after being informed

Evidence, op. cit., p. 641-642 ([TRADUCTION] « la preuve circonstancielle [. . .] peut être de nature testimoniale, mais même si les circonstances décrites sont tenues pour vraies, il faut que le raisonnement soit plus poussé afin qu’il puisse mener à la conclusion souhaitée »). Par conséquent, le juge doit évaluer la preuve, en ce sens qu’il doit déterminer si celle-ci est raisonnablement susceptible d’étayer les inférences que le ministère public veut que le jury fasse. Cette évaluation est cependant limitée. Le juge ne se demande pas si, personnellement, il aurait conclu à la culpabilité de l’accusé. De même, le juge ne tire aucune inférence de fait, pas plus qu’il apprécie la crédibilité. Le juge se demande uniquement si la preuve, *si elle était crue*, peut raisonnablement étayer une inférence de culpabilité. [Je souligne.]

[179] En l’espèce, le juge qui a autorisé la perquisition disposait d’une preuve directe de certains faits, alors que de nombreux autres devaient être inférés. En outre, il y a eu amplification de la preuve devant la juge siégeant en révision. La surprise de l’appellant lorsque M. Hounjet est arrivé à l’improviste peut raisonnablement permettre d’inférer qu’il était mal à l’aise de donner accès à l’ordinateur au technicien, alors que celui-ci pouvait y trouver du matériel de nature délicate. La juge siégeant en révision a entendu un témoignage selon lequel [TRADUCTION] « Les icônes elles-mêmes qui figurent sur le bureau de l’ordinateur sont ajoutées par l’utilisateur lui-même » (d.a., p. 134). Par conséquent, le fait que plusieurs liens vers de la pornographie, tant adulte que juvénile, se trouvaient dans la liste des « favoris » et le fait qu’une image « crue » de pornographie figurait en évidence sur l’écran de l’ordinateur permettaient au juge d’inférer raisonnablement que l’appelant avait un intérêt évident pour ce genre de matériel. L’intérêt particulier de l’appelant pour la pornographie juvénile était démontré par le fait qu’il avait ajouté délibérément des liens vers de tels sites dans sa liste de « favoris ». La présence de deux liens témoignait d’un intérêt marqué. Leur présence dans la liste des « favoris » indiquait également que l’appelant voulait avoir facilement accès aux sites Web. La position de la caméra et le fait qu’elle était branchée à un magnéscope lors de la première visite du technicien, combinés à la présence de bandes vidéo, étiquetées ou non, démontraient un intérêt de sa part pour la reproduction d’images, le stockage de ce type de matériel et sa sauvegarde en vue d’une utilisation ultérieure. Le désir de l’appelant de ne pas

that the technician needed to return: removing the videotapes from the room, changing the direction the camera was pointed in, reformatting the computer and, more particularly, removing the suspect image and links. These actions by the appellant were relatively unexceptional if considered individually and out of context, but if viewed globally, it was possible for them to lead the reviewing judge to conclude that the authorizing judge had not erred in issuing the warrant. There was a credibly based probability that the appellant was in the habit of reproducing and saving images and had a propensity to pornography, and more specifically to child pornography.

[180] Once it is accepted that the judge could infer that the appellant propended towards child pornography, it must also be accepted that he could conclude that, in view of the appellant's habit of reproducing and saving images, there were reasonable grounds to believe that at the time of Mr. Hounjet's visits, the appellant was in possession of child pornography. This conclusion is all the more reasonable in light of the fact that evidence of sufficient control to establish possession can take many forms and can relate to past or present possession.

[181] The police officers' statements could not be used to demonstrate that the appellant was a type of person who was likely to be in possession of child pornography, but given that there is credible independent evidence of this, they do shed light on the implications of that evidence. In these circumstances, the statements that child pornography offenders are collectors could only make it more likely that evidence of the possession of prohibited material would still exist at the time Cst. Ochitwa drafted the ITO.

III. Conclusion

[182] A review by an appellate court of the sufficiency of the initial grounds for issuing a search

éveiller de soupçons sur ses pratiques informatiques ou ses activités de reproduction d'images pouvait raisonnablement s'inférer des mesures qu'il a prises après avoir été informé de la nécessité d'une seconde visite du technicien : le retrait des bandes vidéo de la pièce, la réorientation de la caméra, le reformatage de l'ordinateur et, plus particulièrement, la suppression de l'image et des liens suspects. Isolément et hors contexte, ces faits et gestes de l'appelant n'ont rien d'exceptionnel, mais, pris globalement, ils pouvaient amener la juge siégeant en révision à conclure que le juge qui a autorisé la perquisition n'avait pas commis d'erreur en décernant le mandat. On pouvait démontrer une probabilité fondée sur la crédibilité que l'appelant avait l'habitude de reproduire et de sauvegarder des images, et qu'il montrait un penchant pour la pornographie, plus particulièrement pour la pornographie juvénile.

[180] Si l'on admet que le juge pouvait inférer que l'appelant avait un penchant pour la pornographie juvénile, il faut aussi reconnaître qu'il pouvait conclure, vu l'habitude de l'appelant de reproduire et de sauvegarder des images, qu'il existait des motifs raisonnables de croire que l'appelant était en possession de pornographie juvénile au moment de la visite de M. Hounjet. Cette conclusion est d'autant plus raisonnable que la preuve d'un degré de contrôle suffisant pour établir la possession peut revêtir différentes formes et avoir trait à la possession passée ou actuelle.

[181] Les déclarations des policiers ne pouvaient servir à établir que l'appelant était le type de personne susceptible d'avoir de la pornographie juvénile en sa possession, mais, compte tenu de l'existence d'une preuve crédible et indépendante tendant à le démontrer, elles nous éclairent sur les implications qui en découlent. Dans ces circonstances, les déclarations selon lesquelles les pédopornophiles sont des collectionneurs ne pouvaient que rendre plus vraisemblable l'existence d'éléments de preuve relatifs à la possession de matériel prohibé à l'époque où le gendarme Ochitwa a rédigé la dénonciation.

III. Conclusion

[182] Décider si la délivrance d'un mandat de perquisition reposait initialement sur des motifs

warrant remains a delicate exercise. This is why the grounds for reviewing the authorizing judge's decision are so narrow. It is also why deference is owed to the decision of the reviewing judge, who sees and hears the witnesses. In the case at bar, to echo LeBel J.'s words in *Araujo*, I conclude that "there was reliable evidence that might reasonably be believed on the basis of which the authorization could have issued" (para. 54 (emphasis deleted)). Therefore, the reviewing judge and the majority of the Court of Appeal did not make reversible errors in upholding the authorizing judge's decision.

[183] Since I conclude that the search warrant was validly issued, I do not need to consider the issue of exclusion of the evidence. For these reasons, I would dismiss the appeal.

APPENDIX

INFORMATION TO OBTAIN A SEARCH WARRANT

. . .

The Informant says that Urbain MORELLI of 520 Gibson Street, La Ronge, Saskatchewan is in possession of obscene material which depicts, advocates, or counsels sexual activity with a person under 18 years of age, contrary to Section 163.1(4) of the Criminal Code of Canada, and whereas it appears that a computer, brand name and serial number unknown, the property of Urbain MORELLI, and that the Informant has reasonable grounds for believing that the said material, or some part of them are contained inside the computer, the property of Urbain MORELLI, that is presently in the dwelling house and/or outbuildings, and/or vehicles registered to the address of 520 Gibson Street, La Ronge, Saskatchewan and that

1. The Informant is a member of the Royal Canadian Mounted Police, presently assigned to the General Investigation Section of the La Ronge Detachment and has personal knowledge of the facts and matters herein deposed to except where stated to be

suffisants demeure une tâche délicate pour un tribunal d'appel. C'est pour cette raison que les motifs de révision de la décision du juge qui a autorisé une perquisition sont aussi étroits. C'est aussi pour cette raison que la décision du juge siégeant en révision, qui entend et voit les témoins, appelle la déférence. En l'espèce, pour reprendre les propos du juge LeBel dans l'arrêt *Araujo*, je conclus qu'il « existait [des éléments] de preuve fiable au[x]quel[s] le juge aurait pu raisonnablement ajouter foi pour accorder l'autorisation » (par. 54 (soulignement omis)). En conséquence, la juge siégeant en révision et les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas commis d'erreur susceptible de révision en confirmant la décision du juge qui a autorisé la perquisition.

[183] Étant donné ma conclusion que le mandat de perquisition a été décerné valablement, je n'ai pas à analyser la question de l'exclusion des éléments de preuve. Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

ANNEXE

[TRADUCTION]

DÉNONCIATION EN VUE D'OBTENIR UN MANDAT DE PERQUISITION

. . .

Le dénonciateur déclare que Urbain MORELLI du 520, rue Gibson, La Ronge, Saskatchewan, est en possession de matériel obscène qui dépeint, préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 18 ans, une infraction prévue au paragraphe 163.1(4) du Code criminel du Canada, et attendu qu'il appert qu'un ordinateur, dont la marque et le numéro de série sont inconnus, appartient à Urbain MORELLI, et attendu que le dénonciateur a des motifs raisonnables de croire que ledit matériel ou une partie de celui-ci se trouve dans l'ordinateur appartenant à Urbain MORELLI et se trouvant présentement dans l'habitation, les dépendances ou les véhicules enregistrés à l'adresse 520, rue Gibson, La Ronge, Saskatchewan et que

1. Le dénonciateur est un membre de la Gendarmerie royale du Canada, actuellement affecté à la Section des enquêtes générales du détachement de La Ronge, et il a une connaissance personnelle des faits exposés dans les présentes, à moins d'indication

otherwise and where so stated do verily believe the same to be true.

2. The Informant is presently involved in an investigation into the activities of Urbain MORELLI, concerning violations of Section(s) 163.1(4) of the Criminal Code of Canada and in such capacity have access to and have reviewed the files and reports of other members of this police force who have been involved in this investigation and that the information received from them and referred to herein is based upon these files and reports and/or personal conversations with them.
 3. For the purposes of this information, a “computer” is a box that houses a central processing unit (hereinafter referred to as a CPU) along with other internal storage devices (such as internal hard drives) that store information in the form of files. A “computer” also contains internal communication devices (such as internal modems capable of sending and receiving electronic mail or fax) along with any other hardware stored or housed internally. Thus, a “computer” for the purpose of this information refers to hardware, software, and data contained in the main unit, printers, external modems (attached by a cable to the main unit), monitors and any other external attachments will be referred to collectively as peripherals. When the computer and all peripherals are referred to as one package, the term “computer system” is used.
 4. The Informant believes that Urbain MORELLI may be in possession of material supporting the charge of possession of Child Pornography, contrary to Section 163.1(4) of the Criminal Code of Canada. The Informant also believes that there is presently a computer, the property of Urbain MORELLI, at the above noted premises.
 5. During the first week of August, 2002, Adrien HOUNJET, a technician for the Keewatin Career Development Corporation, attended a residence in La Ronge on Gibson Street to install SaskTel high speed Internet on a computer. Once on the computer HOUNJET observed “Lolita Porn” on the screen and a web-cam pointing towards toys. The client was alone in the house with a three year old child. HOUNJET was unable to complete the work and returned the next day to find the porn removed and the toys cleaned.
- contraire, auquel cas il croit sincèrement en leur véracité.
2. Le dénonciateur participe actuellement à une enquête sur les activités d’Urbain MORELLI, concernant des infractions prévues au(x) paragraphe(s) 163.1(4) du Code criminel du Canada et, à ce titre, il a accès aux dossiers et rapports d’autres membres de son corps de police qui ont participé à l’enquête et il en a pris connaissance, et que les renseignements émanant d’eux et mentionnés dans les présentes proviennent de ces dossiers et rapports et/ou de conversations personnelles avec eux.
 3. Pour les besoins de la présente dénonciation, un « ordinateur » est un boîtier renfermant une unité centrale de traitement (UCT), de même que d’autres dispositifs de stockage interne (p. ex. des disques durs internes) permettant de stocker de l’information sous forme de fichiers. Un « ordinateur » est aussi doté de dispositifs de communication internes (p. ex. des modems internes pouvant transmettre et recevoir des courriels ou des télécopies), et de tout autre matériel hébergé ou intégré. Ainsi, pour les besoins de la présente dénonciation, un « ordinateur » désigne le matériel, les logiciels et les données contenus dans l’unité principale. Les imprimantes, les modems externes (reliés à l’unité principale par un câble), les moniteurs, de même que tout autre dispositif externe relié, constituent des périphériques. Pour désigner l’ensemble formé de l’ordinateur et des périphériques, l’expression « système informatique » est utilisée.
 4. Le dénonciateur croit que Urbain MORELLI pourrait être en possession de matériel étayant l’accusation de possession de pornographie juvénile, prévue au paragraphe 163.1(4) du Code criminel du Canada. Le dénonciateur croit également qu’un ordinateur, dont Urbain MORELLI est propriétaire, se trouve actuellement dans les lieux susmentionnés.
 5. Pendant la première semaine d’août 2002, Adrien HOUNJET, un technicien de la Keewatin Career Development Corporation, s’est présenté à une résidence de la rue Gibson à La Ronge pour installer le service Internet haute vitesse de SaskTel sur un ordinateur. Une fois à l’ordinateur, HOUNJET a remarqué « Lolita Porn » sur l’écran et une webcam dirigée vers des jouets. Le client était seul à la maison avec une enfant âgée de trois ans. HOUNJET n’a pas été en mesure de terminer le travail ce jour-là, et lorsqu’il est revenu le lendemain, il a constaté que la porno avait été supprimée et les jouets rangés.

6. Adrien HOUNJET later consulted with his mother and decided to contact Social Services to report his observations.
 7. On November 15, 2002, Adrien HOUNJET attended to the Social Services office in La Ronge and completed a report with Lillian SANDERSON, a Social Services employee, outlining what he discovered during the installation.
 8. On November 18, 2002, Val FOSSENEUVE, of La Ronge Social Services, called the La Ronge Detachment for assistance in investigating this report. FOSSENEUVE reported HOUNJET's findings to Corporal Susan KUSCH.
 9. With information received from FOSSENEUVE, Corporal KUSCH called Corporal Mike BOYCE, of the Royal Canadian Mounted Police, Technological Crime Unit in Regina, Saskatchewan. Corporal Mike BOYCE confirmed that "Lolita" is an underage internet porn site that primarily deals with children 14 years old and under.
 10. On January 8, 2003 the Informant obtained a detailed statement from Adrien HOUNJET. HOUNJET stated at the end of July, or early August he entered a yellow trailer on Gibson Street to install SaskTel high speed internet. Upon entering the room where the computer was located, HOUNJET observed a web-cam aimed at childrens [*sic*] toys on the floor. The web-cam was hooked up to a black VCR where several blank videotapes were found. Once on the computer, HOUNJET discovered child pornography icons on the desktop and a pornographic homepage. Some of the icons included "Lolita Porn" and "Lolita XXX". HOUNJET was unable to complete the installation so made arrangements to come back the following morning. When he arrived the next day, the childrens [*sic*] toys were cleaned up, the videotapes were gone and the web-cam was pointed to the computer chair. HOUNJET noted all the child porn off the computer was gone and the hardrive was formatted.
 11. On January 8, 2003 the Informant personally drove on Gibson Street in La Ronge and confirmed the only yellow trailer is the residence of 520 Gibson Street. Parked in the driveway of this residence was a grey Ford Aerostar, bearing Saskatchewan
6. Adrien HOUNJET en a parlé plus tard à sa mère et a décidé de communiquer avec les services sociaux pour faire rapport de ses observations.
 7. Le 15 novembre 2002, Adrien HOUNJET s'est rendu au bureau des services sociaux de La Ronge et a fait rapport à Lillian SANDERSON, une employée des services sociaux, de ce qu'il avait constaté lors de l'installation.
 8. Le 18 novembre 2002, Val FOSSENEUVE, des services sociaux de La Ronge, a communiqué avec le détachement de La Ronge pour réclamer de l'aide dans l'enquête découlant du rapport. FOSSENEUVE a fait état des constatations de HOUNJET à la caporale Susan KUSCH.
 9. Munie des renseignements fournis par FOSSENEUVE, la caporale KUSCH a appelé le caporal Mike BOYCE, du Groupe de la criminalité technologique de la Gendarmerie royale du Canada, à Regina, en Saskatchewan. Le caporal Mike BOYCE a confirmé que « Lolita » est un site Internet de pornographie juvénile où figurent principalement des images d'enfants de 14 ans et moins.
 10. Le 8 janvier 2003, le dénonciateur a recueilli une déposition détaillée d'Adrien HOUNJET. HOUNJET a déclaré qu'à la fin de juillet ou au début d'août, il était entré dans une maison mobile jaune sur la rue Gibson pour installer le service Internet haute vitesse de SaskTel. En entrant dans la pièce où l'ordinateur se trouvait, HOUNJET a remarqué une webcam orientée vers des jouets d'enfants, sur le plancher. La webcam était branchée à un magnétoscope noir près duquel se trouvaient de nombreuses bandes vidéo vierges. Dans l'ordinateur, HOUNJET a découvert des icônes vers des sites de pornographie juvénile sur le bureau et une page d'accueil montrant une image pornographique. Il a vu « Lolita Porn » et « Lolita XXX » parmi les icônes. HOUNJET n'a pas pu terminer l'installation; il a alors été convenu qu'il reviendrait le lendemain matin. Le lendemain, les jouets avaient été rangés, les bandes vidéo avaient disparu et la webcam était dirigée vers le siège devant l'ordinateur. HOUNJET a remarqué que toute la porno juvénile sur l'ordinateur avait disparu et que le disque dur avait été formaté.
 11. Le 8 janvier 2003, le dénonciateur s'est lui-même rendu en voiture sur la rue Gibson à La Ronge et a constaté que la seule maison mobile était la résidence du 520, rue Gibson. Un véhicule gris, Ford Aerostar, portant une plaque d'immatriculation de

licence 594 AJD. A police inquiry on this licence revealed this vehicle is registered to Urbain MORELLI.

12. On January 9, 2003 the Informant personally spoke with Corporal Mike BOYCE. Corporal BOYCE states these type of offenders are habitual and will continue their computer practices with child pornography. Corporal BOYCE stated this Information will remain inside the harddrive of the computer and can be stored on media devices such as compact disks and floppy disks.
 13. On January 9, 2003 the Informant also spoke with Constable Randy HUISMAN of the Saskatoon Police Service, Vice Unit in Saskatoon, Saskatchewan. Constable HUISMAN stated offenders treasure collections on their computer and like to store them and create backup's [*sic*] in case they loose it [*sic*]. Discs and floppy disks are used for this purpose. Offenders will typically sort information and store pictures on different file names to catagorize [*sic*] them.
 14. On January 9, 2003 Adrien HOUNJET called the Informant to report he reviewed his work order and initially attended to Urbain MORELLI's residence at 520 Gibson Street on September 5, 2002 at 2:20pm for the high speed installation.
 15. As a result of the investigation that was described in the above paragraphs, it is believed that Urbain MORELLI is in possession of the following:
 - a) Electronic devices which are capable of analyzing, creating, displaying, converting, or transmitting electronic or magnetic computer impulses or data. These devices include computer, computer components, computer peripherals, word processing equipment, encryption secret boards, internal hard [*sic*] drives and modems.
 - b) Any instructions and programs stored in the form of electronic or magnetic media, which are capable of being interpreted by a computer or related components. These items to be seized include applications software, utility programs, compilers, interpreters, and any other programs or software used to
- la Saskatchewan numéro 594 AJD, était garé dans l'entrée de la résidence. Une recherche policière relativement à cette plaque a révélé que le véhicule en question est enregistré au nom d'Urbain MORELLI.
12. Le 9 janvier 2003, le dénonciateur s'est entretenu avec le caporal Mike BOYCE. Selon ce dernier, les délinquants de ce type sont des délinquants d'habitude qui ne cesseront pas leurs pratiques informatiques en matière de pornographie juvénile. Le caporal BOYCE a ajouté que ces données demeureront sur le disque dur de l'ordinateur et peuvent être stockées sur d'autres supports, comme des disques compacts ou des disquettes.
 13. Le 9 janvier 2003, le dénonciateur a également parlé à l'agent Randy HUISMAN des services de police de Saskatoon, escouade de la moralité, à Saskatoon, en Saskatchewan. L'agent HUISMAN a affirmé que les délinquants conservent précieusement des collections dans leur ordinateur et aiment les stocker et en faire des sauvegardes au cas où ils les perdraient. Des disques et des disquettes sont utilisés à ces fins. Généralement, les délinquants trient les données et stockent les images sous différents noms de fichiers, par catégories.
 14. Le 9 janvier 2003, Adrien HOUNJET a communiqué avec le dénonciateur afin de lui faire savoir qu'il avait vérifié son bon de travail et qu'il s'était rendu pour la première fois à la résidence d'Urbain MORELLI, au 520, rue Gibson, le 5 septembre 2002 à 14 h 20 pour installer le service haute vitesse.
 15. À la suite de l'enquête décrite dans les paragraphes précédents, on croit qu'Urbain MORELLI a en sa possession les éléments suivants :
 - a) Des dispositifs électroniques pouvant analyser, créer, afficher, convertir ou transmettre des impulsions ou des données informatisées électroniques ou magnétiques. Sont compris dans ces dispositifs les ordinateurs, les composantes et les périphériques informatiques, l'équipement de traitement de texte, les cartes de chiffrement, ainsi que les disques durs internes et les modems.
 - b) Des instructions et des programmes stockés sur des supports électroniques ou magnétiques pouvant être décodés par un ordinateur ou des composantes reliées. Parmi les composantes devant être saisies, on compte notamment des logiciels d'application, des programmes utilitaires, des compilateurs, des interpréteurs, de

communicate with computer hardware [sic] or peripherals either directly or indirectly via telephone lines, radios or any other means of transmission.

c) Images that constitute child pornography.

16. By searching for and seizing the above described computers, searches can be conducted on those same computer's internal files and directories for images described above or other evidence in regards to a charge under Section(s) 163.1(4) of the Criminal Code of Canada.

. . .

Appeal allowed, DESCHAMPS, CHARRON and ROTHSTEIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: McDougall Gauley, Regina.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

même que d'autres programmes ou logiciels utilisés pour communiquer, directement ou indirectement, avec du matériel ou des périphériques informatiques au moyen de lignes téléphoniques, de radios ou de tout autre mode de transmission.

c) Des images qui constitueraient de la pornographie juvénile.

16. En procédant à la perquisition et en saisissant les ordinateurs décrits dans les paragraphes précédents, il sera possible d'examiner les fichiers internes et les répertoires de ces mêmes ordinateurs en vue d'y trouver les images décrites au paragraphe précédent ou d'autres éléments de preuve étayant une accusation fondée sur le(s) paragraphe(s) 163.1(4) du Code criminel du Canada.

. . .

Pourvoi accueilli, les juges DESCHAMPS, CHARRON et ROTHSTEIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : McDougall Gauley, Regina.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:

Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :

Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2010 Vol. 1

2^e cahier, 2010 Vol. 1

Cited as [2010] 1 S.C.R. 329-635

Renvoi [2010] 1 R.C.S. 329-635

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques		
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes		
STEPHEN BALOGH	MARIE-LUC SIMONEAU	ROSALIE TO-THANH-HIEN
MARIE RODRIGUE		CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques		
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE DELORME	PAULINE MCTAVISH	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Montréal (City) v. Montreal Port Authority 427

Municipal law — Taxation — Real property tax — Payments made by federal Crown corporations in lieu of real property tax — Municipality establishing variable-rate property tax system — New system taking into account losses of income resulting from abolition of occupancy tax on commercial and professional premises — Two federal Crown corporations that did not previously make payments in lieu of occupancy tax deducting amount equivalent to that tax from their payments — Validity of decisions of these corporations regarding calculation of their payments in lieu of real property taxes — Payments in Lieu of Taxes Act, R.S.C. 1985, c. M-13 — Crown Corporation Payments Regulations, SOR/81-1030.

Crown law — Immunity from taxation — Real property tax — Payments made by federal Crown corporations in lieu of real property tax established by municipalities — Validity of decisions of two Crown corporations regarding calculation of their payments in lieu of real property taxes.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Statutory discretion — Discretion to be exercised by federal Crown corporation in determining what tax rate it will use in calculating payments to be made in lieu of real property taxes established by municipality — Two Crown corporations fixing tax rate they considered appropriate — Applicable standard of review — Whether rules governing payments in lieu of taxes have been interpreted and applied in way that creates basis for application for judicial review.

Quebec (Attorney General) v. Moses 557

Environmental law — Environmental assessment — Mining project — Project situated in James Bay area of Quebec covered by treaty between Aboriginal peoples and provincial and federal governments — Treaty setting out comprehensive procedures for environmental impact assessments and providing that “a project shall not be submitted to more than one (1) impact assessment and review procedure unless such project falls within the jurisdictions of both Québec and Canada” — Project falling within provincial jurisdiction but having significant impact on fish habitat — Fisheries within federal jurisdiction — Whether only provincial environmental assessment applicable — Whether treaty excluding assessment of project under federal environmental assessment legislation — James Bay and Northern Québec Agreement, ss. 22.6.7, 22.7.1, 22.7.5 — Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.

Aboriginal law — Treaty — Environmental assessment — Mining project — Project situated in James Bay area of Quebec covered by treaty between Aboriginal peoples and provincial and federal governments — Treaty setting

SOMMAIRE

Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal 427

Droit municipal — Fiscalité — Impôt foncier — Paiements versés par les sociétés d'État fédérales en remplacement de l'impôt foncier — Municipalité établissant un régime d'impôt foncier à taux variés — Nouveau régime tenant compte des pertes de revenus résultant de l'abolition de la taxe d'occupation sur les locaux commerciaux et professionnels — Deux sociétés d'État fédérales qui ne payaient pas auparavant de paiement de remplacement pour la taxe d'occupation déduisant de leurs paiements l'équivalent fiscal de cette taxe — Validité des décisions prises par ces sociétés au sujet du calcul de leurs paiements versés en remplacement d'impôts fonciers — Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts, L.R.C. 1985, ch. M-13 — Règlement sur les paiements versés par les sociétés d'état, DORS/81-1030.

Droit de la Couronne — Immunité fiscale — Impôt foncier — Paiements versés par les sociétés d'État fédérales en remplacement de l'impôt foncier établi par les municipalités — Validité des décisions prises par deux sociétés d'État au sujet du calcul de leurs paiements versés en remplacement d'impôts fonciers.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Pouvoir discrétionnaire encadré par une loi — Pouvoir discrétionnaire d'une société d'État fédérale de déterminer le taux d'imposition qu'elle utilisera dans le calcul des paiements versés en remplacement d'impôts fonciers établis par une municipalité — Deux sociétés d'État établissant un taux d'imposition qu'elles estimaient approprié — Norme de contrôle applicable — Les règles régissant les paiements en remplacement d'impôts ont-elles été interprétées et appliquées de façon à donner ouverture à une demande de contrôle judiciaire?

Québec (Procureur général) c. Moses 557

Droit de l'environnement — Évaluation environnementale — Projet d'exploitation minière — Projet situé à la Baie-James, au Québec, dans le territoire visé par la convention intervenue entre des peuples autochtones et les gouvernements provincial et fédéral — Convention établissant des procédures exhaustives pour l'évaluation des répercussions environnementales et prévoyant qu'« un projet ne peut être soumis à plus d'un processus d'évaluation et d'examen des répercussions à moins que ledit projet relève à la fois de la compétence du Canada et du Québec » — Projet ressortissant à la compétence provinciale mais ayant des répercussions importantes sur l'habitat du poisson — Pêcheries relevant de la compétence fédérale — Le processus provincial d'évaluation est-il le seul applicable? — La convention écarte-t-elle l'évaluation d'un projet sous le régime des dispositions fédérales sur l'évaluation

CONTENTS (Continued)

out comprehensive procedures for environmental impact assessments and providing that "a project shall not be submitted to more than one (1) impact assessment and review procedure unless such project falls within the jurisdictions of both Québec and Canada" — Project falling within provincial jurisdiction but having significant impact on fish habitat — Fisheries within federal jurisdiction — Whether only provincial environmental assessment applicable — Whether treaty excluding assessment of project under federal environmental assessment legislation — James Bay and Northern Québec Agreement, ss. 22.6.7, 22.7.1, 22.7.5 — Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.

Aboriginal law — Treaty — Modern treaty — Interpretation.

Constitutional law — Aboriginal peoples — Treaty — Whether James Bay and Northern Québec Agreement qualifies as a treaty under s. 35 of Constitution Act, 1982.

R. v. Baker 329

Criminal law — Defences — Insanity — Unreasonable verdict — Jury's finding that accused had not made out defence of insanity — Finding not unreasonable in light of whole of evidence.

R. v. Briscoe 411

Criminal law — Parties to offences — Aiding and abetting — Mens rea — Intent and knowledge components — Wilful blindness — Accused charged with several offences for his participation in kidnapping, rape and murder of young girl — Accused acquitted — Trial judge finding that mens rea for being party to offences not proven because accused did not have requisite knowledge of co-accused's intention to commit each crime — Whether trial judge erred by failing to consider accused's knowledge from perspective of doctrine of wilful blindness — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21(1)(b), (c).

R. v. Cunningham 331

Law of professions — Barristers and solicitors — Counsel's withdrawal application — Whether, in criminal matter, court has authority to refuse to grant defence counsel's request to withdraw because accused has not complied with financial terms of retainer — Whether oversight of lawyer's withdrawal falls exclusively to law societies.

Courts — Jurisdiction — Counsel's withdrawal application — Whether, in criminal matter, court has authority to refuse to grant defence counsel's request to withdraw because accused has not complied with financial terms of retainer.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

environnementale? — Convention de la Baie-James et du Nord québécois, art. 22.6.7, 22.7.1, 22.7.5 — Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.

Droit des Autochtones — Traités — Évaluation environnementale — Projet d'exploitation minière — Projet situé à la Baie-James, au Québec, dans le territoire visé par la convention intervenue entre des peuples autochtones et les gouvernements provincial et fédéral — Convention établissant des procédures exhaustives pour l'évaluation des répercussions environnementales et prévoyant qu'« un projet ne peut être soumis à plus d'un processus d'évaluation et d'examen des répercussions à moins que ledit projet relève à la fois de la compétence du Canada et du Québec » — Projet ressortissant à la compétence provinciale mais ayant des répercussions importantes sur l'habitat du poisson — Pêcheries relevant de la compétence fédérale — Le processus provincial d'évaluation est-il le seul applicable? — La convention écarte-t-elle l'évaluation d'un projet sous le régime des dispositions fédérales sur l'évaluation environnementale? — Convention de la Baie-James et du Nord québécois, art. 22.6.7, 22.7.1, 22.7.5 — Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.

Droit des Autochtones — Traités — Traités modernes — Interprétation.

Droit constitutionnel — Peuples autochtones — Traités — La Convention de la Baie-James et du Nord québécois constitue-t-elle un traité aux fins de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982?

R. c. Baker 329

Droit criminel — Moyens de défense — Aliénation mentale — Verdict déraisonnable — Conclusion du jury que l'accusé n'a pas établi le bien-fondé du moyen de défense d'aliénation mentale — Conclusion non déraisonnable au regard de l'ensemble de la preuve.

R. c. Briscoe 411

Droit criminel — Participants aux infractions — Aide et encouragement — Mens rea — Intention et connaissance — Ignorance volontaire — Accusé inculpé de plusieurs infractions pour avoir participé à l'enlèvement, au viol et au meurtre d'une jeune fille — Accusé acquitté — Mens rea pour avoir participé à des infractions non établie selon le juge du procès parce que l'accusé n'avait pas la connaissance requise de l'intention qu'avait le coaccusé de commettre chacun des crimes — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de considérer la connaissance qu'avait l'accusé du point de vue de la doctrine de l'aveuglement volontaire? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1)(b), (c).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Laboucan 397

Criminal law — Trial — Credibility of accused — Presumption of innocence — Trial judge rejecting accused's testimony in part because of "very great motive to be untruthful" in order to secure acquittal — Accused convicted — Whether trial judge's consideration of accused's "very great motive to be untruthful" undermined presumption of innocence.

R. v. National Post 477

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Journalist and confidential source — Document received by confidential source from anonymous sender given to journalist on condition of confidentiality — Document alleged to be forged — Search warrant and assistance order compelling production of document and envelope — Protection of confidential source — Whether guarantee of freedom of expression creates constitutionally entrenched immunity to protect journalists against compelled disclosure of confidential source — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Journalist and confidential source — Document received by confidential source from anonymous sender given to journalist on condition of confidentiality — Document alleged to be forged — Search warrant and assistance order compelling production of document and envelope — Protection of confidential source — Whether search warrant and assistance order reasonable within meaning of s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether newspaper should have been given notice of warrant application to search its premises.

Evidence — Privilege — Journalist and confidential source — Document received by confidential source from anonymous sender given to journalist on condition of confidentiality — Document alleged to be forged — Search warrant and assistance order compelling production of document and envelope — Protection of confidential source — Whether guarantee of freedom of expression creates constitutionally entrenched immunity to protect journalists against compelled disclosure of confidential source — Whether confidential source protected by common law of privilege — If so, whether journalist-confidential source privilege constituted on case-by-case basis — What elements must be established and who bears burden of proof.

Criminal law — Search warrants — Search of newspaper office — Whether newspaper should be given notice of application for search warrant.

R. v. Szczerbaniwicz 455

Criminal law — Burden of proof — Reasonable doubt — Assault conviction — Whether military judge failed to apply W. (D.) principles properly.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Cunningham 331

Droit des professions — Avocats et procureurs — Requête de l'avocat pour cesser d'occuper — En matière pénale, le tribunal peut-il rejeter la requête pour cesser d'occuper présentée par l'avocat de la défense parce que l'accusé n'a pas respecté les conditions financières du mandat? — Le droit de regard sur la cessation d'occuper appartient-il seulement aux barreaux?

Tribunaux — Compétence — Requête de l'avocat pour cesser d'occuper — En matière pénale, le tribunal peut-il rejeter la requête pour cesser d'occuper présentée par l'avocat de la défense parce que l'accusé n'a pas respecté les conditions financières du mandat?

R. c. Laboucan 397

Droit criminel — Procès — Crédibilité de l'accusé — Présomption d'innocence — Juge du procès rejette le témoignage de l'accusé à cause, notamment, de la « très forte raison » qu'il avait « pour ne pas dire la vérité » vu son intérêt à obtenir un acquittement — Accusé déclaré coupable — Le fait que le juge du procès ait tenu compte de la « très forte raison » qu'avait l'accusé « pour ne pas dire la vérité » a-t-il porté atteinte à la présomption d'innocence?

R. c. National Post 477

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Journaliste et source confidentielle — Document reçu par une source confidentielle d'un expéditeur anonyme et transmis au journaliste sous une condition de confidentialité — Document prétendu contrefait — Mandat de perquisition et ordonnance d'assistance exigeant la production du document et de l'enveloppe — Protection de la source confidentielle — La garantie de la liberté d'expression accorde-t-elle aux journalistes une immunité constitutionnelle contre la divulgation forcée de leur source confidentielle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Journaliste et source confidentielle — Document reçu par une source confidentielle d'un expéditeur anonyme et transmis au journaliste sous une condition de confidentialité — Document prétendu contrefait — Mandat de perquisition et ordonnance d'assistance exigeant la production du document et de l'enveloppe — Protection de la source confidentielle — Le mandat de perquisition et l'ordonnance d'assistance sont-ils abusifs au sens de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le journal aurait-il dû être avisé de la demande de mandat de perquisition visant ses locaux?

Preuve — Privilège — Journaliste et source confidentielle — Document reçu par une source confidentielle d'un expéditeur anonyme et transmis au journaliste sous une condition de confidentialité — Document prétendu

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Criminal law — Defences — Defence of property — Wife throwing accused's diploma on floor during heated argument — Accused using force against wife to protect personal property — Accused convicted of assault — Military judge finding that accused's defence of property under s. 39(1) of Criminal Code not made out because of his use of excessive force — Whether military judge failed to properly apply relevant facts with respect to defence of property — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 39(1).

Reference re Broome v. Prince Edward Island 360

Torts — Negligence — Duty of care — Relationship between Province and children residing in a privately operated children's home — Children allegedly physically and sexually abused while residing in home between 1928 and 1976 — Whether Province owed duty of care to children by virtue of common law, its statutory authority and responsibility or doctrine of *parens patriae* — Whether there was sufficient proximity between Province and children living in home to give rise to *prima facie* duty of care.

Torts — Duty of care — Non-delegable statutory duty — Children allegedly physically and sexually abused while residing in a privately operated children's home between 1928 and 1976 — Whether Province under statutory duty to care for residents of homes.

Torts — Vicarious liability — Fiduciary duty — Children allegedly physically and sexually abused while residing in a privately operated children's home between 1928 and 1976 — Whether sufficient control exercised over home by Province through legislative authority and statutory duties to establish vicarious liability of Province for alleged acts of physical and sexual abuse — Whether direct placement of some children in home by Province provides foundation for Province's vicarious liability — Other than Crown wards, whether Province owed fiduciary duty to residents by virtue of their being either children or residents of children's home.

SOMMAIRE (Suite)

contrefait — Mandat de perquisition et ordonnance d'assistance exigeant la production du document et de l'enveloppe — Protection de la source confidentielle — La garantie de la liberté d'expression accorde-t-elle aux journalistes une immunité constitutionnelle contre la divulgation forcée de leur source confidentielle? — La source confidentielle est-elle protégée par les règles de common law régissant le privilège? — Dans l'affirmative, le privilège du secret des sources confidentielles des journalistes est-il reconnu au cas par cas? — Quels éléments doivent être établis et à qui en incombe le fardeau?

Droit criminel — Mandats de perquisition — Perquisition dans les bureaux d'un journal — Le journal aurait-il dû être avisé de la demande de mandat de perquisition visant ses locaux?

R. c. Szczerbaniwicz 455

Droit criminel — Fardeau de la preuve — Doute raisonnable — Déclaration de culpabilité pour voies de fait — Le juge militaire a-t-il mal appliqué les principes énoncés dans *W. (D.)*?

Droit criminel — Moyens de défense — Défense d'un bien — Diplôme de l'accusé lancé par terre par son épouse durant une violente querelle — Usage de la force contre l'épouse par l'accusé pour protéger ses biens — Accusé déclaré coupable de voies de fait — Juge militaire concluant que le moyen de défense des biens prévu à l'art. 39(1) du Code criminel n'a pas été établi en raison de l'usage d'une force excessive par l'accusé — Le juge militaire a-t-il mal appliqué les faits pertinents au moyen de défense invoqué? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 39(1).

Renvoi relatif à Broome c. Île-du-Prince-

Édouard 360

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Relation entre la province et des enfants résidant dans un foyer pour enfants sous administration privée — Enfants alléguant avoir subi des violences physiques ou des sévices sexuels entre 1928 et 1976 alors qu'ils résidaient au foyer — La province avait-elle envers les enfants une obligation de diligence découlant de la common law, des pouvoirs et responsabilités que lui attribuait la loi ou de la doctrine *parens patriae*? — Le lien de proximité entre la province et les enfants était-il suffisant pour donner naissance à une obligation de diligence *prima facie*?

Responsabilité délictuelle — Obligation de diligence — Obligation intransmissible d'origine législative — Enfants alléguant avoir subi des violences physiques ou des sévices sexuels entre 1928 et 1976 alors qu'ils résidaient dans un foyer pour enfants sous administration privée — La province avait-elle envers les résidents des foyers une obligation de diligence d'origine législative?

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Responsabilité délictuelle — Responsabilité du fait d'autrui — Obligation fiduciaire — Enfants alléguant avoir subi des violences physiques ou des sévices sexuels entre 1928 et 1976 alors qu'ils résidaient dans un foyer pour enfants sous administration privée — La province exerçait-elle, en raison de sa compétence législative et de ses obligations légales, un contrôle suffisant sur le foyer pour que sa responsabilité du fait d'autrui soit établie pour les violences physiques et les sévices sexuels allégués? — Le fait que la province ait placé directement certains enfants au foyer peut-il fonder sa responsabilité du fait d'autrui? — La province avait-elle, envers les résidants du foyer qui n'étaient pas des pupilles de l'État, une obligation fiduciaire du fait qu'ils étaient des enfants ou des résidants du foyer pour enfants?

Jared Eugene Baker *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. BAKER****2010 SCC 9**

File No.: 33323.

2010: March 19.

Present: LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Defences — Insanity — Unreasonable verdict — Jury's finding that accused had not made out defence of insanity — Finding not unreasonable in light of whole of evidence.***Cases Cited****Distinguished:** *R. v. Molodowic*, 2000 SCC 16, [2000] 1 S.C.R. 420.**Statutes and Regulations Cited***Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 16.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Martin and Slatter J.J.A.), 2009 ABCA 252, 12 Alta. L.R. (5th) 23, 246 C.C.C. (3d) 520, [2010] 1 W.W.R. 455, 464 A.R. 327, 467 W.A.C. 327, [2009] A.J. No. 937 (QL), 2009 CarswellAlta 1435, upholding the accused's conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

Charles B. Davison, for the appellant.*Susan D. Hughson, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] **LEBEL J.** — Despite the able submissions of Mr. Davison for the appellant, this appeal cannot

Jared Eugene Baker *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. BAKER****2010 CSC 9**N^o du greffe : 33323.

2010 : 19 mars.

Présents : Les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

*Droit criminel — Moyens de défense — Aliénation mentale — Verdict déraisonnable — Conclusion du jury que l'accusé n'a pas établi le bien-fondé du moyen de défense d'aliénation mentale — Conclusion non déraisonnable au regard de l'ensemble de la preuve.***Jurisprudence****Distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Molodowic*, 2000 CSC 16, [2000] 1 R.C.S. 420.**Lois et règlements cités***Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 16.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, Martin et Slatter), 2009 ABCA 252, 12 Alta. L.R. (5th) 23, 246 C.C.C. (3d) 520, [2010] 1 W.W.R. 455, 464 A.R. 327, 467 W.A.C. 327, [2009] A.J. No. 937 (QL), 2009 CarswellAlta 1435, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Charles B. Davison, pour l'appellant.*Susan D. Hughson, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] **LE JUGE LEBEL** — En dépit de l'excellente argumentation de M^c Davison pour l'appellant, le

succeed. This case is different from *Molodowic (R. v. Molodowic*, 2000 SCC 16, [2000] 1 S.C.R. 420), where there was uncontested evidence that the accused was incapable of knowing that his actions were morally wrong. Here, the jury was faced with conflicting expert evidence, with statements from the appellant suggesting, at some points, that he understood the moral blameworthiness of his conduct, and with the circumstances surrounding the commission of the offence that could be reasonably interpreted as evidence that he knew that his acts were morally wrong. The jury could make the determination of whether the appellant had made out his defence that he was suffering from a mental disorder within the meaning of s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, on the basis of the whole of this evidence. Its finding that he had not was not unreasonable. The majority of the Court of Appeal was right when it held that the verdict ought not to be interfered with: 2009 ABCA 252, 246 C.C.C. (3d) 520. For these reasons, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Abbey Hunter Davison, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

présent pourvoi ne peut être accueilli. Cette cause est différente de *Molodowic (R. c. Molodowic*, 2000 CSC 16, [2000] 1 R.C.S. 420) où, selon des éléments de preuve non contestés, l'accusé était incapable de savoir que ses actes étaient moralement répréhensibles. En l'espèce, le jury était confronté à des témoignages d'expert contradictoires, à des déclarations de l'appellant qui suggéraient, à certains moments, qu'il comprenait le caractère répréhensible de sa conduite, et aux circonstances entourant la perpétration de l'infraction qui pouvaient raisonnablement être interprétées comme la preuve qu'il savait que ses actes étaient moralement répréhensibles. En se fondant sur l'ensemble de ces éléments de preuve, le jury pouvait décider si l'appellant avait établi le bien-fondé de son moyen de défense selon lequel il était atteint de troubles mentaux au sens de l'art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Sa conclusion selon laquelle il n'en avait pas établi le bien-fondé n'était pas déraisonnable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de statuer qu'il n'y avait pas lieu de modifier le verdict : 2009 ABCA 252, 246 C.C.C. (3d) 520. Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant : Abbey Hunter Davison, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jennie Cunningham *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Law Society of British Columbia, Law Society of Yukon, Canadian Bar Association and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: R. v. CUNNINGHAM

2010 SCC 10

File No.: 32760.

2009: November 17; 2010: March 26.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE YUKON TERRITORY

Law of professions — Barristers and solicitors — Counsel's withdrawal application — Whether, in criminal matter, court has authority to refuse to grant defence counsel's request to withdraw because accused has not complied with financial terms of retainer — Whether oversight of lawyer's withdrawal falls exclusively to law societies.

Courts — Jurisdiction — Counsel's withdrawal application — Whether, in criminal matter, court has authority to refuse to grant defence counsel's request to withdraw because accused has not complied with financial terms of retainer.

C, a criminal defence lawyer employed by Yukon Legal Aid, represented an accused charged with sexual offences against a young child. Prior to the preliminary inquiry, Legal Aid informed the accused that failure to update his financial information would result in the suspension of his legal aid funding. The accused failed to respond to the request and Legal Aid informed him that C was no longer authorized to represent him. C brought an application to the Territorial Court of Yukon to withdraw as counsel of record solely because of the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jennie Cunningham *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, Law Society of British Columbia, Barreau du Yukon, Association du Barreau canadien et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. CUNNINGHAM

2010 CSC 10

N° du greffe : 32760.

2009 : 17 novembre; 2010 : 26 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU TERRITOIRE DU YUKON

Droit des professions — Avocats et procureurs — Requête de l'avocat pour cesser d'occuper — En matière pénale, le tribunal peut-il rejeter la requête pour cesser d'occuper présentée par l'avocat de la défense parce que l'accusé n'a pas respecté les conditions financières du mandat? — Le droit de regard sur la cessation d'occuper appartient-il seulement aux barreaux?

Tribunaux — Compétence — Requête de l'avocat pour cesser d'occuper — En matière pénale, le tribunal peut-il rejeter la requête pour cesser d'occuper présentée par l'avocat de la défense parce que l'accusé n'a pas respecté les conditions financières du mandat?

C, une avocate criminaliste dont la Société d'aide juridique du Yukon retenait les services, représentait un client accusé d'agressions sexuelles sur une fillette. Avant la tenue de l'enquête préliminaire, la Société d'aide juridique a informé l'accusé que s'il ne mettait pas à jour l'information relative à sa situation financière, il cesserait de bénéficier de l'aide juridique. L'accusé n'a pas donné suite à la demande, et la Société d'aide juridique l'a avisé que C n'était plus autorisée à le représenter. C a demandé à la Cour territoriale du Yukon de l'autoriser à

suspended funding. However, C indicated that she was willing to represent the accused if funding were reinstated. The Territorial Court refused her application. The Supreme Court of the Yukon Territory dismissed C's application for an order in the nature of *certiorari* seeking to quash the Territorial Court's order, holding that the Territorial Court did not exceed its jurisdiction. The Court of Appeal allowed C's appeal on the basis that the Territorial Court had no discretion to refuse C's application to withdraw.

Held: The appeal should be allowed.

The Territorial Court had jurisdiction to refuse to grant C's request to withdraw. A court has the authority to require counsel to continue to represent an accused when the reason for withdrawal is non-payment of fees, but the authority must be exercised sparingly and only when necessary to prevent serious harm to the administration of justice. Superior courts possess inherent jurisdiction to ensure they can function as courts of law and fulfil their mandate to administer justice. Likewise, in the case of statutory courts, the authority to control their process and oversee the conduct of counsel is necessarily implied in the grant of power to function as a court of law.

Disclosure of non-payment of fees in cases where it is unrelated to the merits and will not prejudice an accused does not attract the protection of the solicitor-client privilege, and the remote possibility that a judge will inappropriately attempt to elicit privileged information in hearing the application to withdraw does not justify leaving the decision to withdraw exclusively to counsel. As well, the oversight of a lawyer's withdrawal does not fall exclusively to the law societies. Both the courts and the law societies play different, but important, roles in regulating withdrawal: the courts prevent harm to the administration of justice and the law societies discipline lawyers whose conduct falls below professional standards. These roles are not mutually exclusive; rather, they are necessary to ensure the effective regulation of the profession and protect the process of the court. While counsel's personal or professional interests may be in tension with an individual client's interest, courts must presume that lawyers act ethically. Where the court requires counsel to continue to represent an accused, counsel must do so competently and diligently. Both the integrity of the profession and the administration of justice require nothing less. Lastly, a *Rowbotham* order might be relevant to the court's

cesser d'occuper à titre d'avocate au dossier, invoquant comme seul motif la suspension de l'aide juridique. Toutefois, elle a précisé qu'elle était disposée à représenter à nouveau l'accusé si l'aide juridique était rétablie. La Cour territoriale a rejeté sa demande. La Cour suprême du territoire du Yukon a également rejeté sa demande de *certiorari* visant l'annulation de la décision de la Cour territoriale, statuant que cette dernière n'avait pas outrepassé sa compétence. La Cour d'appel a accueilli l'appel de C au motif que la Cour territoriale n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de lui refuser l'autorisation de cesser d'occuper.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La Cour territoriale avait le pouvoir de refuser à C l'autorisation de cesser d'occuper. Lorsque le motif invoqué par l'avocat est le non-paiement de ses honoraires, le tribunal a le pouvoir d'exiger qu'il continue de représenter l'accusé, mais il doit exercer ce pouvoir avec circonspection et uniquement lorsqu'il le faut pour empêcher une atteinte grave à l'administration de la justice. Une cour supérieure a la compétence inhérente nécessaire à l'exercice de sa fonction judiciaire ainsi qu'à l'exécution de son mandat d'administrer la justice. De même, dans le cas d'un tribunal d'origine législative, le pouvoir de faire respecter sa procédure et le droit de regard sur la manière dont les avocats exercent leurs fonctions s'infèrent nécessairement du pouvoir de constituer une cour de justice.

Le non-paiement des honoraires qui n'est pas lié au fondement de l'affaire et dont la mise au jour ne cause pas préjudice à l'accusé ne bénéficie pas de la protection du secret professionnel, et le risque minime que le tribunal saisi de la demande tente indûment d'obtenir des renseignements protégés à l'audience ne justifie pas que la décision de cesser d'occuper relève uniquement de l'avocat. Aussi, le droit de regard en matière de cessation d'occuper n'appartient pas seulement aux barreaux. Tribunaux et ordres professionnels jouent des rôles différents mais importants dans l'encadrement de l'exercice du droit de cesser d'occuper : les premiers préviennent l'atteinte à l'administration de la justice, les seconds soumettent à des sanctions disciplinaires les avocats qui ne respectent pas les normes professionnelles. Ces rôles ne sont pas mutuellement exclusifs. Les deux sont en fait nécessaires pour bien encadrer l'exercice de la profession d'avocat et préserver la procédure de la cour. Les intérêts personnels ou professionnels de l'avocat peuvent se heurter à ceux de ses clients, mais le tribunal doit présumer que l'avocat respecte la déontologie. L'avocat auquel le tribunal enjoint de continuer de représenter l'accusé doit le faire avec compétence et diligence. L'intégrité de la profession et l'administration de la justice n'exigent rien

residual discretion to refuse withdrawal, but it cannot operate as a replacement for it.

The court's exercise of discretion to decide counsel's application for withdrawal should be guided by the following principles. If counsel seeks to withdraw far enough in advance of any scheduled proceedings and an adjournment will not be necessary, the court should allow the withdrawal. If timing is an issue, the court is entitled to enquire into counsel's reasons. In either the case of ethical reasons or non-payment of fees, the court must accept counsel's answer at face value and not enquire further so as to avoid trenching on potential issues of solicitor-client privilege. If withdrawal is sought for an ethical reason, the court must grant withdrawal; if it is sought because of non-payment of legal fees, the court may exercise its discretion to refuse counsel's request if it determines, after weighing all the relevant factors, that allowing withdrawal would cause serious harm to the administration of justice.

Refusing an application to withdraw is a coercive and conclusive order with respect to the lawyer and, in that context, an order in the nature of *certiorari* should be given its normal scope and can be allowed where there is an error of jurisdiction or an error of law on the face of the record.

In this case, the Supreme Court of the Yukon Territory correctly concluded that the Territorial Court had the jurisdiction to refuse to grant counsel's request to withdraw. The question of whether this case satisfies the high threshold that must be met to refuse leave to withdraw is now moot and the record before this Court does not provide information on several of the relevant factors. It is, therefore, not clear whether the circumstances of this case would, after full analysis of the relevant considerations, justify a refusal of leave to withdraw.

Cases Cited

Considered: *Re Leask and Cronin* (1985), 18 C.C.C. (3d) 315; *R. v. C. (D.D.)* (1996), 110 C.C.C. (3d) 323, leave to appeal refused, [1997] 1 S.C.R. vii (*sub nom. Ferguson v. The Queen*); *R. v. Deschamps*, 2003 MBCA 116, 177 Man. R. (2d) 301; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; **referred to:** *Vescio v. The King*, [1949] S.C.R. 139; *Luchka v. Zens* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 127; *R. v. Ho*, 2003 BCCA 663, 21 B.C.L.R. (4th) 83; *R. v. Huber*, 2004 BCCA 43, 192 B.C.A.C. 75;

de moins. Enfin, l'ordonnance de type *Rowbotham* peut jouer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du tribunal de refuser l'autorisation de cesser d'occuper, mais elle ne peut s'y substituer.

Les principes suivants doivent présider à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal de faire droit ou non à la requête pour cesser d'occuper. Le tribunal doit faire droit à la demande qui est présentée par l'avocat suffisamment à l'avance pour que la procédure inscrite au rôle ne doive pas être reportée. Lorsque le délai est plus serré, le tribunal est justifié de s'enquérir des motifs de l'avocat. Lorsque la déontologie ou le non-paiement des honoraires est invoqué, le tribunal doit s'en tenir à l'explication donnée et s'abstenir de pousser l'examen afin de ne pas compromettre le secret professionnel. La demande d'autorisation de cesser d'occuper présentée pour un motif d'ordre déontologique doit être accueillie. Lorsque le non-paiement des honoraires de l'avocat est à l'origine de la demande, le tribunal peut la rejeter dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire s'il détermine, au regard des éléments pertinents, que l'autorisation de cesser d'occuper porterait sérieusement atteinte à l'administration de la justice.

Le rejet de la requête pour cesser d'occuper est une décision contraignante et définitive vis-à-vis de l'avocat et, dans ce contexte, il convient de reconnaître au *certiorari* sa portée normale et de ne l'accorder qu'en présence d'une décision erronée sur la compétence ou d'une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier.

En l'espèce, la Cour suprême du Yukon a conclu à bon droit que la Cour territoriale pouvait refuser à l'avocat l'autorisation de cesser d'occuper. La question de savoir si la présente affaire satisfait aux exigences strictes qui doivent être remplies pour qu'un tribunal puisse refuser l'autorisation de cesser d'occuper est désormais théorique, et le dossier de notre Cour ne renferme ni information ni analyse concernant plusieurs des éléments pertinents. On ne peut donc pas affirmer avec certitude qu'à l'issue d'une analyse complète des éléments pertinents, les circonstances de la présente espèce justifieraient le refus d'autoriser l'avocate à cesser d'occuper.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Re Leask and Cronin* (1985), 18 C.C.C. (3d) 315; *R. c. C. (D.D.)* (1996), 110 C.C.C. (3d) 323, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 1 R.C.S. vii (*sub nom. Ferguson c. The Queen*); *R. c. Deschamps*, 2003 MBCA 116, 177 Man. R. (2d) 301; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; **arrêts mentionnés :** *Vescio c. The King*, [1949] R.C.S. 139; *Luchka c. Zens* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 127; *R. c. Ho*, 2003 BCCA 663, 21 B.C.L.R. (4th) 83; *R. c. Huber*, 2004 BCCA 43, 192 B.C.A.C. 75;

Bernier v. 9006-1474 Québec inc., [2001] J.Q. n° 2631 (QL); *Mireau v. Canada* (1995), 128 Sask. R. 142; *R. v. Brundia*, 2007 ONCA 725, 230 O.A.C. 29; *R. v. Peterman* (2004), 70 O.R. (3d) 481; *R. v. Golding*, 2007 NBQB 320, 325 N.B.R. (2d) 92; *Dooling v. Banfield* (1978), 22 Nfld. & P.E.I.R. 413; *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Rushlow*, 2009 ONCA 461, 245 C.C.C. (3d) 505; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366; *R. v. Deschamplain*, 2004 SCC 76, [2004] 3 S.C.R. 601; *R. v. Gardiner*, 2008 ONCA 397, 231 C.C.C. (3d) 394; *Ottawa Citizen Group Inc. v. R.* (2005), 75 O.R. (3d) 590.

Statutes and Regulations Cited

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 249.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 537(1), 674, 784(1).
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.
Territorial Court Act, R.S.Y. 2002, c. 217, s. 77.

Authors Cited

Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Ottawa: Canadian Bar Association, 2009 (online: <http://www.cba.org/CBA/activities/pdf/codeofconduct.pdf>).

Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.

Law Society of Alberta. *Code of Professional Conduct*, version No. 2009_V1, June 3, 2009 (online: <http://www.lawsocietyalberta.com/files/Code.pdf>).

Law Society of British Columbia. *Professional Conduct Handbook*, updated March 2010 (online: http://www.lawsociety.bc.ca/publications_forms/handbook/handbook_toc.html).

Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*, updated June 25, 2009 (online: <http://www.lsuc.on.ca/regulation/a/profconduct/>).

Law Society of Yukon. *Code of Professional Conduct* (online: <http://www.lawsocietyyukon.com/code.php>).

Létourneau, Gilles. *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure*. Toronto: Butterworths, 1976.

Bernier c. 9006-1474 Québec inc., [2001] J.Q. n° 2631 (QL); *Mireau c. Canada* (1995), 128 Sask. R. 142; *R. c. Brundia*, 2007 ONCA 725, 230 O.A.C. 29; *R. c. Peterman* (2004), 70 O.R. (3d) 481; *R. c. Golding*, 2007 NBBR 320, 325 R.N.-B. (2^e) 92; *Dooling c. Banfield* (1978), 22 Nfld. & P.E.I.R. 413; *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Anderson c. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Rushlow*, 2009 ONCA 461, 245 C.C.C. (3d) 505; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366; *R. c. Deschamplain*, 2004 CSC 76, [2004] 3 R.C.S. 601; *R. c. Gardiner*, 2008 ONCA 397, 231 C.C.C. (3d) 394; *Ottawa Citizen Group Inc. c. R.* (2005), 75 O.R. (3d) 590.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 537(1), 674, 784(1).
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 249.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40.
Loi sur la Cour territoriale, L.R.Y. 2002, ch. 217, art. 77.

Doctrine citée

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa: Association du Barreau canadien, 2009 (en ligne: http://www.cba.org/abc/activities_f/pdf/codeofconduct.pdf).

Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*, mis à jour 25 juin 2009 (en ligne: <http://www.lsuc.on.ca/fr/lawyer-regulation/a/rules-of-professional-conduct/>).

Jacob, I. H. « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.

Law Society of Alberta. *Code of Professional Conduct*, version No. 2009_V1, June 3, 2009 (online: <http://www.lawsocietyalberta.com/files/Code.pdf>).

Law Society of British Columbia. *Professional Conduct Handbook*, updated March 2010 (online: http://www.lawsociety.bc.ca/publications_forms/handbook/handbook_toc.html).

Law Society of Yukon. *Code of Professional Conduct* (online: <http://www.lawsocietyyukon.com/code.php>).

Létourneau, Gilles. *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure*. Toronto: Butterworths, 1976.

APPEAL from a judgment of the Yukon Territory Court of Appeal (Newbury, Kirkpatrick and Tysoe J.J.A.), 2008 YKCA 7, 257 B.C.A.C. 1, 432 W.A.C. 1, 59 C.R. (6th) 49, [2008] Y.J. No. 37 (QL), 2008 CarswellYukon 42, setting aside a decision of Gower J., 2006 YKSC 40, 41 C.R. (6th) 66, [2006] Y.J. No. 46 (QL), 2006 CarswellYukon 51, dismissing an application to quash an order of Lilles Terr. Ct. J., 2006 YKTC 54, 2006 YKTC 61, dismissing defence counsel's application to withdraw. Appeal allowed.

Ron Reimer and Peter A. Eccles, for the appellant.

Gordon R. Coffin and Nils F. N. Clarke, for the respondent.

Susan L. Reid, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Leonard T. Doust, Q.C., and *Michael A. Feder*, for the intervener the Law Society of British Columbia.

John J. L. Hunter, Q.C., and *Brent B. Olthuis*, for the intervener the Law Society of Yukon.

Gregory P. DelBigio, for the intervener the Canadian Bar Association.

Scott C. Hutchison and Andrea Gonsalves, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

1. Introduction

[1] What is the role of a court when defence counsel, in a criminal matter, wishes to withdraw because of non-payment of legal fees? Does a court have the authority to require counsel to continue to represent the accused? In my opinion, a court does have this authority, though it must be exercised

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Yukon (les juges Newbury, Kirkpatrick et Tysoe), 2008 YKCA 7, 257 B.C.A.C. 1, 432 W.A.C. 1, 59 C.R. (6th) 49, [2008] Y.J. No. 37 (QL), 2008 CarswellYukon 42, qui a annulé une décision du juge Gower, 2006 YKSC 40, 41 C.R. (6th) 66, [2006] Y.J. No. 46 (QL), 2006 CarswellYukon 51, qui avait rejeté une demande d'annulation de l'ordonnance du juge Lilles de la Cour territoriale, 2006 YKTC 54, 2006 YKTC 61, qui avait rejeté la demande pour cesser d'occuper présentée par l'avocate de la défense. Pourvoi accueilli.

Ron Reimer et Peter A. Eccles, pour l'appelante.

Gordon R. Coffin et Nils F. N. Clarke, pour l'intimée.

Susan L. Reid, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Leonard T. Doust, c.r., et *Michael A. Feder*, pour l'intervenante Law Society of British Columbia.

John J. L. Hunter, c.r., et *Brent B. Olthuis*, pour l'intervenant le Barreau du Yukon.

Gregory P. DelBigio, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Scott C. Hutchison et Andrea Gonsalves, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

1. Introduction

[1] Quel est le pouvoir du tribunal lorsque, dans une affaire criminelle, l'avocat de la défense demande à cesser d'occuper pour cause de non-paiement de ses honoraires? Peut-il exiger que l'avocat continue de représenter l'accusé? Je suis d'avis qu'il a ce pouvoir, mais qu'il doit l'exercer avec circonspection

sparingly, and only when necessary to prevent serious harm to the administration of justice.

2. Facts

[2] Jennie Cunningham is a criminal defence lawyer employed by the Yukon Legal Services Society (“Legal Aid”). She represented Clinton Lance Morgan, who was charged with three sexual offences against a young child. Mr. Morgan’s preliminary inquiry was set for June 26, 2006. The Crown had advised that it intended to bring a motion prior to the preliminary inquiry to have the complainant’s testimony admitted by videotape in lieu of *viva voce* evidence.

[3] On May 3, 2006, Legal Aid informed Mr. Morgan that he had to update his financial information, which he had previously provided to Legal Aid, and that failure to do so would result in the suspension of his Legal Aid funding. By May 16, 2006, Mr. Morgan had failed to respond to the request and Legal Aid informed him that his counsel, Ms. Cunningham, was no longer authorized to represent him. Ms. Cunningham promptly brought an application to the Territorial Court of Yukon to withdraw as counsel of record. The sole reason for the application was the suspension of Legal Aid funding and Mr. Morgan’s inability to otherwise pay for legal services. Ms. Cunningham indicated that she was willing to continue to represent Mr. Morgan if his Legal Aid funding was reinstated.

3. Judicial History

A. *Territorial Court of Yukon, 2006 YKTC 61 (CanLII)*

[4] Lilles Terr. Ct. J. heard Ms. Cunningham’s application to withdraw. He refused to grant her application to withdraw because: (a) legal aid funding could potentially be reinstated and Ms. Cunningham was willing to continue in the event that it was; (b) the charges against Mr. Morgan were very serious; (c) there was a young child complainant whose memory, emotional and psychological well-being may have been affected by further delay; (d) counsel would have to be appointed to

et uniquement lorsqu’il le faut pour empêcher une atteinte grave à l’administration de la justice.

2. Les faits

[2] Jennie Cunningham est une avocate criminaliste dont la Société d’aide juridique du Yukon retenait les services. Elle représentait Clinton Lance Morgan, qui faisait l’objet de trois chefs d’accusation pour l’agression sexuelle d’une fillette et dont l’enquête préliminaire devait débiter le 26 juin 2006. Le ministère public avait fait connaître son intention de demander préalablement au tribunal d’accepter que la victime témoigne sur bande vidéo plutôt que de vive voix au procès.

[3] Le 3 mai 2006, la Société d’aide juridique a informé M. Morgan qu’il devait mettre à jour l’information relative à sa situation financière, à défaut de quoi il cesserait de bénéficier de l’aide juridique. M. Morgan n’a pas donné suite à la demande et, le 16 mai 2006, la Société d’aide juridique l’a avisé que son avocate, M^{me} Cunningham, n’était plus autorisée à le représenter. Cette dernière a demandé sans délai à la Cour territoriale du Yukon de l’autoriser à cesser d’occuper. La révocation de l’aide juridique et l’incapacité de M. Morgan d’acquiescer ses honoraires étaient les seules raisons invoquées à l’appui de sa demande. M^{me} Cunningham a indiqué qu’elle était disposée à représenter M. Morgan à nouveau si l’aide juridique était rétablie.

3. Historique judiciaire

A. *Cour territoriale du Yukon, 2006 YKTC 61 (CanLII)*

[4] La requête de M^{me} Cunningham a été entendue par le juge Lilles, de la Cour territoriale, qui l’a rejetée pour les motifs suivants : a) l’aide juridique pouvait être rétablie et, le cas échéant, M^{me} Cunningham était disposée à représenter à nouveau l’accusé; b) les accusations portées contre M. Morgan étaient très graves; c) la mémoire et le bien-être à la fois émotionnel et psychologique de la jeune plaignante risquaient d’être compromis par un délai supplémentaire; d) un avocat devrait être désigné

cross-examine the child complainant; (e) there was no information on the potential for Mr. Morgan to obtain other representation; (f) there was no information on when the preliminary inquiry could be rescheduled if withdrawal was allowed; (g) while a preliminary inquiry is not as critical as a trial, it is still important to how the trial is conducted; (h) there was a hotly contested and difficult issue regarding videotape evidence that would be difficult for Mr. Morgan to deal with as a self-represented litigant; and (i) further delay would prejudice Mr. Morgan as he was labelled as a potential sexual offender as a result of the criminal charges (para. 26).

B. *Supreme Court of the Yukon Territory, 2006 YKSC 40, 41 C.R. (6th) 66*

[5] Gower J. heard Ms. Cunningham's application for an order in the nature of *certiorari* seeking to quash the order of Lilles Terr. Ct. J. Gower J. determined that the preliminary inquiry judge had jurisdiction to exercise discretion over withdrawal on the basis of s. 537(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and s. 77 of the *Territorial Court Act*, R.S.Y. 2002, c. 217. After a thorough review of Canadian authorities on the issue of withdrawal, Gower J. concluded that the weight of authority supported the court having the power to exercise its discretion to refuse withdrawal. He held that Lilles Terr. Ct. J. did not exceed his jurisdiction and dismissed the application for *certiorari*.

C. *Court of Appeal for the Yukon Territory, 2008 YKCA 7, 257 B.C.A.C. 1*

[6] On appeal, the court found that the issue had become moot as a trial of the charges against Mr. Morgan had become unnecessary (para. 17). The appeal nevertheless proceeded in order to obtain appellate court guidance on the legal issue.

[7] The Court of Appeal allowed the appeal, finding that Lilles Terr. Ct. J. had no discretion to refuse withdrawal. It reached its conclusion on the basis of three factors. First, the law society

pour contre-interroger la fillette; e) on ignorait si M. Morgan était en mesure d'obtenir les services d'un autre avocat; f) on ignorait la date à laquelle l'enquête préliminaire pourrait être remise si l'avocate était autorisée à cesser d'occuper; g) l'enquête préliminaire n'est pas aussi cruciale que le procès, mais elle demeure déterminante pour le déroulement de celui-ci; h) la question complexe et très controversée de l'admission en preuve d'un témoignage sur bande vidéo était soulevée et il aurait été difficile à M. Morgan de participer au débat sans être représenté; i) un délai supplémentaire aurait causé un préjudice à M. Morgan du fait qu'il était soupçonné de délinquance sexuelle depuis le dépôt des accusations criminelles (par. 26).

B. *Cour suprême du territoire du Yukon, 2006 YKSC 40, 41 C.R. (6th) 66*

[5] Le juge Gower a entendu la demande de *certiorari* de M^{me} Cunningham visant l'annulation de la décision de la Cour territoriale. Il a statué que le par. 537(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et l'art. 77 de la *Loi sur la Cour territoriale*, L.R.Y. 2002, ch. 217, conféraient au juge président l'enquête préliminaire un pouvoir discrétionnaire en matière d'autorisation de cesser d'occuper. Après un examen approfondi de la jurisprudence canadienne sur le sujet, il conclut qu'elle étaye amplement l'existence du pouvoir discrétionnaire de refuser à l'avocat l'autorisation de cesser d'occuper. Selon lui, le juge Lilles, de la Cour territoriale, n'a pas outrepassé sa compétence, et il rejette la demande de *certiorari*.

C. *Cour d'appel du Yukon, 2008 YKCA 7, 257 B.C.A.C. 1*

[6] La Cour d'appel a conclu au caractère théorique de la question puisque l'instruction du procès de M. Morgan était devenue inutile (par. 17). L'appel a tout de même suivi son cours afin qu'un tribunal d'appel se prononce sur la question de droit.

[7] La Cour d'appel estime que le juge Lilles, de la Cour territoriale, n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de refuser l'autorisation de cesser d'occuper et elle accueille l'appel. Sa décision a trois assises.

has the primary interest in lawyer regulation and court oversight of withdrawal could create a conflict between the court's decision and any disciplinary decision by a law society. Second, the court's supervision of withdrawal potentially threatens solicitor-client privilege in cases where counsel is asked to disclose the reasons for wishing to withdraw. Third, compelled representation puts counsel in the position of a perceived or actual conflict between the client's best interest and the lawyer's interest in ending the matter as quickly as possible. It determined the better approach to withdrawal was to rely on the assumption that lawyers generally do not avoid their professional obligations and, if they do, then the law societies will take appropriate disciplinary action. The court acknowledged, however, that a court could use its contempt power "in extreme circumstances where a lawyer's conduct in connection with a withdrawal amounted to a serious affront to the administration of justice" (para. 29). The court concluded that Lilles Terr. Ct. J. should not have ordered Ms. Cunningham to continue to represent Mr. Morgan.

4. Issue

[8] The issue in the present appeal is whether, in a criminal matter, a court has the authority to refuse to grant defence counsel's request to withdraw because the accused has not complied with the financial terms of the retainer. The reasons use the phrase "non-payment of legal fees" to refer to situations where, for example, an accused has actually defaulted on payment, where an accused has failed to provide funds on account at the agreed upon time, or where a legal aid certificate has been suspended or revoked.

5. Analysis

[9] An accused has an unfettered right to discharge his or her legal counsel at any time and for any reason. A court may not interfere with this decision and cannot force counsel upon an unwilling accused (see *Vescio v. The King*, [1949] S.C.R.

Premièrement, les règles d'exercice de la profession d'avocat ressortissent au premier chef au barreau, et un droit de regard du tribunal lorsqu'il y a requête pour cesser d'occuper pourrait opposer décisions de justice et décisions disciplinaires. Deuxièmement, la surveillance judiciaire en ce domaine pourrait compromettre le secret professionnel de l'avocat lorsque ce dernier est appelé à préciser les motifs pour lesquels il souhaite cesser d'occuper. Troisièmement, l'obligation faite à un avocat de continuer de représenter un client fait naître un conflit réel ou apparent entre l'intérêt du client et l'intérêt de l'avocat à ce que l'affaire se termine au plus tôt. La Cour d'appel juge qu'en matière de cessation d'occuper, mieux vaut présumer que les avocats ne se dérobent généralement pas à leurs obligations professionnelles et que s'ils le font, les barreaux prennent les mesures disciplinaires qui s'imposent. Elle reconnaît cependant qu'un tribunal peut exercer le pouvoir dont il dispose en matière d'outrage [TRADUCTION] « dans le cas exceptionnel où le comportement de l'avocat désireux de cesser d'occuper constitue une offense grave à l'administration de la justice » (par. 29). Elle conclut que le juge Lilles n'aurait pas dû ordonner à M^{me} Cunningham de continuer de représenter M. Morgan.

4. La question en litige

[8] Notre Cour doit déterminer si, dans une affaire pénale, un tribunal peut refuser d'autoriser un avocat de la défense à cesser d'occuper pour cause de non-respect par l'accusé des conditions financières du mandat. Dans les présents motifs, « non-paiement des honoraires de l'avocat » (et ses variantes) s'entend de la situation où, par exemple, l'accusé omet d'effectuer un paiement, il ne verse pas les fonds à la date convenue ou son droit à l'aide juridique est suspendu ou révoqué.

5. L'analyse

[9] L'accusé a le droit absolu de révoquer à son gré le mandat accordé à son avocat. Le tribunal ne peut intervenir dans ce choix et lui imposer un avocat dont il ne veut pas (voir *Vescio c. The King*, [1949] R.C.S. 139, p. 144; toutefois, à titre exceptionnel, un

139, at p. 144; though exceptionally the court may appoint an *amicus curiae* to assist the court). Counsel, on the other hand, does not have an unfettered right to withdraw. The fiduciary nature of the solicitor-client relationship means that counsel is constrained in his or her ability to withdraw from a case once he or she has chosen to represent an accused. These constraints are thoroughly outlined in the rules of professional conduct issued by the provincial or territorial law societies (e.g. Law Society of Yukon, *Code of Professional Conduct*, Part One, r. 21; Law Society of Alberta, *Code of Professional Conduct* (updated 2009), cc. 2, 6-7; Law Society of British Columbia, *Professional Conduct Handbook* (updated 2010), c. 10; Law Society of Upper Canada, *Rules of Professional Conduct* (updated 2009), r. 2). This appeal raises the issue of whether a court's jurisdiction to control its own process imposes a further constraint on counsel's ability to withdraw.

A. *Divergent Lines of Authority*

[10] There are two lines of provincial and territorial appellate court reasoning on this issue. The British Columbia and Yukon Courts of Appeal have determined that a court has no authority to prevent criminal defence counsel from withdrawing for non-payment of legal fees. The Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario, and Quebec Courts of Appeal have taken the opposite position — a court may refuse counsel's request to withdraw. Trial courts in New Brunswick and Newfoundland have also followed this line of authority.

[11] The British Columbia and Yukon position stems from the British Columbia Supreme Court decision in *Re Leask and Cronin* (1985), 18 C.C.C. (3d) 315. In *Leask*, the court, on an application for an order in the nature of prohibition, found that a provincial court judge has no right in law to order counsel to continue to represent an accused. McKay J. found that this conclusion recognized the role of a strong and independent bar and that the role of disciplining lawyers is vested in the law societies, not the court. He found that the relationship between a solicitor and client is a contractual one and that

amicus curiae peut être nommé pour assister le tribunal). Par contre, l'avocat n'a pas le droit absolu de cesser de représenter son client. La nature fiduciaire du lien créé avec son client limite sa faculté de cesser d'occuper une fois qu'il a accepté le mandat. Les règles de déontologie des barreaux provinciaux ou territoriaux (p. ex. la règle 21 de la partie un du *Code of Professional Conduct* du Barreau du Yukon, les chapitres 2, 6 et 7 du *Code of Professional Conduct* (mise à jour 2009) du Barreau de l'Alberta, le chapitre 10 du *Professional Conduct Handbook* (mise à jour 2010) du Barreau de la Colombie-Britannique et la règle 2 du *Code de déontologie* (mise à jour 2009) du Barreau du Haut-Canada) énoncent en détail les limites applicables. Le pourvoi soulève la question de savoir si le pouvoir du tribunal de faire respecter sa procédure impose une limite supplémentaire à la faculté de l'avocat de cesser d'occuper.

A. *Divergences de la jurisprudence*

[10] Il existe en la matière deux courants jurisprudentiels au sein des cours d'appel provinciales et territoriales. Selon les cours d'appel de la Colombie-Britannique et du Yukon, un tribunal n'a pas le pouvoir de refuser à un avocat de la défense l'autorisation de cesser d'occuper pour cause de non-paiement de ses honoraires. Les cours d'appel de l'Alberta, de la Saskatchewan, du Manitoba, de l'Ontario et du Québec estiment au contraire qu'un tribunal peut rejeter une demande d'autorisation de cesser d'occuper. Des tribunaux de première instance du Nouveau-Brunswick et de Terre-Neuve adhèrent également à cette école de pensée.

[11] La position des cours d'appel de la Colombie-Britannique et du Yukon s'origine de la décision *Re Leask and Cronin* (1985), 18 C.C.C. (3d) 315, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Dans cette affaire, la cour fait droit à une demande d'ordonnance de prohibition, concluant qu'un juge de la cour provinciale ne peut pas légalement ordonner à un avocat de continuer de représenter un accusé. Pour le juge McKay, il s'agit ainsi de faire ressortir le rôle d'un barreau à la fois vigoureux et indépendant et de reconnaître que les questions disciplinaires relèvent du barreau et non du tribunal.

once the client breaches the contract, the solicitor is entitled to repudiate and bring the contract to an end. McKay J. was also concerned about potential infringements of solicitor-client privilege, which he thought may arise if counsel must disclose the reasons for withdrawal. Although lawyers may ask for leave, McKay J. found this was a matter of “politeness and courtesy” (p. 325), the court having no discretionary power to refuse.

[12] I would note that the issue in *Leask* did not arise from non-payment of fees, like the present appeal, but rather from a breakdown in the solicitor-client relationship. Nonetheless, subsequent British Columbia jurisprudence has relied on *Leask* as a basis for finding that the court is not empowered to refuse counsel’s request to withdraw for any reason (see also *Luchka v. Zens* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 127 (C.A.), at p. 129; *R. v. Ho*, 2003 BCCA 663, 21 B.C.L.R. (4th) 83, at para. 19; *R. v. Huber*, 2004 BCCA 43, 192 B.C.A.C. 75, at paras. 75-76, per Rowles J.A., at para. 101, per Southin J.A., and at paras. 121-26, per Smith J.A.).

[13] In contrast, the Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario and Quebec Courts of Appeal as well as their trial courts, and trial courts in New Brunswick and Newfoundland, have all accepted that a court has the authority to refuse counsel’s application for withdrawal. The Alberta Court of Appeal’s decision in *R. v. C. (D.D.)* (1996), 110 C.C.C. (3d) 323, leave to appeal refused, [1997] 1 S.C.R. vii (*sub nom. Ferguson v. The Queen*), has received the most attention. In *C. (D.D.)*, the Alberta Court of Appeal determined that in addition to counsel’s contractual obligations to the client, a lawyer is also an officer of the court. It is in this capacity that counsel owes a duty to the court to “attend before a judge when requested” and “not to walk out on a client in the middle of a trial” (p. 327). So long as counsel has not expressed that he or she appears on a limited retainer, the court may refuse to grant a request to withdraw.

[14] The Alberta Court of Appeal appears to recognize two limitations to the court’s discretion.

À son avis, la relation entre l’avocat et son client est de nature contractuelle, et lorsque le client ne respecte pas ses obligations, l’avocat peut dénoncer le contrat et y mettre fin. Il dit craindre également que si l’avocat est tenu de révéler les raisons pour lesquelles il veut cesser d’occuper, le secret professionnel puisse être compromis. L’avocat demande certes l’autorisation de cesser d’occuper, mais cela tient [TRADUCTION] « de la politesse et de la courtoisie » (p. 325), car le tribunal n’a pas le pouvoir discrétionnaire de la lui refuser.

[12] Il faut préciser que, dans l’affaire *Leask*, la demande ne faisait pas suite au non-paiement des honoraires de l’avocat comme en l’espèce, mais de la détérioration de la relation avocat-client. Quoi qu’il en soit, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont par la suite statué, sur le fondement de cette décision, que le tribunal n’avait pas le pouvoir de rejeter une requête pour cesser d’occuper quel que soit le motif invoqué (voir aussi *Luchka c. Zens* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 127 (C.A.), p. 129; *R. c. Ho*, 2003 BCCA 663, 21 B.C.L.R. (4th) 83, par. 19; *R. c. Huber*, 2004 BCCA 43, 192 B.C.A.C. 75, par. 75-76, la juge Rowles, par. 101, la juge Southin, et par. 121-126, le juge Smith).

[13] À l’opposé, les cours d’appel et les tribunaux de première instance de l’Alberta, de la Saskatchewan, du Manitoba, de l’Ontario et du Québec, ainsi que des tribunaux de première instance du Nouveau-Brunswick et de Terre-Neuve, considèrent que l’autorisation de cesser d’occuper peut être refusée à l’avocat. L’arrêt *R. c. C. (D.D.)* (1996), 110 C.C.C. (3d) 323, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 1 R.C.S. vii (*sub nom. Ferguson c. The Queen*), est la décision qui retient le plus l’attention. La Cour d’appel de l’Alberta y statue qu’en plus d’avoir des obligations contractuelles envers son client, l’avocat est un auxiliaire de justice et qu’à ce titre, il a envers le tribunal l’obligation de [TRADUCTION] « se présenter devant lui lorsqu’il en est requis » et de « ne pas laisser un client en plan au milieu d’un procès » (p. 327). À moins que l’avocat ne précise au départ la nature limitée de son mandat, le tribunal peut lui refuser l’autorisation de cesser d’occuper.

[14] La Cour d’appel de l’Alberta paraît reconnaître l’existence de deux exceptions à cet égard.

First, the court *must* grant a withdrawal request when there is a breakdown in the solicitor-client relationship (p. 328). Second, where counsel seeks to withdraw for non-payment of fees, the court *may* permit withdrawal after considering harm to the Crown's case, inconvenience to witnesses, and whether the allotted court time could be filled with other business (p. 330).

[15] The Manitoba Court of Appeal has also considered the court's power to refuse counsel's request to withdraw for non-payment of fees: *R. v. Deschamps*, 2003 MBCA 116, 177 Man. R. (2d) 301. It agreed with the Alberta Court of Appeal that a court has the authority to refuse withdrawal. However, Steel J.A. determined that the assessment should be based on whether allowing withdrawal would cause prejudice to the accused and to the administration of justice (para. 24).

[16] The Quebec Court of Appeal has also confirmed that the court may refuse counsel's application to withdraw once a hearing date has been set (*Bernier v. 9006-1474 Québec inc.*, [2001] J.Q. n° 2631 (QL); see also s. 249 of the *Quebec Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25). Similarly, both the Saskatchewan and Ontario Courts of Appeal have acknowledged that court permission is required to withdraw as counsel of record (*Mireau v. Canada* (1995), 128 Sask. R. 142, at para. 4; *R. v. Brundia*, 2007 ONCA 725, 230 O.A.C. 29, at para. 44; *R. v. Peterman* (2004), 70 O.R. (3d) 481, at para. 38) as have trial courts in New Brunswick and Newfoundland (*R. v. Golding*, 2007 NBQB 320, 325 N.B.R. (2d) 92, at paras. 18 and 20; *Dooling v. Banfield* (1978), 22 Nfld. & P.E.I.R. 413 (Nfld. Dist. Ct.), at para. 27).

[17] For the following reasons, I conclude that a court does have the authority to refuse criminal defence counsel's request to withdraw for non-payment of legal fees.

B. *Jurisdiction of the Court*

[18] Superior courts possess inherent jurisdiction to ensure they can function as courts of law and

Premièrement, le tribunal *doit* autoriser l'avocat à cesser d'occuper lorsqu'un désaccord l'oppose à son client (p. 328). Deuxièmement, le tribunal *peut* faire droit à la demande présentée pour cause de non-paiement de ses honoraires après avoir examiné le préjudice qui en résulte pour la preuve du ministère public, les inconvénients causés aux témoins et la possibilité que le tribunal consacre son temps à une autre affaire (p. 330).

[15] La Cour d'appel du Manitoba s'est elle aussi penchée sur le pouvoir du tribunal de rejeter la requête que présente un avocat pour cesser d'occuper à cause du non-paiement de ses honoraires : *R. c. Deschamps*, 2003 MBCA 116, 177 Man. R. (2d) 301. Elle convient avec la Cour d'appel de l'Alberta que le tribunal peut rejeter pareille demande. Toutefois, la juge Steel indique qu'il doit d'abord déterminer que le retrait infligerait un préjudice à l'accusé et à l'administration de la justice (par. 24).

[16] La Cour d'appel du Québec a elle aussi statué qu'une fois fixée la date de l'audience, le tribunal peut rejeter la requête pour cesser d'occuper (*Bernier c. 9006-1474 Québec inc.*, [2001] J.Q. n° 2631 (QL); voir également l'art. 249 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25). Les cours d'appel de la Saskatchewan et de l'Ontario reconnaissent elles aussi l'obligation de l'avocat d'obtenir du tribunal l'autorisation de cesser d'occuper (*Mireau c. Canada* (1995), 128 Sask. R. 142, par. 4; *R. c. Brundia*, 2007 ONCA 725, 230 O.A.C. 29, par. 44; *R. c. Peterman* (2004), 70 O.R. (3d) 481, par. 38). Des tribunaux de première instance du Nouveau-Brunswick et de Terre-Neuve concluent eux aussi à l'existence de cette obligation (*R. c. Golding*, 2007 NBBR 320, 325 R.N.-B. (2^e) 92, par. 18 et 20; *Dooling c. Banfield* (1978), 22 Nfld. & P.E.I.R. 413 (C. dist. T.-N.), par. 27).

[17] Pour les motifs exposés ci-après, j'estime qu'un tribunal peut refuser l'autorisation de cesser d'occuper demandée par l'avocat de la défense pour cause de non-paiement de ses honoraires.

B. *Pouvoir du tribunal*

[18] Une cour supérieure a la compétence inhérente nécessaire à l'exercice de sa fonction

fulfil their mandate to administer justice (see I. H. Jacob, “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, at pp. 27-28). Inherent jurisdiction includes the authority to control the process of the court, prevent abuses of process, and ensure the machinery of the court functions in an orderly and effective manner. As counsel are key actors in the administration of justice, the court has authority to exercise some control over counsel when necessary to protect its process. In *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, this Court confirmed that inherent jurisdiction includes the authority to remove counsel from a case when required to ensure a fair trial:

The courts, which have inherent jurisdiction to remove from the record solicitors who have a conflict of interest, are not bound to apply a code of ethics. Their jurisdiction stems from the fact that lawyers are officers of the court and their conduct in legal proceedings which may affect the administration of justice is subject to this supervisory jurisdiction. [p. 1245]

It would seem to follow that just as the court, in the exercise of its inherent jurisdiction, may remove counsel from the record, it also may refuse to grant counsel’s application for withdrawal.

[19] Likewise in the case of statutory courts, the authority to control the court’s process and oversee the conduct of counsel is necessarily implied in the grant of power to function as a court of law. This Court has affirmed that courts can apply a “doctrine of jurisdiction by necessary implication” when determining the powers of a statutory tribunal:

... the powers conferred by an enabling statute are construed to include not only those expressly granted but also, by implication, all powers which are practically necessary for the accomplishment of the object intended to be secured by the statutory regime

(*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 51)

judiciaire ainsi qu’à l’exécution de son mandat d’administrer la justice (voir I. H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, p. 27-28), ce qui comprend le pouvoir de décider du déroulement de l’instance, de prévenir l’abus de procédure et de veiller au bon fonctionnement des rouages de la cour. Comme l’avocat joue un rôle central dans l’administration de la justice, la cour a un certain pouvoir sur lui lorsqu’il s’agit de faire respecter sa procédure. Dans l’arrêt *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, notre Cour confirme que la compétence inhérente englobe le pouvoir de déclarer un avocat inhabile à occuper afin d’assurer un procès équitable à l’accusé :

Les tribunaux, qui ont le pouvoir inhérent de priver un avocat du droit d’occuper pour une partie en cas de conflit d’intérêts, ne sont pas tenus d’appliquer un code de déontologie. Leur compétence repose sur le fait que les avocats sont des auxiliaires de la justice et que le comportement de ceux-ci à l’occasion de procédures judiciaires, dans la mesure où il peut influencer sur l’administration de la justice, est soumis à leur pouvoir de surveillance. [p. 1245]

Il s’ensuivrait donc que si, dans l’exercice de sa compétence inhérente, le tribunal peut priver un avocat du droit d’occuper, il peut inversement refuser de l’autoriser à cesser d’occuper.

[19] De même, dans le cas d’un tribunal d’origine législative, le pouvoir de faire respecter sa procédure et le droit de regard sur la manière dont les avocats exercent leurs fonctions s’infèrent nécessairement du pouvoir de constituer une cour de justice. Notre Cour a confirmé que les pouvoirs d’un tribunal d’origine législative peuvent être déterminés grâce à une « doctrine de la compétence par déduction nécessaire » :

... sont compris dans les pouvoirs conférés par la loi habilitante non seulement ceux qui y sont expressément énoncés, mais aussi, par déduction, tous ceux qui sont de fait nécessaires à la réalisation de l’objectif du régime législatif

(*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 51)

Although Bastarache J. was referring to an administrative tribunal, the same rule of jurisdiction, by necessary implication, would apply to statutory courts.

[20] Applications regarding withdrawal or removal of counsel, whether for non-payment of fees, conflict of interest or otherwise, are the types of matters that fall within the necessarily implied authority of a court to control the conduct of legal proceedings before it.

C. *Exercise of Jurisdiction*

[21] The more contentious issue in this appeal is whether a criminal court may exercise its inherent or necessarily implied jurisdiction to control its own process by overseeing lawyer withdrawal.

[22] The reasons in favour of courts exercising this jurisdiction are numerous. An accused, who becomes unable to pay his lawyer, may be prejudiced if he is abandoned by counsel in the midst of criminal proceedings. Proceedings may need to be adjourned to allow the accused to obtain new counsel. This delay may prejudice the accused, who is stigmatized by the unresolved criminal charges and who may be in custody awaiting trial. It may also prejudice the Crown's case. Additional delay also affects complainants, witnesses and jurors involved in the matter, and society's interest in the expedient administration of justice. Where these types of interests are engaged, they may outweigh counsel's interest in withdrawing from a matter in which he or she is not being paid.

[23] On the other hand, Ms. Cunningham and the interveners taking the same position say a court must *always* decline to exercise this jurisdiction. Collectively, they support their position with the three main factors relied on by the Court of Appeal: solicitor-client privilege, the role of law societies and conflict of interest. In addition, they also

Même si, dans cet arrêt, le juge Bastarache renvoie à un tribunal administratif, la même règle de la compétence par déduction nécessaire vaut pour un tribunal d'origine législative.

[20] La demande d'autorisation de cesser d'occuper ou celle visant à priver l'avocat du droit d'occuper, qu'elle soit présentée en raison, par exemple, du non-paiement des honoraires ou d'un conflit d'intérêts, ressortissent au pouvoir dont dispose par déduction nécessaire le tribunal pour décider du déroulement de l'instance.

C. *L'exercice de la compétence*

[21] En l'espèce, la question la plus litigieuse est celle de savoir si, dans l'exercice de la compétence qui lui est inhérente — ou qu'il a par déduction nécessaire — pour décider du déroulement de l'instance, un tribunal siégeant en matière criminelle a un droit de regard sur le sort à réserver à la demande présentée par un avocat pour cesser d'occuper.

[22] Les raisons militent en faveur d'un tel droit de regard ne manquent pas. L'accusé qui n'a plus les moyens de payer son avocat peut subir un préjudice si ce dernier le laisse tomber au milieu de la procédure pénale. Un ajournement pourra être nécessaire pour lui permettre de se trouver un nouvel avocat. Un tel délai peut être préjudiciable à l'accusé, qui est stigmatisé par les accusations criminelles pesant toujours contre lui et qui peut être détenu jusqu'à son procès. Un nouveau délai peut également nuire à la preuve du ministère public. En effet, tout report a une incidence sur les plaignants, les témoins et les jurés, de même que sur l'administration diligente de la justice dans l'intérêt de la société. Lorsque de tels intérêts sont en jeu, ils peuvent l'emporter sur le droit de l'avocat de cesser d'occuper dans une affaire lorsque ses honoraires ne lui sont pas versés.

[23] M^{me} Cunningham et les intervenants qui défendent la même thèse soutiennent pour leur part qu'un tribunal doit *toujours* s'abstenir d'exercer un tel droit de regard. Ils invoquent collectivement les trois éléments principaux sur lesquels la Cour d'appel fonde sa décision : le secret professionnel de l'avocat, le rôle du barreau et le conflit

direct the Court's attention to *Rowbotham* orders as a potential solution. Their position is that the proper approach is for a court to presume that lawyers act ethically and that any professional transgressions are best addressed by the law society. In exceptional cases, however, Ms. Cunningham and the Law Society of Yukon say that the contempt power would be available to a court where counsel seeks to withdraw for an improper purpose or where the manner of withdrawal warrants a citation for contempt. The Canadian Bar Association and the Criminal Lawyers' Association state that there must be clear evidence of a breach of an ethical standard or an abuse of process for a court to cite counsel for contempt.

[24] I will address each of these arguments in turn.

(1) Solicitor-Client Privilege

[25] Ms. Cunningham and the interveners argue that solicitor-client privilege could be violated in one of two ways: simply by disclosure of the mere fact that the accused has not paid his or her fees, or inadvertent disclosure of privileged information when engaging in a discussion with the court about the reasons for withdrawal.

[26] Concern regarding the protection of solicitor-client privilege is warranted. It need hardly be said that solicitor-client privilege is a fundamental tenet of our legal system. The solicitor-client relationship is integral to the administration of justice; privilege encourages the free and full disclosure by the client required to ensure effective legal representation (see *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at para. 45, per Cory J. for the majority, and *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at paras. 31 and 33, per Major J.).

[27] However, revealing that an accused has not paid his or her fees does not normally touch on the *rationale* for solicitor-client privilege in the criminal context. A client must be able to rely on the confidentiality of the communications made between

d'intérêts. Ils voient en outre dans l'ordonnance de type *Rowbotham* une voie de solution possible. Selon eux, le tribunal doit présumer qu'un avocat respecte la déontologie, et tout écart professionnel ressortit à juste titre au barreau auquel l'avocat appartient. M^{me} Cunningham et le Barreau du Yukon soutiennent toutefois que le tribunal peut, à titre exceptionnel, exercer sa compétence en matière d'outrage lorsque l'avocat demande à cesser d'occuper pour un motif illégitime ou qu'il se retire d'une manière qui justifie son assignation pour outrage au tribunal. Selon l'Association du Barreau canadien et l'association des criminalistes (Criminal Lawyers' Association), la faute déontologique ou l'abus de procédure doit être établi clairement pour que le tribunal assigne un avocat pour outrage au tribunal.

[24] J'examine successivement ces prétentions.

(1) Le secret professionnel de l'avocat

[25] M^{me} Cunningham et les intervenants font valoir que le secret professionnel de l'avocat pourrait être violé de deux façons : la simple divulgation du seul fait que l'accusé n'a pas acquitté ses honoraires ou la révélation involontaire de renseignements privilégiés lors de l'examen par le tribunal des motifs de la cessation d'occuper.

[26] Le souci de protéger le secret professionnel de l'avocat est légitime. Point n'est besoin d'insister sur son importance fondamentale dans notre système juridique. La relation entre l'avocat et son client fait partie intégrante de l'administration de la justice. Le secret incite à la communication libre et entière des éléments nécessaires à la bonne représentation du client devant la justice (voir *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 45, le juge Cory au nom des juges majoritaires, et *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 31 et 33, le juge Major).

[27] Cependant, dans le contexte pénal, la mise au jour du non-paiement des honoraires de l'avocat par l'accusé ne fait généralement pas intervenir la raison d'être du secret professionnel de l'avocat. Un client doit pouvoir être assuré de la confidentialité

lawyer and client because only then can there be full and frank discussion of the facts of the case, and the giving and receiving of soundly based legal advice (see *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 (C.A.), at p. 649; relied on in *Smith v. Jones*, at para. 45, and *McClure*, at para. 32). There has been no explanation as to why an accused would be any more inclined to withhold information from counsel, where the court has discretion over withdrawal, than where counsel can unilaterally withdraw.

[28] In arguing that disclosure of the mere fact that an accused has not paid or will not be paying his or her legal fees is protected by solicitor-client privilege, the Law Societies of British Columbia and Yukon rely on this Court's decisions in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, and *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193, where this Court held that, in the context of a law office search, an accused's financial and fee information may be privileged. In *Maranda*, the Court was concerned that fee information, specifically the amount of fees and disbursements, may appear to be "neutral" when in fact disclosure of the information could be prejudicial to the accused. In particular, LeBel J. stated that fee information

might enable an intelligent investigator to reconstruct some of the client's comings and goings, and to assemble evidence concerning his presence at various locations based on the documentation relating to his meetings with his lawyer. [para. 24]

This information could then be used to charge and/or convict the client. Because of the potentially detrimental effect of disclosure on the client, fee information is considered *prima facie* privileged for the purposes of the search. If the Crown seeks disclosure, the ultimate decision of whether the fee information is *in fact* privileged is made by the court, not the police.

[29] Counsel seeking to withdraw for non-payment of legal fees is a decidedly different context from

de ce qu'il confie à son avocat, car ce n'est qu'à cette condition que les faits de l'affaire peuvent être discutés librement et franchement et que de bons conseils juridiques peuvent être donnés et obtenus (voir *Anderson c. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 (C.A.), p. 649; cité dans les arrêts *Smith c. Jones*, par. 45, et *McClure*, par. 32). Aucun élément n'a été avancé pour expliquer qu'un accusé serait moins enclin à communiquer des renseignements à son avocat si le tribunal jouissait d'un pouvoir discrétionnaire en matière de cessation d'occuper que si l'avocat pouvait se retirer unilatéralement de l'affaire.

[28] La prétention des barreaux de la Colombie-Britannique et du Yukon selon laquelle le secret professionnel s'applique au simple fait que l'accusé n'a pas acquitté ou n'acquittera pas les honoraires de son avocat s'appuie sur les arrêts *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, et *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193. Dans ces deux affaires de perquisition au bureau de l'avocat, notre Cour statue que les renseignements sur la situation financière d'un accusé et sur les honoraires versés à son avocat peuvent être protégés. Dans l'arrêt *Maranda*, notre Cour souligne que des renseignements sur les honoraires — plus précisément leur montant et celui des débours — peuvent paraître « neutres », mais que leur communication peut porter préjudice à l'accusé. Le juge LeBel signale notamment que de tels renseignements

permettraient peut-être à un enquêteur intelligent de reconstituer certaines des allées et venues du client et de constituer des éléments sur sa présence en des lieux divers à partir de la documentation relative aux rencontres avec son avocat. [par. 24]

Ces renseignements pourraient ensuite servir à porter une accusation contre le client ou à le faire déclarer coupable. Dans le contexte d'une perquisition, les renseignements sur les honoraires sont protégés *prima facie*, car leur communication pourrait être préjudiciable au client. Lorsque le ministère public demande leur communication, il appartient au tribunal, et non à la police, de déterminer s'ils sont *effectivement* protégés.

[29] La demande présentée par un avocat pour cesser d'occuper en raison du non-paiement de ses

a police search of counsel's accounts and records. The most significant difference is the content of the information being disclosed. The only information revealed by counsel seeking to withdraw is the sliver of information that the accused has not paid or will not be paying fees. It has not been explained how, in this case, this sliver of information could be prejudicial to the accused. Indeed, it is hard to see how this simple fact alone could be used against the accused on the merits of the criminal proceeding: it is unrelated to the information given by the client to the lawyer, and unrelated to the advice given by the lawyer to the client. It would not be possible to infer from the bare fact of non-payment of fees any particular activities of the accused that pertain to the criminal charges against him.

[30] To be sure, this is the case where non-payment of fees is not linked to the merits of the matter and disclosure of non-payment will not cause prejudice to the accused. However, in other legal contexts, payment or non-payment of fees may be relevant to the merits of the case, for example, in a family law dispute where support payments are at issue and a client is alleging inability to pay. Or disclosure of non-payment of fees may cause prejudice to the client, for example, where the opposing party may be prompted to bring a motion for security for costs after finding out that the other party is unable to pay its legal fees. Where payment or non-payment of fees is relevant to the merits of the case, or disclosure of such information may cause prejudice to the client, solicitor-client privilege may attach.

[31] Disclosure of non-payment of fees in cases where it is unrelated to the merits and will not cause prejudice to the accused is not an exception to privilege, such as the innocence at stake or public safety exceptions (see generally *McClure* and *Smith v. Jones*). Rather, non-payment of legal fees in this context does not attract the protection of solicitor-client privilege in the first place. However, nothing in these reasons, which address the application,

honoraires s'inscrit dans un contexte nettement différent de celui de la perquisition policière visant les dossiers et les comptes d'un avocat. La plus grande différence tient à la teneur des renseignements mis au jour. L'avocat qui demande à cesser d'occuper ne révèle qu'une bribe d'information, à savoir que l'accusé n'a pas acquitté ses honoraires ou qu'il ne les acquittera pas. En quoi la communication de ce minime élément d'information pourrait-elle en l'espèce être préjudiciable à l'accusé? Nulle explication n'est avancée. On voit d'ailleurs difficilement comment ce simple fait pourrait être utilisé contre l'accusé pour établir le fondement de la poursuite pénale : il n'a de lien ni avec les renseignements donnés à l'avocat ni avec les conseils obtenus de ce dernier. On ne pourrait inférer du seul non-paiement des honoraires que l'accusé s'est livré à quelque activité particulière liée aux accusations portées contre lui.

[30] Tel est assurément le cas lorsque le non-paiement des honoraires n'a pas de lien avec le fondement de l'affaire et que sa mise au jour n'est pas préjudiciable à l'accusé. Toutefois, dans d'autres contextes juridiques, le paiement ou le non-paiement des honoraires peut être pertinent pour ce qui concerne le fondement de l'affaire lorsque, par exemple, en droit de la famille, une pension alimentaire est demandée et que le client allègue l'impécuniosité. Révéler le non-paiement des honoraires de l'avocat peut aussi infliger un préjudice au client lorsque, par exemple, le défendeur décide alors de présenter une demande de cautionnement pour dépens. Dans le cas où le paiement des honoraires ou leur non-paiement est pertinent pour ce qui est du fondement de l'affaire ou que sa mise au jour peut être préjudiciable au client, le secret professionnel de l'avocat peut s'y appliquer.

[31] Le non-paiement des honoraires qui n'est pas lié au fondement de l'affaire et dont la mise au jour ne cause pas préjudice à l'accusé ne constitue pas une exception à l'application du secret professionnel, contrairement à la démonstration de l'innocence ou à la sécurité publique (voir généralement les arrêts *McClure* et *Smith c. Jones*). Dans ce contexte, le non-paiement des honoraires de l'avocat ne bénéficie en fait jamais de la protection du secret

or non-application, of solicitor-client privilege in disclosures to a court, should be taken as affecting counsel's ethical duty of confidentiality with respect to payment or non-payment of fees in other contexts.

[32] In the alternative, Ms. Cunningham and the interveners argue that counsel may inadvertently disclose privileged information when explaining the reasons for withdrawing and answering questions from the judge. They argue that this risk is so unacceptable that it requires the court to decline to exercise any discretion to refuse counsel's request to withdraw. They point to *Leask* where counsel sought withdrawal due to irreconcilable differences between counsel and the accused. The provincial court judge wanted specific details to determine if the differences could be resolved (*Leask*, at pp. 318-19). The accused in *Leask* was drawn into the conversation with the judge as well. They argue that this is dangerous because the accused may unknowingly waive his or her right to privilege and disclose information that is otherwise protected.

[33] I agree that the exchange initiated by the provincial court judge in *Leask* was inappropriate. The judge repeatedly pressed counsel for detailed reasons for withdrawal, and continued to press even when counsel attempted to rely on the professional rules of conduct. The judge bluntly asked the accused if he objected to counsel disclosing the specific reason for withdrawal. I think it is fair to say that what occurred in *Leask* was unacceptable.

[34] However, lawyers are presumed to know and respect their professional obligations. Judges are presumed to know the law (*R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664, *per* McLachlin J. (as she then was)). The integrity of the administration of justice rests on these assumptions. Delicate matters frequently come before courts. For example, although the initial decision not to produce a potentially privileged document is that of counsel, a judge may have to decide whether the document is in fact privileged. The remote possibility of inadvertent

professionnel. Cependant, les présents motifs, qui portent sur l'application ou l'inapplication du secret professionnel de l'avocat à certains éléments communiqués au tribunal, ne sauraient être interprétés de façon à modifier l'obligation déontologique de l'avocat de tenir secret le paiement de ses honoraires ou leur non-paiement dans d'autres contextes.

[32] M^{me} Cunningham et les intervenants font par ailleurs valoir qu'en exposant les motifs de sa demande d'autorisation de cesser d'occuper et en répondant aux questions du tribunal, l'avocat pourrait révéler par mégarde des renseignements confidentiels. Il s'agirait d'un risque si inacceptable que le tribunal devrait s'abstenir d'exercer tout pouvoir discrétionnaire de rejeter la demande. Ils invoquent à l'appui l'affaire *Leask*, où l'avocat demandait l'autorisation de cesser d'occuper en raison d'un désaccord insurmontable avec l'accusé. Le juge de la cour provinciale avait voulu obtenir des précisions pour déterminer si les divergences étaient conciliables (p. 318-319). Dans cette affaire, l'accusé avait lui aussi participé à l'échange. À leur avis, l'exercice est périlleux, car l'accusé pourrait renoncer sans le savoir au secret professionnel et révéler des renseignements par ailleurs protégés.

[33] Je conviens que, dans l'affaire *Leask*, le juge n'aurait pas dû engager pareil échange. Il a maintes fois demandé à l'avocat de justifier en détail sa volonté de cesser d'occuper, même après que ce dernier eut invoqué les règles de déontologie. Il a carrément demandé à l'accusé s'il s'opposait à ce que l'avocat révèle les raisons précises à l'origine de sa demande. Dans cette affaire, les faits en cause étaient sans conteste inacceptables.

[34] Or, l'avocat est présumé connaître ses obligations professionnelles et les respecter. Le juge est présumé connaître le droit (*R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 664, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef)). L'intégrité de l'administration de la justice repose sur ces présomptions. Les tribunaux sont fréquemment appelés à trancher des questions délicates. Par exemple, bien que la décision initiale de ne pas produire un document susceptible d'être privilégié appartienne à l'avocat, un juge peut avoir à décider si le document est effectivement

disclosure in the course of that proceeding does not mean that the ultimate decision must be left solely to counsel in disputed cases. I am of the view that the same is true with respect to withdrawal for non-payment of legal fees in criminal matters. The remote possibility that a judge will inappropriately attempt to elicit privileged information in hearing the application does not justify leaving the decision to withdraw exclusively to counsel.

(2) Exclusive Law Society Oversight

[35] I am also unable to accept the argument of Ms. Cunningham and the interveners that oversight of lawyer withdrawal falls exclusively to the law societies. The law societies play an essential role in disciplining lawyers for unprofessional conduct; however, the purpose of the court overseeing withdrawal is not disciplinary. The court's authority is *preventative* — to protect the administration of justice and ensure trial fairness. The disciplinary role of the law society is *reactive*. Both roles are necessary to ensure effective regulation of the profession and protect the process of the court.

[36] The rules enacted by the law societies are essential statements of the appropriate standards of professional conduct. They offer extensive guidance on when counsel may seek to withdraw from a case. For example, the Law Society of Alberta rules state the following with respect to withdrawal for non-payment of fees:

A lawyer may withdraw upon reasonable notice to the client when justified by the circumstances. Circumstances that may justify, but not require, withdrawal include the following:

- (a) the client fails after reasonable notice to provide funds on account of fees or disbursements in accordance with the agreement made with the lawyer; [c. 14, r. 1]

privilegié. Le risque minime qu'un renseignement protégé puisse alors être révélé par mégarde ne justifie pas que la décision finale appartienne uniquement à l'avocat en cas de contestation. Il en va de même, selon moi, de la cessation d'occuper pour non-paiement d'honoraires dans une affaire criminelle. Le risque minime que le tribunal saisi de la demande tente indûment d'obtenir des renseignements protégés à l'audience ne justifie pas que la décision de cesser d'occuper relève uniquement de l'avocat.

(2) Droit de regard réservé au barreau

[35] Je ne saurais non plus faire droit à l'argument de M^{me} Cunningham et des intervenants voulant que seul le barreau ait un droit de regard en la matière. Le barreau joue un rôle disciplinaire essentiel lorsqu'un avocat commet une faute professionnelle, mais lorsque ce dernier demande à cesser d'occuper, le droit de regard du tribunal n'a pas un objectif disciplinaire. Le pouvoir judiciaire se veut *préventif*. Il vise à protéger l'administration de la justice et à assurer un procès équitable. Le rôle disciplinaire du barreau a un caractère *réactif*. Les deux sont nécessaires pour bien encadrer l'exercice de la profession d'avocat et protéger la procédure de la cour.

[36] Les règles adoptées par les différents barreaux constituent des énoncés fondamentaux des normes professionnelles applicables et elles renseignent abondamment sur les conditions auxquelles l'avocat peut demander l'autorisation de cesser d'occuper. Par exemple, les règles du Barreau de l'Alberta disposent ce qui suit relativement à la cessation d'occuper pour cause de non-paiement des honoraires :

[TRADUCTION] Moyennant un préavis raisonnable au client, l'avocat peut cesser d'occuper lorsque les circonstances le justifient. Les circonstances pouvant justifier l'avocat de se retirer, mais non l'y contraindre, comprennent les suivantes :

- a) le client omet de donner suite à la demande de verser une somme dans un délai raisonnable pour le paiement des honoraires ou des débours conformément à l'entente conclue avec l'avocat; [ch. 14, règle 1]

The Law Society of Upper Canada rules speak directly to withdrawal for non-payment of fees in the criminal context:

Where a lawyer has agreed to act in a criminal case and where the date set for trial is not far enough removed to enable the client to obtain another licensee or to enable another licensee to prepare adequately for trial and an adjournment of the trial date cannot be obtained without adversely affecting the client's interests, the lawyer who agreed to act may not withdraw because of non-payment of fees. [r. 2.09(5)]

[37] The Canadian Bar Association also offers guidance on professional conduct. Its rule on withdrawal states:

The lawyer owes a duty to the client not to withdraw services except for good cause and upon notice appropriate in the circumstances.

(*Code of Professional Conduct* (2009), c. XII)

The commentary to the rule states:

Failure on the part of the client after reasonable notice to provide funds on account of disbursements or fees will justify withdrawal by the lawyer unless serious prejudice to the client would result. [commentary 6]

[38] While the court is not bound to apply law society or Canadian Bar Association codes of professional conduct, these codes "should be considered an important statement of public policy" (*MacDonald Estate*, at p. 1246). These standards complement the court's discretion to refuse withdrawal where the effects on the administration of justice will be severe. For example, the Canadian Bar Association rules recognize the distinct, yet complementary, nature of the functions served by the court and law societies:

Where withdrawal is required or permitted by this Rule the lawyer must comply with all applicable rules of court as well as local rules and practice. [commentary 3]

Une règle du Barreau du Haut-Canada vise directement le retrait pour non-paiement des honoraires dans une affaire criminelle :

L'avocate ou l'avocat qui a consenti à représenter un client ou une cliente ne peut se retirer d'une affaire criminelle en raison du non-paiement des honoraires lorsque la date prévue du procès n'est pas assez éloignée pour permettre à son client ou à sa cliente de changer de titulaire de permis et à cette nouvelle personne de bien se préparer pour le procès et que le report de la date du procès nuirait aux intérêts du client ou de la cliente. [règle 2.09(5)]

[37] L'Association du Barreau canadien établit elle aussi des règles de déontologie professionnelle, notamment en ce qui concerne la cessation d'occuper :

Le devoir de l'avocat envers son client lui interdit de cesser d'occuper sauf pour un bon motif et après l'avoir convenablement avisé, eu égard aux circonstances.

(*Code de déontologie professionnelle* (2009), ch. XII)

Au nombre des commentaires afférents à cette règle figure le suivant :

Le fait qu'un client, après un préavis raisonnable, refuse de verser à l'avocat une provision pour frais ou honoraires donne à l'avocat un motif valable de cesser d'occuper, à condition toutefois que le client ne subisse pas, de ce fait, un préjudice grave. [commentaire 6]

[38] Les normes établies par les codes de déontologie des barreaux ou de l'Association du Barreau canadien ne lient pas les tribunaux, mais elles « doivent être considérées comme un important énoncé de principes » (*Succession MacDonald*, p. 1246). Elles complètent le pouvoir discrétionnaire du tribunal de refuser l'autorisation de cesser d'occuper qui aurait de graves répercussions sur l'administration de la justice. À titre d'exemple, le code de l'Association du Barreau canadien reconnaît que tribunaux et barreaux ont des rôles certes complémentaires, mais distincts :

Chaque fois que la présente règle autorise ou oblige l'avocat à cesser d'occuper pour un client, il doit le faire conformément aux règlements du tribunal devant lequel il plaide et aux règles de procédure qui s'imposent. [commentaire 3]

Both the courts and the law societies play different, but important, roles in regulating withdrawal: the courts prevent harm to the administration of justice and the law societies discipline lawyers whose conduct falls below professional standards. They are not mutually exclusive.

[39] Ms. Cunningham and the interveners submit that court supervision over withdrawal threatens the independence of the bar. As I note above, lawyers are intimately involved in the administration of justice. I do not agree that an exceptional constraint on counsel, necessary to protect the integrity of the administration of justice, threatens counsel's independence. For instance, McLachlin J. in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at pp. 135-36, acknowledged that a court can award costs against counsel personally in rare cases where counsel acts in bad faith by encouraging abuse and delay of the court's process. There is no suggestion that this rare constraint has threatened the independence of the bar. Furthermore, court oversight of lawyer withdrawal has been the practice in Alberta at least since the decision in *C. (D.D.)* in 1996. There is no suggestion that this practice affects the independence of the Alberta bar. Finally, all law society rules recognize that an independent bar has obligations beyond those owed to clients. Lawyers must comply with their professional obligations to the administration of justice and the public; these obligations do not undermine counsel's independence (see, for example: Law Society of Yukon, Parts Two and Three; Law Society of Upper Canada, rr. 4 and 6; Law Society of Alberta, c. 1; Law Society of British Columbia, c. 1).

(3) Conflict of Interest

[40] I am also unpersuaded by the Law Society of British Columbia's point that forcing unwilling counsel to continue may create a conflict between the client's and lawyer's interests. It is argued that where counsel is compelled to work for free, he

Tribunaux et ordres professionnels jouent des rôles différents mais importants dans l'encadrement de l'exercice du droit de cesser d'occuper : les premiers préviennent l'atteinte à l'administration de la justice, les seconds soumettent à des sanctions disciplinaires les avocats qui ne respectent pas les normes professionnelles. Ces rôles ne sont pas mutuellement exclusifs.

[39] M^{me} Cunningham et les intervenants soutiennent qu'un droit de regard du tribunal en la matière compromet l'indépendance professionnelle des avocats, qui, je le rappelle, sont parties prenantes à l'administration de la justice. Je ne saurais convenir qu'une mesure exceptionnelle prise à l'endroit d'un avocat et jugée nécessaire pour préserver l'intégrité de l'administration de la justice compromet l'indépendance de la profession. Dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, aux p. 135-136, la juge McLachlin reconnaît qu'un avocat peut être condamné personnellement aux dépens dans le rare cas où il agit de mauvaise foi en encourageant l'abus de la procédure de la cour et en retardant le déroulement de celle-ci. Nul ne laisse entendre que pareille mesure exceptionnelle a compromis l'indépendance de la profession. De plus, en Alberta, où la cessation d'occuper fait l'objet d'un droit de regard du tribunal depuis à tout le moins l'arrêt *C. (D.D.)* rendu en 1996, ce contrôle ne semble pas avoir eu d'incidence sur l'indépendance des avocats de la province. Enfin, toutes les règles de déontologie reconnaissent que les membres d'un barreau indépendant ont des obligations qui transcendent celles qu'ils ont envers leurs clients. Les avocats doivent respecter leurs obligations professionnelles vis-à-vis de l'administration de la justice et du public, et leur indépendance n'en souffre pas pour autant (voir, p. ex., Barreau du Yukon, parties 2 et 3, Barreau du Haut-Canada, règles 4 et 6; Barreau de l'Alberta, ch. 1; Barreau de la Colombie-Britannique, ch. 1).

(3) Le conflit d'intérêts

[40] Je ne suis pas convaincu non plus par la prétention du barreau de la Colombie-Britannique selon laquelle obliger un avocat à continuer de représenter un client peut opposer les intérêts de l'un et de l'autre. Suivant ce raisonnement, l'avocat contraint

or she may be tempted to give legal advice which will expedite the process in order to cut counsel's financial losses even though wrapping up a criminal matter as quickly as possible may not be in the best interests of the accused. This argument, however, is inconsistent with the Law Society's position — with which I agree — that the court should presume that lawyers act ethically. There are many situations where counsel's personal or professional interests may be in tension with an individual client's interest, for example where counsel acquires an interesting new file that requires immediate attention, or has vacation plans that conflict with the timing of court proceedings affecting the client. Counsel is obligated to be diligent, thorough and to act in the client's best interest. Similarly, if counsel agrees to be retained *pro bono*, he or she must act just as professionally as if acting for the client on a paid retainer of the same nature. Where the court requires counsel to continue to represent an accused, counsel must do so competently and diligently. Both the integrity of the profession and the administration of justice require nothing less.

(4) Rowbotham Orders

[41] The interveners, the Law Society of Yukon, the Criminal Lawyers' Association and the Attorney General of Ontario, directed the Court's attention to *Rowbotham* orders. In *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, the Ontario Court of Appeal found that where an indigent accused, who does not qualify for legal aid, requires legal representation to ensure a fair trial, the court may enter a conditional stay of proceedings until the government provides funded legal counsel (p. 69).

[42] This Court has not commented on the correctness of *Rowbotham* orders (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 90), and given that this was not at issue in the present appeal, the following comments are made in *obiter dicta*. I will note, however, that if such an order were available it would be relevant to the court's decision on whether to decline to grant counsel's request to withdraw.

de travailler sans rémunération peut être tenté de conseiller son client de manière à accélérer la procédure et réduire ainsi son manque à gagner, alors que, en matière pénale, ce n'est pas dans l'intérêt du client. Cela contredit pourtant l'affirmation du barreau — à laquelle je souscris — que les tribunaux doivent présumer que les avocats respectent la déontologie. Les intérêts personnels ou professionnels de l'avocat peuvent souvent se heurter à ceux de ses clients — par exemple, lorsqu'il se voit confier un nouveau dossier intéressant qui requiert une attention immédiate ou que le déroulement d'une instance est compromis par ses projets de vacances. L'avocat doit être diligent et minutieux et agir au mieux des intérêts de son client. S'il accepte d'agir *pro bono*, il doit faire preuve du même professionnalisme que s'il exécutait un mandat contre rémunération. L'avocat auquel le tribunal enjoint de continuer de représenter l'accusé doit le faire avec compétence et diligence. L'intégrité de la profession et l'administration de la justice n'exigent rien de moins.

(4) L'ordonnance de type Rowbotham

[41] Les intervenants Barreau du Yukon, Criminal Lawyers' Association et procureur général de l'Ontario attirent l'attention de notre Cour sur l'arrêt *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, où la Cour d'appel de l'Ontario statue que lorsqu'un accusé impécunieux, mais non admissible à l'aide juridique, doit bénéficier des services d'un avocat pour que son procès soit équitable, le tribunal peut suspendre l'instance jusqu'à ce que l'État paie pour l'obtention de ces services (p. 69).

[42] Notre Cour ne s'est pas prononcée sur le bien-fondé d'une telle ordonnance (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 90), et comme la question n'est pas soulevée dans le présent pourvoi, les remarques qui suivent sont incidentes. À supposer toutefois qu'une telle ordonnance puisse être rendue, elle jouerait dans la décision du tribunal d'autoriser ou non l'avocat à cesser d'occuper.

[43] That said, a *Rowbotham* order could not be a complete substitute to the court's authority to refuse counsel's request to withdraw. As stated by the Ontario Court of Appeal in *Rowbotham*, at p. 69, and later in *R. v. Rushlow*, 2009 ONCA 461, 245 C.C.C. (3d) 505, at paras. 17-21 and 24, a *Rowbotham* order is intended to ensure that an accused receives a fair trial; it does not account for the interests of any other party or person affected by the proceeding. Thus, if delay in the proceedings or the effect on others is the determinative factor in an application for withdrawal for non-payment of fees, a *Rowbotham* order does nothing to address this concern and may even exacerbate it. A *Rowbotham* order requires a separate motion where an accused must satisfy rigorous criteria in order to succeed. A *Rowbotham* order might be relevant to the court's residual discretion to refuse withdrawal, but it cannot operate as a replacement to it.

(5) Remedy of Last Resort

[44] Ms. Cunningham's arguments do not, therefore, support a wholesale denial of the court's jurisdiction to refuse counsel's request to withdraw.

[45] That being said, ordering counsel to work for free is not a decision that should be made lightly. Though criminal defence counsel may be in the best position to assess the financial risk in taking on a client, only in the most serious circumstances should counsel alone be required to bear this financial burden. In general, access to justice should not fall solely on the shoulders of the criminal defence bar and, in particular, legal aid lawyers. Refusing to allow counsel to withdraw should truly be a remedy of last resort and should only be relied upon where it is necessary to prevent serious harm to the administration of justice.

[43] Cela dit, l'ordonnance de type *Rowbotham* ne saurait cependant se substituer entièrement au pouvoir du tribunal de rejeter la demande de l'avocat. Comme le dit la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt du même nom (à la p. 69), ainsi que dans l'arrêt *R. c. Rushlow*, 2009 ONCA 461, 245 C.C.C. (3d) 505, aux par. 17-21 et 24, l'ordonnance vise à assurer à l'accusé un procès équitable; elle ne tient pas compte des intérêts de quelque autre partie ou personne touchée par l'instance. Par conséquent, lorsque le délai dans le déroulement de l'instance ou l'incidence sur un tiers est une considération déterminante aux fins d'accorder ou non l'autorisation de cesser d'occuper pour cause de non-paiement d'honoraires, l'ordonnance de type *Rowbotham* ne résout pas le problème et peut même l'aggraver. Pour l'obtenir, l'accusé doit présenter une autre requête distincte et satisfaire à des critères stricts. L'ordonnance de type *Rowbotham* peut jouer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du tribunal de refuser l'autorisation de cesser d'occuper, mais elle ne peut s'y substituer.

(5) Mesure de dernier recours

[44] L'argumentation de M^{me} Cunningham n'écarte donc pas entièrement le pouvoir du tribunal de refuser à un avocat l'autorisation de cesser d'occuper dans un dossier.

[45] Cela dit, un tribunal ne saurait décider à la légère de contraindre un avocat à représenter un client gratuitement. L'avocat criminaliste est le mieux placé pour déterminer le risque financier que comporte l'acceptation d'un mandat, mais il ne devrait être tenu de supporter seul cette charge financière que dans les circonstances les plus graves. L'accessibilité de la justice ne devrait pas généralement reposer sur les seules épaules des avocats de la défense ni, en particulier, sur celles des avocats de l'aide juridique. L'autorisation de cesser d'occuper ne devrait être refusée à l'avocat qu'en dernier recours et seulement si cela s'impose pour prévenir une atteinte grave à l'administration de la justice.

D. *Refusing Withdrawal*

[46] The court's exercise of discretion to decide counsel's application for withdrawal should be guided by the following principles.

[47] If counsel seeks to withdraw far enough in advance of any scheduled proceedings and an adjournment will not be necessary, then the court should allow the withdrawal. In this situation, there is no need for the court to enquire into counsel's reasons for seeking to withdraw or require counsel to continue to act.

[48] Assuming that timing is an issue, the court is entitled to enquire further. Counsel may reveal that he or she seeks to withdraw for ethical reasons, non-payment of fees, or another specific reason (e.g. workload of counsel) if solicitor-client privilege is not engaged. Counsel seeking to withdraw for ethical reasons means that an issue has arisen in the solicitor-client relationship where it is now impossible for counsel to continue in good conscience to represent the accused. Counsel may cite "ethical reasons" as the reason for withdrawal if, for example, the accused is requesting that counsel act in violation of his or her professional obligations (see, e.g., *Law Society of Upper Canada*, r. 2.09(7)(b), (d); *Law Society of Alberta*, c. 14, r. 2; *Law Society of British Columbia*, c. 10, r. 1), or if the accused refuses to accept counsel's advice on an important trial issue (see, e.g., *Law Society of Upper Canada*, r. 2.09(2); *Law Society of Alberta*, c. 14, r. 1; *Law Society of British Columbia*, c. 10, r. 2). If the real reason for withdrawal is non-payment of legal fees, then counsel cannot represent to the court that he or she seeks to withdraw for "ethical reasons". However, in either the case of ethical reasons or non-payment of fees, the court must accept counsel's answer at face value and not enquire further so as to avoid trenching on potential issues of solicitor-client privilege.

[49] If withdrawal is sought for an ethical reason, then the court must grant withdrawal (see *C. (D.D.)*, at p. 328, and *Deschamps*, at para. 23). Where an ethical issue has arisen in the relationship, counsel

D. *Le rejet de la demande*

[46] Les principes suivants devraient présider à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal de faire droit ou non à la demande présentée par un avocat pour cesser d'occuper.

[47] Le tribunal devrait faire droit à la demande qui est présentée suffisamment à l'avance pour que la procédure inscrite au rôle ne doive pas être reportée. Il n'y a pas lieu alors d'examiner le fondement de la demande ni d'exiger que l'avocat continue de représenter son client.

[48] Lorsque le délai est plus serré, le tribunal est justifié de pousser l'examen. Tant qu'il ne manque pas au secret professionnel, l'avocat peut révéler qu'il veut cesser d'occuper pour des motifs d'ordre déontologique, pour cause de non-paiement de ses honoraires ou pour une autre raison (sa charge de travail, p. ex.). S'il invoque le respect de la déontologie, c'est que sa relation avec son client a évolué de telle sorte qu'il ne peut en conscience continuer de le représenter. L'avocat peut invoquer des « motifs d'ordre déontologique » lorsque, par exemple, l'accusé lui demande de manquer à ses obligations professionnelles (voir, p. ex., *Barreau du Haut-Canada*, règles 2.09(7)b et d); *Barreau de l'Alberta*, ch. 14, règle 2; *Barreau de la Colombie-Britannique*, ch. 10, règle 1) ou qu'il ne suit pas ses conseils sur un point important lié au procès (voir, p. ex., *Barreau du Haut-Canada*, règle 2.09(2); *Barreau de l'Alberta*, ch. 14, règle 1; *Barreau de la Colombie-Britannique*, ch. 10, règle 2). Lorsque la véritable raison à l'origine de la demande est le non-paiement des honoraires, l'avocat ne peut invoquer la déontologie. Toutefois, que l'un ou l'autre soit invoqué, le tribunal doit s'en tenir à l'explication donnée et s'abstenir de pousser l'examen afin de ne pas compromettre le secret professionnel.

[49] La demande d'autorisation de cesser d'occuper présentée pour un motif d'ordre déontologique doit être accueillie (voir les arrêts *C. (D.D.)*, p. 328, et *Deschamps*, par. 23). Lorsqu'un problème d'ordre

may be *required* to withdraw in order to comply with his or her professional obligations. It would be inappropriate for a court to require counsel to continue to act when to do so would put him or her in violation of professional responsibilities.

[50] If withdrawal is sought because of non-payment of legal fees, the court may exercise its discretion to refuse counsel's request. The court's order refusing counsel's request to withdraw may be enforced by the court's contempt power (*C. (D.D.)*, at p. 327). In exercising its discretion on the withdrawal request, the court should consider the following non-exhaustive list of factors:

- whether it is feasible for the accused to represent himself or herself;
- other means of obtaining representation;
- impact on the accused from delay in proceedings, particularly if the accused is in custody;
- conduct of counsel, e.g. if counsel gave reasonable notice to the accused to allow the accused to seek other means of representation, or if counsel sought leave of the court to withdraw at the earliest possible time;
- impact on the Crown and any co-accused;
- impact on complainants, witnesses and jurors;
- fairness to defence counsel, including consideration of the expected length and complexity of the proceedings;
- the history of the proceedings, e.g. if the accused has changed lawyers repeatedly.

As these factors are all independent of the solicitor-client relationship, there is no risk of violating solicitor-client privilege when engaging in this analysis. On the basis of these factors, the court

éthique se pose dans sa relation avec le client, l'avocat peut être *tenu* de se retirer du dossier pour se conformer à ses obligations professionnelles. Le tribunal ne saurait exiger qu'il continue d'occuper au mépris de celles-ci.

[50] Lorsque le non-paiement de ses honoraires est à l'origine de la demande de l'avocat, le tribunal peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la rejeter. Il peut également recourir à son pouvoir en matière d'outrage au tribunal pour faire respecter sa décision de ne pas autoriser l'avocat à cesser d'occuper (*C. (D.D.)*, p. 327). Voici une liste non exhaustive des éléments dont il peut tenir compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de faire droit ou non à la demande :

- la possibilité que l'accusé se défende lui-même;
- l'existence d'autres avenues pour que l'accusé soit représenté;
- les conséquences pour l'accusé d'un délai dans le déroulement de la procédure, spécialement lorsque l'accusé est en détention;
- la conduite de l'avocat (p. ex., s'il a informé l'accusé suffisamment à l'avance pour qu'il puisse trouver un autre représentant ou s'il a demandé dès que possible au tribunal l'autorisation de cesser d'occuper);
- l'incidence sur le ministère public et sur un coaccusé;
- l'incidence sur les plaignants, les témoins et les jurés;
- l'équité envers l'avocat de la défense, compte tenu notamment de la durée prévue de l'instance et de sa complexité;
- l'historique du dossier, y compris le changement d'avocat à répétition.

Ces éléments étant tous étrangers à la relation avocat-client, leur examen ne saurait violer le secret professionnel. Le tribunal doit déterminer, au regard de ces éléments, si l'autorisation de cesser

must determine whether allowing withdrawal would cause serious harm to the administration of justice. If the answer is yes, withdrawal may be refused.

[51] Harm to the administration of justice is not simply administrative inconvenience as the interveners suggest. Harm to the administration of justice recognizes that there are other persons affected by ongoing and prolonged criminal proceedings: complainants, witnesses, jurors and society at large. Because of this, I would respectfully observe that the consideration suggested by the Alberta Court of Appeal in *C. (D.D.)* of whether allotted court time can be otherwise usefully filled is not a relevant consideration in this balancing of interests.

[52] The Manitoba Court of Appeal's decision in *Deschamps* offers a useful example of the appropriate exercise of the court's discretion. Defence counsel was representing the offender in a dangerous offender proceeding. Five days into the proceeding counsel requested an adjournment to allow the offender to be assessed for and receive treatment. The matter was remanded for approximately eight months. During this time difficulties arose with legal aid funding. Because the dangerous offender proceedings were of high complexity, counsel was initially promised a higher fee than provided by the regular tariff. "Financial difficulties" called into question Legal Aid's ability to follow through with the commitment to a higher fee. Defence counsel sought to withdraw due to Legal Aid's alleged breach of contract.

[53] The motions judge determined that there was no breach of contract. However, she found that even if there had been a breach, she would have refused counsel's request to withdraw. In the Court of Appeal, Steel J.A. upheld this decision. She agreed with the motions judge that the factors relevant to denying withdrawal were: the proceeding was serious and complex, the offender could

d'occuper porterait sérieusement atteinte à l'administration de la justice. Dans l'affirmative, il peut la refuser.

[51] Contrairement à ce que prétendent les intervenants, l'atteinte à l'administration de la justice ne s'entend pas seulement des inconvénients d'ordre administratif. Elle s'entend également du fait que l'instance pénale en cours et celle qui se prolonge touchent d'autres personnes : les plaignants, les témoins, les jurés et les citoyens en général. C'est pourquoi j'estime en toute déférence que la considération tenant à la possibilité — dont fait mention la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *C. (D.D.)* — que le tribunal consacre son temps à une autre affaire n'est pas pertinente dans la mise en balance des intérêts en jeu.

[52] L'arrêt *Deschamps* de la Cour d'appel du Manitoba offre un bon exemple d'exercice opportun du pouvoir discrétionnaire du tribunal. L'avocat de la défense représentait un délinquant dans une instance engagée pour que ce dernier soit déclaré délinquant dangereux. Après cinq jours d'audience, il a demandé l'ajournement le temps que le délinquant soit évalué et traité. L'instance a été suspendue pendant environ huit mois et, dans l'intervalle, des problèmes sont survenus relativement aux honoraires versés par l'aide juridique. Vu la grande complexité de la procédure engagée pour faire déclarer une personne délinquant dangereux, il avait été entendu au départ que l'avocat toucherait des honoraires supérieurs à ceux que prévoyait le tarif. Des « difficultés financières » ont remis en question le respect de cet engagement par les services d'aide juridique. L'avocat de la défense a demandé l'autorisation de cesser d'occuper en raison de cette inexécution alléguée du contrat.

[53] La juge des requêtes a conclu qu'il n'y avait pas d'inexécution contractuelle, mais que s'il y en avait eu, elle aurait quand même rejeté la demande. Sa décision a été confirmée en appel. La juge Steel a convenu avec elle que les éléments suivants justifiaient le refus de l'autorisation de cesser d'occuper : l'instance était complexe et son enjeu considérable, le délinquant ne pouvait se défendre seul, l'audition

not represent himself, the proceeding had already begun, there was no immediate prospect of obtaining another lawyer, and the offender was a difficult client who had finally developed a relationship of trust and confidence with this particular counsel. The Court of Appeal agreed with the motions judge that further delay would have resulted from allowing withdrawal and would have caused serious prejudice to the offender. The Court of Appeal noted that after the initial motion, Legal Aid ensured that fees would still be paid, just not at the higher rate. Counsel's application to withdraw was refused.

[54] The question of whether this case meets the high threshold that must be met to refuse leave to withdraw is now moot. The parties and the judge did not have the benefit of these reasons, and the record before this Court does not provide information or analysis on several of the relevant factors. It is, therefore, not clear whether the circumstances of this case would, after full analysis of the relevant factors, justify a refusal of leave to withdraw. I simply emphasize that the threshold for refusing leave to withdraw is a high one and requires a proper basis in the record for its exercise.

E. Procedure to Review a Decision Refusing Withdrawal

[55] This appeal originated in the Supreme Court of the Yukon Territory as an unsuccessful application for an order in the nature of *certiorari*. Ms. Cunningham had to apply for *certiorari* because there is no provision in the *Criminal Code* providing for interlocutory appeals (see s. 674 of the *Criminal Code*). Once the superior court heard the application, Ms. Cunningham appealed to the Court of Appeal (s. 784(1) of the *Criminal Code*) and the Crown in turn to the Supreme Court of Canada (s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26).

[56] There is some question as to how the matter would have proceeded had it originated in a superior

avait commencé, le délinquant ne pouvait obtenir les services d'un autre avocat dans un délai prévisible et, malgré le caractère difficile du délinquant, une relation de confiance s'était établie entre l'avocat et lui. La Cour d'appel a également convenu avec la juge des requêtes que le retrait de l'avocat aurait encore retardé le déroulement de l'instance et causé un grave préjudice au délinquant. Elle a fait observer qu'après la requête initiale, les services d'aide juridique avaient garanti que les honoraires seraient versés, mais au tarif ordinaire. La demande d'autorisation de cesser d'occuper a été rejetée.

[54] La question de savoir si la présente affaire satisfait aux exigences strictes qui doivent être remplies pour qu'un tribunal puisse refuser l'autorisation de cesser d'occuper est désormais théorique. Ni les parties ni le juge n'ont pu bénéficier des présents motifs, et le dossier de notre Cour ne renferme ni information ni analyse concernant plusieurs des éléments pertinents. On ne peut donc pas affirmer avec certitude qu'à l'issue d'une analyse complète des éléments pertinents, les circonstances de la présente espèce justifieraient le refus d'autoriser l'avocate à cesser d'occuper. J'insiste seulement sur le caractère strict des conditions auxquelles l'autorisation peut être refusée et sur la nécessité que le dossier offre l'assise voulue pour que le tribunal exerce son pouvoir en ce sens.

E. Le contrôle des décisions refusant l'autorisation de cesser d'occuper

[55] Le présent pourvoi tire son origine du rejet d'une demande de *certiorari* par la Cour suprême du territoire du Yukon. M^{me} Cunningham avait sollicité un *certiorari* parce qu'aucune disposition du *Code criminel* ne lui permettait d'interjeter un appel interlocutoire (voir l'art. 674 du *Code criminel*). Elle a porté la décision de la cour supérieure en appel devant la Cour d'appel (par. 784(1) du *Code criminel*), puis le ministère public s'est à son tour adressé à la Cour suprême du Canada (art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26).

[56] On peut se demander ce qui serait advenu si le pourvoi avait eu pour origine la décision d'une

court. Both the Alberta and Manitoba Courts of Appeal have found that they do not have jurisdiction over appeals of withdrawal applications from superior courts (*C. (D.D.)*, at p. 330, *Deschamps*, at para. 42). While this Court need not decide the correct procedure for appealing a withdrawal application originating in a superior court, some guidance might be useful. These circumstances seem to be analogous to those in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. *Dagenais* involved a media challenge of a publication ban in a criminal matter. As the media was a third party to the criminal proceedings, the Court determined that this was different than an interlocutory appeal by a party to the action. It concluded that the least undesirable route of appeal was directly from the superior court to the Supreme Court of Canada through s. 40 of the *Supreme Court Act* (p. 862). Similarly, defence counsel is a third party to the main criminal action, so it appears this would be analogous to *Dagenais*.

F. *Certiorari*

[57] Orders in the nature of *certiorari* may only be granted where the inferior court has made a jurisdictional error or an error of law on the face of the record (G. Létourneau, *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure* (1976), at p. 143). Gower J. thought he had to find an excess of jurisdiction to interfere with Lilles Terr. Ct. J.'s exercise of discretion. However, excess of jurisdiction is the standard for a preliminary inquiry judge's decision to either commit an accused to trial or issue a discharge (*Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409, at p. 413; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366, at p. 380; *R. v. Deschamplain*, 2004 SCC 76, [2004] 3 S.C.R. 601, at para. 17). This high threshold for review is premised on the fact that a preliminary inquiry does not result in a final determination of guilt or innocence; therefore, there is less need for broad supervisory remedies (*Dubois*, at pp. 373-74). However, a lawyer seeking withdrawal is not analogous to a committal or discharge at a preliminary inquiry; it is more

cour supérieure. Les cours d'appel de l'Alberta et du Manitoba se sont toutes deux déclarées sans compétence à l'égard d'un appel visant la décision d'une cour supérieure relative à une requête pour cesser d'occuper (arrêts *C. (D.D.)*, p. 330, et *Deschamps*, par. 42). Notre Cour n'a pas à se prononcer sur la procédure à suivre pour en appeler d'une telle décision, mais quelques repères pourraient néanmoins être utiles. La présente espèce s'apparente à première vue à l'affaire *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, où une entreprise de communication contestait une interdiction de publication visant une instance pénale. Comme l'entreprise n'était pas partie à cette instance, notre Cour a estimé que son recours différait de l'appel interlocutoire interjeté par une partie. Elle a conclu que le moyen d'appel le moins inopportun pour contester la décision de la cour supérieure consistait à s'adresser directement à la Cour suprême du Canada en application de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* (p. 862). En l'espèce, l'avocate criminaliste est elle aussi un tiers en ce qui concerne l'instance principale de nature pénale, de sorte que la situation paraît analogue.

F. *Certiorari*

[57] Une demande de *certiorari* ne peut être accueillie que lorsque la juridiction inférieure a rendu une décision erronée sur sa compétence ou commis une erreur de droit manifeste eu égard au dossier (G. Létourneau, *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure* (1976), p. 143). Le juge Gower a estimé qu'il ne pouvait intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que si le juge Lilles, de la Cour territoriale, avait outrepassé sa compétence. Toutefois, en matière d'enquête préliminaire, l'exigence de l'excès de compétence s'applique au renvoi de l'accusé à son procès ou à la décision de le libérer (*Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409, p. 413; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366, p. 380; *R. c. Deschamplain*, 2004 CSC 76, [2004] 3 R.C.S. 601, par. 17). Ce critère de révision strict procède du fait qu'à l'issue d'une enquête préliminaire, le tribunal ne se prononce pas définitivement sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, de sorte que de larges moyens de contrôle sont moins nécessaires (*Dubois*, p. 373-374). La

closely analogous to *Dagenais*, a third-party application. The judge at first instance has the authority to make an immediate and final determination on counsel's application to withdraw. As noted by Steel J.A. in *Deschamps*, refusing an application to withdraw is a coercive and conclusive order with respect to the lawyer (para. 38). Therefore, in this context an order in the nature of *certiorari* should be given its normal scope and can be allowed where there is an error of jurisdiction or an error of law on the face of the record (*Dagenais*, at pp. 864-65).

[58] Because the authority to supervise the conduct of counsel falls within the inherent or necessarily implied jurisdiction of the court, it is difficult to see how a decision to refuse withdrawal could amount to a jurisdictional error. However, it would be open for counsel to argue that the provincial or territorial court judge committed an error of law on the face of the record. Such errors would include, for example, refusing withdrawal when counsel seeks to withdraw for ethical reasons, or failing to consider a relevant factor when exercising discretion over withdrawal for non-payment of fees (see *R. v. Gardiner*, 2008 ONCA 397, 231 C.C.C. (3d) 394, at para. 26, and *Ottawa Citizen Group Inc. v. R.* (2005), 75 O.R. (3d) 590 (C.A.), at para. 49).

6. Conclusion

[59] In sum, a court has the authority to control its own process and to supervise counsel who are officers of the court. The Supreme Court of the Yukon Territory correctly concluded that the Territorial Court had the jurisdiction to refuse to grant counsel's request to withdraw. This jurisdiction, however, should be exercised exceedingly sparingly. It is not appropriate for the court to refuse withdrawal where an adjournment will not be necessary, nor where counsel seeks withdrawal for ethical reasons.

demande présentée par un avocat pour cesser d'occuper ne s'apparente ni au renvoi à procès ni à la libération à l'issue de l'enquête préliminaire. Elle se rapproche davantage de la situation considérée dans l'affaire *Dagenais*, où la demande était présentée par un tiers. Le juge de première instance peut statuer sans délai et définitivement sur la demande d'autorisation de cesser d'occuper. Comme l'indique la juge Steel dans l'arrêt *Deschamps*, le rejet d'une telle demande est une décision contraignante et définitive vis-à-vis de l'avocat (par. 38). Dans ce contexte, il convient donc de reconnaître au *certiorari* sa portée normale et de ne l'accorder qu'en présence d'une décision erronée sur la compétence ou d'une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier (*Dagenais*, p. 864-865).

[58] Comme le pouvoir du tribunal de surveiller le comportement des avocats ressortit à sa compétence inhérente ou à sa compétence par déduction nécessaire, il est difficile de concevoir que le refus d'autoriser un avocat à cesser d'occuper puisse équivaloir à une décision erronée sur sa compétence. Cependant, l'avocat peut faire valoir que le juge de la cour provinciale ou territoriale a commis une erreur de droit au vu du dossier. Pareille erreur s'entend notamment du refus de permettre à l'avocat de cesser d'occuper pour un motif d'ordre déontologique ou de l'omission de tenir compte d'un élément pertinent dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'autoriser ou non la cessation d'occuper pour cause de non-paiement des honoraires (voir *R. c. Gardiner*, 2008 ONCA 397, 231 C.C.C. (3d) 394, par. 26, et *Ottawa Citizen Group Inc. c. R.* (2005), 75 O.R. (3d) 590 (C.A.), par. 49).

6. Conclusion

[59] En résumé, un tribunal est investi du pouvoir de décider du déroulement de l'instance et d'encadrer le travail des avocats en leur qualité d'auxiliaires de justice. La Cour suprême du Yukon a conclu à bon droit que la Cour territoriale pouvait refuser à l'avocat l'autorisation de cesser d'occuper. Ce pouvoir doit toutefois être exercé avec circonspection. Il ne convient pas de refuser le retrait qui n'occasionne pas d'ajournement ni celui qui est justifié par le respect de la déontologie. Le tribunal malencontreusement

Where counsel seeks untimely withdrawal for non-payment of fees, the court must weigh the relevant factors and determine whether withdrawal would cause serious harm to the administration of justice.

7. Disposition

[60] I would allow the appeal. I would decline to grant an order as to costs.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Community Law Clinic, Whitehorse.

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

Solicitors for the intervener the Law Society of British Columbia: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Law Society of Yukon: Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Canadian Bar Association: Gregory P. DelBigio, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Stockwoods, Toronto.

saisi d'une demande d'autorisation de cesser d'occuper pour cause de non-paiement d'honoraires doit sopeser les éléments pertinents et déterminer si y faire droit porterait gravement atteinte à l'administration de la justice.

7. Dispositif

[60] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de refuser d'adjuger des dépens.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Clinique d'aide juridique communautaire, Whitehorse.

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

Procureurs de l'intervenante Law Society of British Columbia : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Barreau du Yukon : Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

Procureur de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Gregory P. DelBigio, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Stockwoods, Toronto.

IN THE MATTER OF a Reference from the Lieutenant Governor in Council pursuant to s. 18(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-10, regarding Broome et al. v. Government of Prince Edward Island and Prince Edward Island Protestant Children's Trust

Hardy Broome et al. *Appellants*

v.

Government of Prince Edward Island and Prince Edward Island Protestant Children's Trust *Respondents*

and

Susan M. Marshall and Blair E. Ross *Intervenors*

INDEXED AS: REFERENCE RE BROOME v. PRINCE EDWARD ISLAND

2010 SCC 11

File No.: 33051.

2009: November 10; 2010: April 1.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR PRINCE EDWARD ISLAND

Torts — Negligence — Duty of care — Relationship between Province and children residing in a privately operated children's home — Children allegedly physically and sexually abused while residing in home between 1928 and 1976 — Whether Province owed duty of care to children by virtue of common law, its statutory authority and responsibility or doctrine of parens patriae — Whether there was sufficient proximity between Province and children living in home to give rise to prima facie duty of care.

DANS L'AFFAIRE D'UN renvoi par le lieutenant-gouverneur en conseil en vertu du par. 18(1) de la *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10, concernant Broome et autres c. Gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard et Prince Edward Island Protestant Children's Trust

Hardy Broome et autres *Appelants*

c.

Gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard et Prince Edward Island Protestant Children's Trust *Intimés*

et

Susan M. Marshall et Blair E. Ross *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À BROOME c. ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

2010 CSC 11

N^o du greffe : 33051.

2009 : 10 novembre; 2010 : 1^{er} avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Relation entre la province et des enfants résidant dans un foyer pour enfants sous administration privée — Enfants alléguant avoir subi des violences physiques ou des sévices sexuels entre 1928 et 1976 alors qu'ils résidaient au foyer — La province avait-elle envers les enfants une obligation de diligence découlant de la common law, des pouvoirs et responsabilités que lui attribuait la loi ou de la doctrine parens patriae? — Le lien de proximité entre la province et les enfants était-il suffisant pour donner naissance à une obligation de diligence prima facie?

Torts — Duty of care — Non-delegable statutory duty — Children allegedly physically and sexually abused while residing in a privately operated children's home between 1928 and 1976 — Whether Province under statutory duty to care for residents of homes.

Torts — Vicarious liability — Fiduciary duty — Children allegedly physically and sexually abused while residing in a privately operated children's home between 1928 and 1976 — Whether sufficient control exercised over home by Province through legislative authority and statutory duties to establish vicarious liability of Province for alleged acts of physical and sexual abuse — Whether direct placement of some children in home by Province provides foundation for Province's vicarious liability — Other than Crown wards, whether Province owed fiduciary duty to residents by virtue of their being either children or residents of children's home.

In an action against the Prince Edward Island Protestant Children's Trust ("Trust") and the Government of Prince Edward Island ("Province"), the plaintiffs alleged physical or sexual abuse as children while they resided in a privately owned and managed children's home ("Home") between 1928 and 1976. Children were taken to the Home for care; some had been orphaned while others could not be cared for by their parents. The Home was closed in 1976 and its remaining assets were vested in the Trust. Both the Province and the Trust deny liability. As a result of the action, the Lieutenant Governor in Council brought a reference to the Prince Edward Island Court of Appeal based upon an Agreed Statement of Facts asking the court for its opinion about whether the Province had certain duties toward children who had allegedly been abused while residing in the Home. In particular, the reference posed 21 questions asking whether the Province (1) owed a general duty of care to the children; (2) had a non-delegable duty in respect of the care given to the residents of the Home; (3) was vicariously liable for the acts or omissions of the Board of Trustees who were entrusted to operate the Home, or the volunteers or staff at the Home; or (4) owed a fiduciary duty to the residents of the Home. The Court of Appeal advised that the Province owed no such duties, subject to certain qualifications regarding: children who were placed in the guardianship of the Province; and those children who had been proposed for placement in the

Responsabilité délictuelle — Obligation de diligence — Obligation intransmissible d'origine législative — Enfants alléguant avoir subi des violences physiques ou des sévices sexuels entre 1928 et 1976 alors qu'ils résidaient dans un foyer pour enfants sous administration privée — La province avait-elle envers les résidents des foyers une obligation de diligence d'origine législative?

Responsabilité délictuelle — Responsabilité du fait d'autrui — Obligation fiduciaire — Enfants alléguant avoir subi des violences physiques ou des sévices sexuels entre 1928 et 1976 alors qu'ils résidaient dans un foyer pour enfants sous administration privée — La province exerçait-elle, en raison de sa compétence législative et de ses obligations légales, un contrôle suffisant sur le foyer pour que sa responsabilité du fait d'autrui soit établie pour les violences physiques et les sévices sexuels allégués? — Le fait que la province ait placé directement certains enfants au foyer peut-il fonder sa responsabilité du fait d'autrui? — La province avait-elle, envers les résidents du foyer qui n'étaient pas des pupilles de l'État, une obligation fiduciaire du fait qu'ils étaient des enfants ou des résidents du foyer pour enfants?

Dans une action intentée contre le Prince Edward Island Protestant Children's Trust (« Trust ») et le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard (la « province »), les demandeurs ont allégué avoir subi des violences physiques et des sévices sexuels pendant leur enfance entre 1928 et 1976 lorsqu'ils résidaient dans un foyer pour enfants sous administration privée appartenant à des intérêts privés (le « foyer »). Certains enfants avaient été confiés aux soins du foyer parce qu'ils étaient orphelins, d'autres parce que leurs parents n'étaient pas en mesure de s'occuper d'eux. Le foyer a été fermé en 1976 et les biens qu'il possédait encore ont été dévolus au Trust. La province et le Trust nient toute responsabilité. Par suite de cette action, le lieutenant-gouverneur en conseil a adressé à la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard un renvoi fondé sur un exposé conjoint des faits afin d'obtenir l'opinion de la cour sur la question de savoir si la province avait certaines obligations envers les enfants qui auraient subi des violences alors qu'ils résidaient au foyer. Le renvoi comportait plus précisément 21 questions visant à déterminer si la province (1) avait une obligation de diligence générale envers les enfants; (2) avait une obligation intransmissible quant au soin des résidents du foyer; (3) était responsable du fait d'autrui pour les actes et omissions du conseil d'administration chargé du fonctionnement du foyer, ou du personnel ou des bénévoles du foyer; ou (4) avait une obligation fiduciaire envers les résidents du foyer. Dans son opinion, la Cour d'appel a conclu que la province n'avait pas de telles obligations,

Home by a provincial employee in respect of whom the court declined to give an opinion.

Held: The appeal should be dismissed.

The reference questions were correctly answered by the Court of Appeal. Subject to the same qualifications stated by the Court of Appeal, the Province owed no duties towards the children residing in the Home. At all relevant times, the legislative scheme maintained two separate streams of child welfare, one private and one public. In order for a privately run children's home to have been considered part of the public stream, either the governing body must have consented to the application of the relevant terms of the legislation or approval must have been granted by the Lieutenant Governor in Council. Given that there is no evidence in the record that the Board of Trustees consented to the application of the relevant legislation to the Home or that approval was either sought or given, the Province had no statutory duties or obligations with respect to the operation, management or supervision of the Home which would give rise to a duty of care. Similarly, the legislation incorporating the Home in 1921 did not impose duties or obligations on the Province. As well, the fact that the Province indirectly funded the operation of the Home cannot support the existence of sufficient proximity between the Province and the children to give rise to a duty of care. The grants were given to the Home with no restrictions and with no accountability requirements; their use was solely at the discretion of the Board of Trustees. Finally, the power of courts to make orders in the best interests of a child under the *parens patriae* doctrine does not support the existence of a private law duty of care on the part of the Province towards children in the care of third parties, and no authority was presented for the proposition that the doctrine imposes a positive duty on the Crown to seek out and address cases of potential child abuse. As found by the Court of Appeal, no duty of care in negligence arose. The facts, considered in light of the applicable legislation, do not support the existence of sufficient proximity between the Province and the residents of the Home, pursuant to the two-stage test used to determine whether a novel duty of care should be recognized.

With respect to the claim that the Province owed a non-delegable duty of care to the residents of the Home, the plaintiffs failed to show that the Province

mais elle a exprimé certaines réserves concernant, d'une part, les enfants qui avaient été placés au foyer parce qu'un employé de la province l'avait proposé et au sujet desquels elle a refusé de se prononcer et, d'autre part, les enfants qui avaient été mis sous la tutelle de la province.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La Cour d'appel a répondu correctement à toutes les questions qui lui avaient été soumises dans le renvoi. Abstraction faite des réserves exprimées par la Cour d'appel, la province n'avait aucune obligation envers les enfants qui résidaient au foyer. À toutes les époques pertinentes, le régime législatif créait deux réseaux distincts de protection de l'enfance, l'un privé et l'autre public. Un foyer pour enfants privé ne pouvait être considéré comme appartenant au réseau public que si son organe directeur consentait à l'assujettir aux dispositions pertinentes de la loi ou s'il recevait l'agrément du lieutenant-gouverneur en conseil. Comme rien dans le dossier n'indique que le conseil d'administration ait consenti à l'application au foyer des dispositions législatives pertinentes ou que cet agrément ait été demandé ou donné, la province n'avait, concernant le fonctionnement, la gestion ou la supervision du foyer, aucune obligation d'origine législative pouvant donner naissance à une obligation de diligence. De même, la loi constitutive du foyer adoptée en 1921 n'imposait pas d'obligations à la province. Par ailleurs, le financement indirect du fonctionnement du foyer par la province ne saurait étayer l'existence, entre la province et les enfants, d'un lien de proximité suffisant pour donner naissance à une obligation de diligence. Les subventions ont été versées au foyer sans restrictions ni exigences de reddition de compte; leur utilisation relevait totalement du pouvoir discrétionnaire du conseil d'administration. Enfin, le pouvoir des tribunaux de rendre des ordonnances dans l'intérêt d'un enfant qui repose sur la doctrine *parens patriae* ne permet pas de conclure que la province aurait une obligation de diligence de droit privé envers des enfants confiés à des tiers et aucune source n'a été invoquée à l'appui de la proposition voulant que la doctrine *parens patriae* impose à l'État l'obligation positive de repérer les cas possibles de sévices commis envers des enfants et d'y remédier. Comme l'a conclu la Cour d'appel, il n'existait pas d'obligation de diligence procédant du droit de la négligence. Les faits, considérés à la lumière des dispositions législatives applicables, ne permettent pas de conclure à l'existence d'un lien de proximité suffisant entre la province et les résidents du foyer selon le test en deux étapes servant à déterminer si une nouvelle obligation de diligence devrait être reconnue.

En ce qui a trait à l'obligation de diligence intransmissible que la province aurait envers les résidents du foyer, les demandeurs ne sont pas parvenus à démontrer

was subject to a statutory duty to use care in the first place. Subject to the qualification given by the Court of Appeal, the Home was not a child welfare agency under the legislation, the children were not foster children or wards of the Province, and the legislation created no role for the Province in the operation of the Home, for the care of the residents, for directing their care, or for ensuring that no harm came to them in the course of their care by the representatives of the Home.

The Court of Appeal also correctly rejected the contention that the Province was vicariously liable for the alleged acts of physical and sexual abuse by the Home's employees. Neither legislative authority nor the placement of children by the Province directly in the Home alone provides a foundation for the Province's vicarious liability. A sufficiently close connection between the Home and the Province has not been established.

Finally, the authority and duties of the Board of Trustees with respect to the operation of the Home and the supervision of the children left no room for a fiduciary relationship between the Province and the children. Other than children who were in provincial guardianship, there were no changes in the relationship between the Province and the residents of the Home, either as a result of a change in factual circumstances or legislative amendments, that would have given rise to a fiduciary relationship.

The limited record put forward in this case, namely a very brief statement of facts and a compendium of legislation, impeded the Court of Appeal in making definitive pronouncements on the issues raised in the reference. The utility of the reference procedure may be called into question where the factual basis for the reference is quite limited.

Cases Cited

Distinguished: *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Blackwater v. Plint*, 2005 SCC 58, [2005] 3 S.C.R. 3; *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; **referred to:** *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Edwards v. Law Society of Upper*

au départ l'existence d'une obligation de diligence d'origine législative. Abstraction faite de la réserve émise par la Cour d'appel, le foyer n'était pas une société d'aide à l'enfance au sens de la loi, les enfants n'étaient pas des enfants placés en famille d'accueil ni des pupilles de la province et les textes législatifs ne conféraient aucun rôle à la province pour ce qui est du fonctionnement du foyer, ni pour ce qui est de veiller au soin des résidents, de donner des directives à ce sujet ou de veiller à ce qu'il n'arrive rien de mal aux résidents lorsque les représentants du foyer s'occupaient d'eux.

La Cour d'appel a aussi eu raison de rejeter la thèse selon laquelle la province était responsable du fait d'autrui pour les violences physiques et les sévices sexuels commis par les employés du foyer. Ni la compétence législative de la province ni le fait qu'elle ait placé directement des enfants au foyer ne saurait, sans plus, fonder la responsabilité du fait d'autrui de la province. L'existence de liens suffisamment étroits entre le foyer et la province n'a pas été établi.

Enfin, les pouvoirs et les obligations du conseil d'administration en ce qui concerne le fonctionnement du foyer et la supervision des enfants ne laissent aucune place à une relation fiduciaire entre la province et les enfants. Sauf en ce qui concerne les enfants mis sous la tutelle de la province, il n'y a pas eu, par suite de changements dans les circonstances factuelles ou de modifications législatives, de changements dans la relation entre la province et les résidents du foyer qui auraient donné naissance à une obligation fiduciaire.

Le dossier limité produit en l'espèce, composé d'un très bref exposé des faits et d'une série de textes législatifs, empêchait la Cour d'appel de trancher définitivement les questions soulevées dans le renvoi. Il est permis de douter de l'utilité de la procédure de renvoi lorsque son fondement factuel est très limité.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Blackwater c. Plint*, 2005 CSC 58, [2005] 3 R.C.S. 3; *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; **arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Cooper*

Canada, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551; *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 SCC 12, [2000] 1 S.C.R. 298; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Carmarthenshire County Council v. Lewis*, [1955] 1 All E.R. 565; *Ellis v. Home Office*, [1953] 2 All E.R. 149; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Re: B.C. Family Relations Act*, [1982] 1 S.C.R. 62; *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145.

Statutes and Regulations Cited

Act to Incorporate The Prince Edward Island Protestant Orphanage, S.P.E.I. 1921, c. 27.
Children's Act, S.P.E.I. 1940, c. 12, Part II [rep. & sub. 1950, c. 6, s. 22], ss. 7, 15, 107.
Children's Protection Act, R.S.P.E.I. 1951, c. 24 [rep. & sub. 1961, c. 3, s. 29].
Children's Protection Act, 1961, S.P.E.I. 1961, c. 3, ss. 1(d), (n), 3(2), 4 to 7, 14, 15, 25.
Children's Protection Act of Prince Edward Island, S.P.E.I. 1910, c. 15, ss. 2(b), 3, 5, 13.
Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, S.P.E.I. 1932, c. 7.
Indian Act, S.C. 1951, c. 29.
Supreme Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. S-10 [rep. 2008, c. 20, s. 73], s. 18.

Authors Cited

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2007 (updated 2009, release 1).
 Klar, Lewis N. *Tort Law*, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2008.
 Strayer, Barry L. *The Canadian Constitution and the Courts*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1988.

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Court of Appeal (Jenkins C.J.P.E.I. and McQuaid and Murphy J.J.A.), 2009 PECA 1, 282 Nfld. & P.E.I.R. 61, 868 A.P.R. 61, 304 D.L.R. (4th) 384, [2009] P.E.I.J. No. 3 (QL), 2009

c. Hobart, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551; *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 CSC 12, [2000] 1 R.C.S. 298; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Carmarthenshire County Council c. Lewis*, [1955] 1 All E.R. 565; *Ellis c. Home Office*, [1953] 2 All E.R. 149; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Renvoi : Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62; *Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145.

Lois et règlements cités

Act to Incorporate The Prince Edward Island Protestant Orphanage, S.P.E.I. 1921, ch. 27.
Children's Act, S.P.E.I. 1940, ch. 12, partie II [abr. & rempl. 1950, ch. 6, art. 22], art. 7, 15, 107.
Children's Protection Act, R.S.P.E.I. 1951, ch. 24 [abr. & rempl. 1961, ch. 3, art. 29].
Children's Protection Act, 1961, S.P.E.I. 1961, ch. 3, art. 1d), n), 3(2), 4 à 7, 14, 15, 25.
Children's Protection Act of Prince Edward Island, S.P.E.I. 1910, ch. 15, art. 2b), 3, 5, 13.
Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, S.P.E.I. 1932, ch. 7.
Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29.
Supreme Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10 [abr. 2008, ch. 20, art. 73], art. 18.

Doctrine citée

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont. : Thomson Carswell, 2007 (updated 2009, release 1).
 Klar, Lewis N. *Tort Law*, 4th ed. Toronto : Thomson Carswell, 2008.
 Strayer, Barry L. *The Canadian Constitution and the Courts*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard (le juge en chef Jenkins et les juges McQuaid et Murphy), 2009 PECA 1, 282 Nfld. & P.E.I.R. 61, 868 A.P.R. 61, 304 D.L.R. (4th) 384, [2009] P.E.I.J. No. 3 (QL), 2009

CarswellPEI 3, in the matter of a reference concerning issues of whether the Province had various duties towards children allegedly sexually and physically abused while residing in a privately owned children's home. Appeal dismissed.

Clinton G. Docken, Q.C., Reynold A. J. Robertson, Q.C., and Mark Freeman, for the appellants.

Denise N. Doiron, for the respondent the Government of Prince Edward Island.

Mark R. Frederick and David W. Hooley, Q.C., for the respondent the Prince Edward Island Protestant Children's Trust.

Written submissions only by the intervener Susan M. Marshall.

No one appeared for the intervener Blair E. Ross.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] This appeal arises from a reference by the Lieutenant Governor in Council to the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (now the Court of Appeal). The reference asked the court for its opinion about whether the provincial government, in the period between 1928 and 1976, had certain duties toward children who had allegedly been physically and sexually abused while residing in a privately operated children's home. The court opined that, subject to certain qualifications, there were no such duties and the appellants now contest that conclusion (2009 PECA 1, 282 Nfld. & P.E.I.R. 61). The Court of Appeal, in my respectful view, made no error and the appellants' appeal ought to be dismissed.

II. Overview of the Facts and Proceedings

[2] The appellants are plaintiffs in an action in the Supreme Court of Prince Edward Island.

CarswellPEI 3, dans un renvoi concernant la question de savoir si la province avait diverses obligations envers des enfants qui auraient subi des violences physiques et des sévices sexuels lorsqu'ils résidaient dans un foyer pour enfants privé. Pourvoi rejeté.

Clinton G. Docken, c.r., Reynold A. J. Robertson, c.r., et Mark Freeman, pour les appelants.

Denise N. Doiron, pour l'intimé le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard.

Mark R. Frederick et David W. Hooley, c.r., pour l'intimée Prince Edward Island Protestant Children's Trust.

Argumentation écrite seulement par l'intervenante Susan M. Marshall.

Personne n'a comparu pour l'intervenant Blair E. Ross.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le pourvoi tire son origine d'un renvoi adressé par le lieutenant-gouverneur en conseil à la Cour suprême, Division d'appel, de l'Île-du-Prince-Édouard (maintenant la Cour d'appel). Le renvoi sollicitait l'opinion de la cour sur la question de savoir si, entre 1928 et 1976, le gouvernement provincial avait certaines obligations envers des enfants qui auraient subi des violences physiques et des sévices sexuels alors qu'ils résidaient dans un foyer pour enfants privé. Dans son opinion, la cour a conclu que de telles obligations n'existaient pas, à certaines réserves près (2009 PECA 1, 282 Nfld. & P.E.I.R. 61). Les appelants contestent maintenant cette conclusion. Selon moi, la Cour d'appel n'a commis aucune erreur et le pourvoi des appelants doit être rejeté.

II. Résumé des faits et historique judiciaire

[2] Les appelants sont demandeurs dans une action intentée devant la Cour suprême de

This proceeding was brought against the Prince Edward Island Protestant Children's Trust and the Government of Prince Edward Island (the "Province"). The appellants allege that they were physically or sexually abused as children while residing in the privately owned and managed Mount Herbert Orphanage, the legal name for which was the Prince Edward Island Protestant Orphanage or, from 1962, the Prince Edward Island Protestant Children's Home ("Home"). Children were taken to the Home for care; some had been orphaned while others could not be cared for by their parents. The Home was closed in 1976 and its remaining assets were vested in the Prince Edward Island Protestant Children's Trust. Both the Province and the Trust deny liability.

[3] Central to the appellants' claims against the Province is that it had either a direct or indirect role in the Home's operation, management and supervision and that this gave rise to various duties to its residents. The Province and the Trust take the position that the Home was privately operated and that the Province had neither a role in, nor any authority with respect to its operation, management or supervision.

[4] In an attempt to clarify the role and responsibilities of the Province in relation to the Home and its residents, the Lieutenant Governor in Council referred 21 questions to the Prince Edward Island Court of Appeal. This reference procedure, at the relevant time provided for by the *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-10, s. 18, permitted the executive branch to seek an advisory opinion from the appellate court of the Province (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 8-16). The relevant parts of the section provided:

18. (1) The Lieutenant Governor in Council may refer any question to the Appeal Division for hearing and consideration.

l'Île-du-Prince-Édouard contre le Prince Edward Island Protestant Children's Trust (« Children's Trust ») et le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard (la « province »). Ils disent avoir subi des violences physiques ou des sévices sexuels pendant leur enfance lorsqu'ils résidaient au Mount Herbert Orphanage, un foyer pour enfants sous administration privée qui appartenait à des intérêts privés et dont le nom officiel était le Prince Edward Island Protestant Orphanage ou, à compter de 1962, le Prince Edward Island Protestant Children's Home (« Children's Home »). Les enfants avaient été confiés aux soins du Children's Home soit parce qu'ils étaient orphelins, soit parce que leurs parents n'étaient pas en mesure de s'occuper d'eux. Le Children's Home a été fermé en 1976 et les biens qu'il possédait encore ont été dévolus au Children's Trust. La province et le Children's Trust nient toute responsabilité.

[3] L'argument central de la thèse des appelants est que la province jouait un rôle direct ou indirect dans le fonctionnement, la gestion et la supervision du Children's Home et qu'elle avait de ce fait diverses obligations envers les enfants qui y résidaient. La province et le Children's Trust soutiennent pour leur part que le Children's Home était un foyer privé et nient que la province ait joué quelque rôle ou détenu quelque pouvoir que ce soit quant à son fonctionnement, à sa gestion ou à sa supervision.

[4] Pour essayer de tirer au clair le rôle et les responsabilités de la province à l'égard du Children's Home et de ses résidents, le lieutenant-gouverneur en conseil a soumis 21 questions à la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard. Cette procédure de renvoi, prévue à l'époque par la *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10, art. 18, permettait au pouvoir exécutif de demander un avis consultatif à la cour d'appel de la province (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 8-16). Voici les parties pertinentes de cette disposition :

[TRADUCTION]

18. (1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut renvoyer une question à la Division d'appel pour audition et examen.

(2) The Appeal Division shall certify its opinion to the Lieutenant Governor in Council, accompanied by a statement of the reasons therefor, and any judge who differs from the opinion may in like manner certify his opinion and reasons.

(7) The opinion of the court upon a question is deemed a judgment of the court, and an appeal shall lie therefrom as from a judgment in an action.

[5] The reference asked the Court of Appeal for its opinion as to whether the relevant legislation and other factors gave rise to various duties and responsibilities on the part of the Province in relation to the residents of the Home. In brief, the Court of Appeal was asked whether the Province: owed a general duty of care to the children placed in the Home; had any statutory duty to supervise the operation of the Home; was vicariously liable for the acts or omissions of the Board of Trustees, who were entrusted to operate the Home, or the volunteers or staff at the Home; owed a fiduciary duty to the residents of the Home; or had a non-delegable duty in respect of the care given to the residents of the Home. This proceeding did not address directly the rights of or the harm inflicted on the alleged victims, or the Province's liability for the alleged abuse; it simply sought the opinion of the Court of Appeal concerning the Province's duties, if any, to the children resident in the Home at the relevant times, based on the Agreed Statement of Facts and the legislation. The complete text of the 21 questions and the statement of agreed facts referred to the Court of Appeal are set out in an appendix to my reasons.

[6] I underline the point that the factual basis for the reference is quite limited. The record consists of a very brief statement of facts and a compendium of legislation. In light of this limitation, the opinion of the court is and must be understood to be based on the record provided to the court: B. L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts* (3rd ed.

(2) La Division d'appel communique son opinion motivée au lieutenant-gouverneur en conseil. Tout juge dissident peut faire de même.

(7) L'opinion de la cour est réputée constituer un jugement de la cour; il peut en être interjeté appel comme s'il s'agissait d'un jugement rendu dans une action.

[5] Le renvoi demandait l'opinion de la Cour d'appel sur la question de savoir si la province avait, envers les résidents du Children's Home, diverses obligations et responsabilités découlant des textes législatifs pertinents ou d'autres facteurs. En bref, on demandait à la Cour d'appel si la province avait : une obligation générale de diligence envers les enfants placés au Children's Home; une obligation d'origine législative de superviser le fonctionnement du Children's Home; une responsabilité du fait d'autrui pour les actes ou omissions du conseil d'administration à qui avait été confiée la gestion du Children's Home, ou pour ceux des bénévoles ou du personnel du Children's Home; une obligation fiduciaire envers les résidents du Children's Home; une obligation intransmissible quant aux soins donnés aux résidents du Children's Home. Cette procédure ne touchait pas directement les droits des victimes alléguées ou les préjudices qui leur avaient été causés, ni la responsabilité de la province à l'égard des violences et sévices allégués; elle visait simplement à obtenir, sur la base de l'exposé conjoint des faits et des lois applicables, l'opinion de la Cour d'appel sur les obligations qui incombaient ou non à la province envers les enfants qui résidaient au Children's Home pendant les périodes en cause. Le texte intégral des 21 questions et l'exposé conjoint des faits soumis à la Cour d'appel sont reproduits en annexe de mes motifs.

[6] Je tiens à souligner que le fondement factuel du renvoi est très limité. Le dossier consiste en un très bref exposé des faits et une série de textes législatifs. Étant donné cette limitation, l'opinion exprimée par la cour est fondée sur le dossier qui lui a été présenté et doit être considérée comme telle : B. L. Strayer, *The Canadian Constitution*

1988), at pp. 331-32. Moreover, the court has discretion to give qualified answers to, or to decline to answer, the reference questions if the record does not permit a definitive response: *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at para. 10; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 545; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at p. 806; and *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 26-30.

[7] The very limited factual basis for the reference impedes the Court in making definitive pronouncements about the issues raised to the point of putting the utility of the reference process in question. The Court of Appeal appropriately found that it had to limit the scope of its answers. It thus added two important qualifications to its general conclusion that the duties for which the appellants contend did not arise. The reference relates to the situation of the plaintiffs who, as noted, were residents of the Home between 1928 and 1976 and who were taken there primarily by their parents, family members, guardians or charities (Agreed Fact #6). The Court of Appeal found it necessary, however, to make distinctions among this group and these distinctions led the court to add the two qualifications to which I have just referred (paras. 85-93).

[8] First, 14 of the plaintiffs were placed in the guardianship of the Province between 1956 and 1964 while still resident in the Home (Agreed Fact #9). The Court of Appeal concluded that the Province owed a duty of care to those specific children for the period of the wardship (paras. 29-31, 89-93, and 138). The Province also owed these 14 children a fiduciary duty as wards during the period of the wardship (paras. 120-22 and 142). Second, between 1958 and 1962, 10 of the 14 plaintiffs just described were proposed for placement in the Home by a provincial employee, before

and the Courts (3^e éd. 1988), p. 331-332. La cour a en outre le pouvoir discrétionnaire de donner des réponses assorties de réserves ou de refuser de répondre aux questions énoncées dans le renvoi si le dossier ne lui permet pas de donner une réponse définitive : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 10; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 545; *Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, p. 806; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 26-30.

[7] Le fondement factuel très limité du renvoi nuit au prononcé d'une décision de la Cour qui trancherait définitivement les questions soulevées, à tel point qu'il est permis de douter de l'utilité même du renvoi. La Cour d'appel a jugé, à bon droit, qu'elle devait restreindre la portée de ses réponses. Elle a ainsi assorti de deux réserves importantes sa conclusion générale suivant laquelle les obligations invoquées par les appelants n'ont jamais existé. Le renvoi porte sur le cas des demandeurs qui, comme je l'ai indiqué, ont résidé au Children's Home entre 1928 et 1976 et qui y avaient été conduits principalement par leurs parents, par d'autres membres de leur famille, par leurs tuteurs ou par des organismes de bienfaisance (exposé conjoint, par. 6). La Cour d'appel a cependant jugé nécessaire de faire des distinctions entre les membres de ce groupe et ces distinctions l'ont amenée à ajouter les deux réserves que je viens d'évoquer (par. 85-93).

[8] Premièrement, 14 des demandeurs ont été mis sous la tutelle de la province entre 1956 et 1964 alors qu'ils se trouvaient toujours au Children's Home (exposé conjoint, par. 9). La Cour d'appel a conclu que la province avait une obligation de diligence envers ces enfants pendant la période de la tutelle (par. 29-31, 89-93 et 138). Pendant la même période, la province avait également une obligation fiduciaire envers ces 14 enfants, du fait qu'ils étaient ses pupilles (par. 120-122 et 142). Deuxièmement, entre 1958 et 1962, un employé de la province avait proposé le placement au Children's Home de 10

they were accepted as residents (Agreed Fact #8). The Court of Appeal ultimately declined to give an opinion concerning a duty to these children. It reasoned the potential liability of the Province in connection with negligent placement of children was not before the court, as the reference questions and the Agreed Statement of Facts focussed on the duties of the Province to children as residents of the Home, rather than because of their placement by the Province in the Home (paras. 33, 85 and 137).

[9] These qualifications were not challenged in this appeal and what follows is subject to them.

III. Analysis

[10] The appellants contend that, contrary to the Court of Appeal's conclusion, the child welfare legislation in force at the time, along with other factors, support the existence of various duties or liabilities owed to them by the Province. Their position may best be considered by answering four questions:

1. Did the Province owe a duty of care by virtue of the common law, its statutory authority and responsibility, or the doctrine of *parens patriae*?
2. Did the Province owe a non-delegable duty?
3. Was the Province vicariously liable for the acts or omissions of the Trustees, staff, or volunteers, working in the Home?
4. Did the Province owe a fiduciary duty to the residents of the Home?

[11] I will address these questions in turn.

des 14 demandeurs en question, avant qu'ils soient acceptés à titre de résidents (exposé conjoint, par. 8). La Cour d'appel a refusé, tout compte fait, de se prononcer sur l'existence d'une obligation envers ces enfants. Elle a estimé ne pas être saisie de la responsabilité possible de la province pour négligence dans le placement des enfants, étant donné que les questions énoncées dans le renvoi et l'exposé conjoint des faits étaient centrées sur les obligations de la province envers les enfants résidant au Children's Home plutôt que sur le placement des enfants dans ce foyer par la province (par. 33, 85 et 137).

[9] Ces réserves n'ont pas été contestées dans le pourvoi et les motifs qui suivent sont assortis des mêmes réserves.

III. Analyse

[10] Les appelants soutiennent que, contrairement à la conclusion de la Cour d'appel, les textes législatifs en vigueur à l'époque en matière de protection de l'enfance, ainsi que d'autres facteurs, permettent de conclure à l'existence de diverses obligations ou responsabilités de la province envers eux. La meilleure façon d'examiner leur thèse consiste à répondre aux quatre questions suivantes :

1. La province avait-elle une obligation de diligence en vertu de la common law, des pouvoirs et responsabilités que lui attribuaient les textes législatifs ou de la doctrine *parens patriae*?
2. La province avait-elle une obligation intransmissible?
3. La province était-elle responsable du fait d'autrui pour les actes ou omissions des membres du conseil d'administration, du personnel ou des bénévoles travaillant au Children's Home?
4. La province avait-elle une obligation fiduciaire envers les résidents du Children's Home?

[11] J'examinerai successivement chacune de ces questions.

A. *Duty of Care in Negligence*(1) The Appellants' Position and the Relevant Legal Principles

[12] As the Court of Appeal correctly noted, the appellants must establish either the duty of care for which they contend has been settled by existing authority, or that their case meets a two-stage test which is used to determine if a new duty of care should be recognized. Although the appellants maintain that their situation is analogous to cases in which a duty of care has been found, they do not contend, nor in my view could they, that their case is sufficiently similar to other decided cases so that it could be said that the existence of a duty of care to them is settled by authority. Thus, I agree with the Court of Appeal that their claim is based on a novel duty of care and must be assessed according to the two-stage test used to determine whether such duties should be recognized.

[13] That two-stage test was first enunciated in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), and later accepted and endorsed by this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. Since then, the *Anns/Kamloops* test has been applied by the Court in many cases including *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562, *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643, *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551, and *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737. This test is the appropriate one even though the appellants mainly rely on statutory duties. Such duties do not generally, in and of themselves, give rise to private law duties of care. The *Anns/Kamloops* test determines whether public as well as private actors owe a private law duty of care to individuals enabling them to sue the public actors in a civil suit: see, e.g., *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000

A. *L'obligation de diligence procédant du droit de la négligence*(1) La position des appelants et les principes de droit applicables

[12] Comme l'a signalé à juste titre la Cour d'appel, les appelants doivent démontrer soit que l'obligation de diligence invoquée a été établie par la jurisprudence existante, soit que leur cause satisfait à un test en deux étapes utilisé pour déterminer s'il y a lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence. Bien que les appelants affirment que leur situation est analogue à d'autres situations dans lesquelles l'existence d'une obligation de diligence a été reconnue, ils ne soutiennent pas pour autant — et ne pourraient selon moi soutenir — que la similitude entre leur cause et d'autres causes déjà jugées est suffisante pour qu'il soit possible de dire que la jurisprudence confirme l'existence d'une obligation de diligence à leur endroit. J'estime donc, comme la Cour d'appel, que leur demande est fondée sur une nouvelle obligation de diligence et doit être examinée selon le test en deux étapes servant à déterminer si une telle obligation devrait être reconnue.

[13] Ce test en deux étapes a été formulé pour la première fois dans *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), puis reconnu et approuvé par la Cour dans *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Depuis, la Cour a appliqué le critère *Anns/Kamloops* à de nombreuses reprises, notamment dans *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643, *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551, et *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737. C'est ce test qu'il convient d'appliquer en l'espèce, même si les appelants invoquent principalement des obligations d'origine législative. De telles obligations n'engendrent généralement pas, à elles seules, des obligations de diligence de droit privé. Le critère *Anns/Kamloops* sert à déterminer si des entités publiques, comme des entités privées, ont envers des particuliers une obligation

SCC 12, [2000] 1 S.C.R. 298, at para. 16; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, at para. 22.

[14] The first step under the *Anns/Kamloops* test is to ask whether the relationship between the appellants and the respondents discloses sufficient foreseeability and proximity to establish a *prima facie* duty of care. If it does, the analysis moves to the second step which is concerned with whether there are residual policy considerations, transcending the relationship between the parties, that negate the existence of such a duty.

[15] The appellants submit that the Province had a duty of care to the children in the Home because its relationship to them was a type of paternalistic relationship of supervision and control analogous to that between a parent and child. They separate their submissions into distinct arguments about a duty of care arising at common law, by statute or by virtue of the *parens patriae* doctrine. However, in my view, all of these submissions must be considered in relation to the critical question of whether there was sufficient foreseeability of harm and sufficient proximity between the Province and the children living in the Home to give rise to a *prima facie* duty of care. Although the Court of Appeal found that the harm was not foreseeable, in my view the limited facts before the Court make it difficult to come to a decision about the issue of foreseeability. For example, we have no facts about what the Province knew or might reasonably be taken to have known at the time the alleged harm occurred. Accordingly, in my view, it is better to focus the analysis on whether there was sufficient proximity between the Province and the children in the Home.

[16] The question of whether there is sufficient proximity is concerned with whether the relationship between the plaintiff and defendant is sufficiently close and direct to give rise to a legal duty of care, considering such factors as physical

de diligence de droit privé habitant ces derniers à poursuivre les entités publiques au civil : voir, p. ex., *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, 2000 CSC 12, [2000] 1 R.C.S. 298, par. 16; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, par. 22.

[14] La première étape du critère *Anns/Kamloops* consiste à se demander s'il ressort de la relation entre les appelants et les intimés une prévisibilité et une proximité suffisantes pour établir une obligation de diligence *prima facie*. Si tel est le cas, on passe à la deuxième étape de l'analyse en vérifiant s'il existe d'autres considérations de politique générale qui transcendent la relation entre les parties et contredisent l'existence d'une telle obligation.

[15] Les appelants soutiennent que la province avait une obligation de diligence envers les enfants du Children's Home parce que sa relation avec eux s'apparentait au lien paternel de surveillance et de contrôle qui unit un parent à son enfant. Leur plaidoirie est divisée en groupes d'arguments distincts selon que l'obligation de diligence alléguée tire son origine de la common law, des textes législatifs ou de la doctrine *parens patriae*. Or, selon moi, tous ces arguments doivent être envisagés sous l'angle de la question capitale de savoir si la prévisibilité d'un préjudice et la proximité entre la province et les enfants vivant au Children's Home étaient suffisantes pour engendrer une obligation de diligence *prima facie*. La Cour d'appel a conclu que le préjudice n'était pas prévisible, mais il me semble difficile de trancher la question de la prévisibilité au vu du contexte factuel limité présenté à la Cour. Nous ne disposons, par exemple, d'aucun fait concernant ce que la province savait ou pouvait raisonnablement être présumée savoir au moment du préjudice allégué. Pour moi, il vaut donc mieux axer l'analyse sur la question de l'existence d'une proximité suffisante entre la province et les enfants du Children's Home.

[16] L'existence d'une proximité suffisante tient à la question de savoir si la relation entre le demandeur et le défendeur est suffisamment étroite et directe pour donner naissance à une obligation juridique de diligence, compte tenu de facteurs tels que

closeness, expectations, representations, reliance and the property or other interests involved: *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, at paras. 23-24 and 29.

[17] While the appellants rely heavily on the relevant statutory provisions, they also point to a number of other considerations which they say establish the necessary proximity between them and the Province. These factors include that the Province provided funding to the Home; that there was a *parens patriae* duty owed by the Province to the children in the Home; and that there were children in the Home whom the Province had proposed for placement there or for whom it had guardianship while they were residing there. Citing *Carmarthenshire County Council v. Lewis*, [1955] 1 All E.R. 565 (H.L.), and *Ellis v. Home Office*, [1953] 2 All E.R. 149 (C.A.), they say that their relationship to the Province is similar to the relationship between teachers and students, or prison officials and prisoners, both categories of cases in which a duty of care has been recognized. The parties place no reliance on any possible distinction between nonfeasance and misfeasance in their submissions on proximity.

[18] Before moving on to the relevant legislation, I note that in the Court of Appeal, the appellants relied on the fact of the regular presence in the Home of Dr. Beck, a psychiatrist in the employ of the provincial Department of Health, between 1964 and 1967. According to the Agreed Statement of Facts, Dr. Beck became involved with the Home on his own initiative as a volunteer and reported to the Board of Trustees, not the Province. Although he is said to have authored a report which he provided to the Board, containing recommendations regarding the future role and operation of the Home, there is no further information in the record about its contents (Agreed Fact #5). The Court of Appeal concluded that, on these facts, Dr. Beck's involvement did not materially contribute to the

la proximité physique, les attentes, les déclarations, la confiance, les biens en cause et les autres intérêts en jeu : *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, par. 23-24 et 29.

[17] Les appelants appuient dans une très large mesure leur argumentation sur les dispositions législatives pertinentes, mais ils font aussi valoir plusieurs autres facteurs qui, d'après eux, établissent le lien de proximité requis entre eux et la province, notamment le financement accordé au Children's Home par la province, l'existence d'une obligation *parens patriae* de la province envers les enfants résidant au Children's Home et le fait que certains enfants du Children's Home y avaient été placés parce que la province l'avait proposé ou étaient devenus les pupilles de la province pendant qu'ils y résidaient. Citant *Carmarthenshire County Council c. Lewis*, [1955] 1 All E.R. 565 (H.L.), et *Ellis c. Home Office*, [1953] 2 All E.R. 149 (C.A.), ils disent que leur relation avec la province est semblable à celle existant entre des élèves et leur professeur ou entre des prisonniers et des agents carcéraux, deux catégories de relations que la jurisprudence a reconnues comme engendrant une obligation de diligence. Les parties ne font valoir aucune distinction possible entre l'inaction et l'action fautive pour étayer leurs prétentions sur la question de la proximité.

[18] Avant d'en venir aux textes législatifs pertinents, j'observe que, devant la Cour d'appel, les appelants ont invoqué la présence régulière au Children's Home du D^r Beck, un psychiatre ayant travaillé pour le ministère de la Santé de la province entre 1964 et 1967. Selon l'exposé conjoint des faits, le D^r Beck a commencé à travailler au Children's Home de sa propre initiative, à titre bénévole, et il était sous l'autorité du conseil d'administration, et non de la province. Il aurait rédigé et remis au conseil d'administration un rapport renfermant des recommandations sur le rôle futur et le fonctionnement du Children's Home, mais aucun autre renseignement n'a été fourni quant au contenu de ce rapport (exposé conjoint, par. 5). La Cour d'appel a conclu que, selon ces faits, le rôle joué par le

appellants' attempt to establish proximity between the Province and the residents of the Home. In this Court, the appellants have not pursued any arguments relying on the facts relating to Dr. Beck. I will therefore say nothing further about them other than that I see no reason to doubt the correctness of the Court of Appeal's approach to this issue.

[19] I will now turn to the relevant legislation.

(2) The Legislation

[20] Whether sufficient proximity exists here turns mainly on the role of the Province in relation to the Home. This, in turn, is primarily a question of statutory interpretation although, as mentioned, the appellants rely on other factors as well in support of the existence of a duty of care on the part of the Province. The relevant legislation consists of the child welfare laws of the Province during the period and the statutes relating to the incorporation and operation of the Home. I will deal with these two types of legislation in turn.

(a) *The Child Welfare Legislation*

[21] During the period in issue, Prince Edward Island's child welfare legislation effectively created a two-stream system of child welfare. One stream was essentially a private one. This private stream consisted of orphanages and children's homes, like the one in issue here, which were operated by benevolent organizations. While some of these organizations received funding from the Province, on the face of the legislation they operated independently. As we shall see, contrary to the position advanced by the appellants and Ms. Marshall, who had intervenor status before the Court of Appeal and made written submission in this Court, the legislation enacted by the Province during this period did not create any general duty of care towards children residing in the Home. The other stream was a

D^r Beck ne contribuait pas utilement à établir le lien de proximité entre la province et les résidents du Children's Home dont les appelants essayaient de prouver l'existence. Devant nous, les appelants n'ont développé aucun argument fondé sur les faits concernant le D^r Beck. Je me contenterai donc de dire à ce propos que je ne vois aucune raison de mettre en doute la justesse de la façon dont la Cour d'appel a traité la question.

[19] J'en arrive maintenant aux textes législatifs pertinents.

(2) Les textes législatifs

[20] L'existence d'un lien de proximité suffisant en l'espèce dépend principalement du rôle de la province à l'égard du Children's Home. Ce rôle, quant à lui, tient essentiellement à une question d'interprétation législative, même si les appelants, comme je l'ai déjà mentionné, invoquent aussi d'autres éléments à l'appui de l'existence d'une obligation de diligence de la province. Les textes pertinents sont les lois provinciales sur la protection de l'enfance applicables à l'époque pertinente et les lois touchant la constitution en personne morale et le fonctionnement du Children's Home. J'examinerai successivement ces deux catégories de textes législatifs.

a) *Les lois sur la protection de l'enfance*

[21] Pendant la période en cause, le régime de protection de l'enfance établi par la législation de l'Île-du-Prince-Édouard était en fait constitué de deux réseaux. Le premier, de nature essentiellement privée, était formé d'orphelinats et de foyers pour enfants comme celui dont il est question en l'espèce, dirigés par des organisations bénévoles. Certaines de ces organisations recevaient un financement de la province, mais il ressort du libellé de la loi qu'elles fonctionnaient de façon autonome. Contrairement à la position défendue par les appelants et par M^{me} Marshall, qui avait le statut d'intervenante devant la Cour d'appel et a présenté des observations écrites à notre Cour, les textes législatifs édictés par la province pendant cette période n'ont créé, comme nous le verrons, aucune obligation générale

public one, consisting of Children's Aid Societies (or Child Welfare Agencies, as they were later called) which were approved by the Province under statute and were subject to statutory standards and obligations in relation to child welfare.

[22] Until 1961, the statutes do not support the appellants' contention that the Province had any role in the operation, management or supervision of the Home. A more difficult question is whether this changed with the significant amendments made in 1961. However, for reasons I will set out below, my view is that these amendments did not fundamentally change the structure of the provincial child welfare scheme. It continued to consist of two streams, a public one and a private one, with the Home being part of the latter.

[23] My detailed review of this legislation follows.

(i) Legislation to 1961

[24] I will consider here two pieces of legislation: the child welfare legislation enacted in 1910 and in 1940. Both of these Acts were amended on a number of occasions. However, these amendments were not placed before the Court on the reference and no submissions have been directed to them. I will therefore not address the various amendments in my reasons other than in passing.

1. *The 1910 Act*

[25] The time period covered by the reference begins in 1928. At that time, the child welfare legislation in effect was *The Children's Protection Act of Prince Edward Island*, S.P.E.I. 1910, c. 15. It provided for the appointment by the Lieutenant Governor in Council of the Superintendent of Neglected and Dependent Children, who was responsible for assisting in the establishment of Children's Aid Societies (organizations whose

de diligence envers les enfants qui résidaient au Children's Home. Le deuxième réseau, de nature publique, était formé de sociétés d'aide à l'enfance (ou agences de protection de l'enfance, selon l'appellation ultérieure) agréées par la province et soumises à des normes et obligations relatives au bien-être des enfants établies par le législateur.

[22] Jusqu'en 1961, les textes législatifs ne confortent aucunement l'assertion des appelants selon laquelle la province jouait un rôle dans le fonctionnement, la gestion ou la supervision du Children's Home. Il est plus difficile de se prononcer sur la question de savoir si la situation à cet égard a changé lors des importantes modifications législatives de 1961. Toutefois, pour les raisons exposées plus loin, j'estime que ces modifications n'ont pas changé de manière fondamentale la structure du régime provincial de protection de l'enfance. Celui-ci était toujours constitué, d'une part, d'un réseau public et, d'autre part, d'un réseau privé auquel le Children's Home appartenait.

[23] Je passe maintenant à l'examen détaillé de ces textes législatifs.

(i) Les textes antérieurs à 1961

[24] Je m'intéresserai ici aux deux lois sur la protection de l'enfance adoptées en 1910 et en 1940. L'une et l'autre ont été modifiées à plusieurs reprises. Toutefois, ces modifications n'ont pas été produites dans le cadre du renvoi et les parties n'ont pas présenté d'observations les concernant. Je n'aborde donc ces diverses modifications qu'accessoirement.

1. *La loi de 1910*

[25] La période visée par le renvoi commence en 1928. À cette époque, le texte régissant la protection de l'enfance était la *Children's Protection Act of Prince Edward Island*, S.P.E.I. 1910, ch. 15. Cette loi prévoyait la désignation par le lieutenant-gouverneur en conseil du *Superintendent of Neglected and Dependent Children* (« surintendant »), chargé d'aider à l'établissement de sociétés d'aide à l'enfance (des organisations dont la

object was the care and protection of children), and in visiting institutions where children were placed pursuant to the legislation. The 1910 Act provided for the creation and supervision of temporary homes or shelters for neglected children, and made provisions for the apprehension of neglected children, the selection of foster homes (by Children's Aid Societies), the surrender of children by parents, and wardship.

[26] Contrary to the appellants' submissions, the 1910 Act did not impose obligations on the Superintendent in respect of privately run institutions such as the Home. While the appellants are correct to point out that the Superintendent had statutory obligations in relation to establishing and advising Children's Aid Societies (s. 3), there is no evidence that the Home was a Children's Aid Society. Put another way, the Home was a privately run orphan or children's home, not a provincially approved child welfare provider (i.e. a society approved by the Lieutenant Governor in Council for the purposes of the 1910 Act, s. 2(b)). Similarly, while the Superintendent had a statutory duty to direct and supervise the visiting of a place where a neglected or dependent child had been placed, this statutory duty only applied to children placed pursuant to the provisions of the Act (s. 3(d)). This included places in the public stream: temporary homes and shelters provided for under the Act by the municipal government (s. 5), Children's Aid Societies, and foster homes. It did not include institutions such as the Home which were operated by third parties. The 1910 Act applied to such institutions only when the governing body agreed to become part of the public stream. There is no evidence that the Home did so. So, for example, an orphan or children's home could be used as a temporary home or shelter under the Act, but only with the consent of the governing body of the orphan or children's home (s. 5(2)). The consent of the governing body of an orphan or children's home (operating as a temporary home or shelter under the 1910 Act) was further required for a Children's Aid Society to supervise and manage the children there (s. 5(3)). However, as noted, there is

mission consistait à veiller au soin et à la protection des enfants) et d'inspecter les établissements où des enfants étaient placés en vertu des dispositions de la loi. La loi de 1910 prévoyait la création et la supervision de foyers ou refuges temporaires destinés aux enfants négligés et comportait des dispositions relatives à l'apprehension des enfants négligés, à la sélection de familles d'accueil (par les sociétés d'aide à l'enfance), à l'abandon d'enfants par leurs parents et à la tutelle.

[26] Contrairement à ce que prétendent les appelants, la loi de 1910 n'imposait aucune obligation au surintendant en ce qui concerne les établissements privés tels que le Children's Home. Les appelants ont raison de souligner que cette loi lui imposait des obligations relativement à l'établissement des sociétés d'aide à l'enfance et aux indications à leur donner (art. 3), mais aucune preuve n'établit que le Children's Home était une société d'aide à l'enfance. Autrement dit, le Children's Home était un orphelinat ou un foyer pour enfants privé, et non un prestataire de services de protection de l'enfance agréé par la province (soit une société agréée par le lieutenant-gouverneur en conseil au sens de la loi de 1910, al. 2b)). De même, s'il est vrai que le surintendant était tenu par la loi d'ordonner et de superviser l'inspection d'un lieu où avait été placé un enfant négligé ou en état de dépendance, cette obligation s'appliquait uniquement à l'égard des enfants placés en vertu des dispositions de la loi (al. 3d)). Les lieux appartenant au réseau public étaient donc visés : foyers et refuges temporaires mis en place par les autorités municipales en vertu de la loi de 1910 (art. 5), sociétés d'aide à l'enfance et familles d'accueil. Par contre, les établissements qui étaient administrés par des tiers, comme le Children's Home, ne l'étaient pas. La loi de 1910 s'y appliquait uniquement lorsque l'organe directeur acceptait que l'établissement fasse partie du réseau public. Aucune preuve n'indique que cela aurait été le cas pour le Children's Home. Par exemple, la loi permettait que les orphelinats ou foyers pour enfants soient utilisés comme foyers ou refuges temporaires, mais seulement avec le consentement de l'organe directeur de l'établissement (par. 5(2)). De plus, l'organe directeur de l'orphelinat ou du foyer pour enfants (utilisé

nothing in the record to show that the Home ever did so.

[27] The appellants contend that the 1910 Act conferred on the Superintendent a right of inspection and that this provision in effect created a duty to inspect the Home (s. 13). However, as pointed out earlier in the discussion of s. 3(d), this right of inspection only applied to places where a child was committed for care *under the provisions of the Act*. There is no evidence in the record that any of the appellants were so committed.

[28] In short, the legislative scheme maintained two separate streams of child welfare, one private and one public. The Province only had roles and duties in relation to an institution in the private stream, such as the Home, if its governing body consented to the involvement of the Province. I conclude, as did the Court of Appeal, that on the record before the Court, the 1910 Act did not impose on the Province any statutory duties in relation to children residing in the Home. The statute thus does not support the existence of any proximity between those children and the Province by virtue of their residence in the Home at that time.

2. *The 1940 Act*

[29] The 1940 Act, entitled *The Children's Act*, S.P.E.I. 1940, c. 12, repealed and replaced the 1910 Act, as well as the previous legislation dealing with financial support for deserted wives and children (*The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, S.P.E.I. 1932, c. 7). The 1940 Act, Part II, maintained the distinction between privately and publicly streamed institutions and the corresponding role of the provincial government (through the Superintendent, or as the office was later called,

comme foyer ou refuge temporaire en vertu de la loi de 1910) devait donner son consentement pour qu'une société d'aide à l'enfance puisse superviser et gérer le soin des enfants qui s'y trouvaient (par. 5(3)). Or, comme je l'ai mentionné, rien dans le dossier n'indique que ce consentement ait déjà été donné dans le cas du Children's Home.

[27] Les appelants prétendent que la loi de 1910 conférait un droit d'inspection au surintendant et que cette disposition créait en fait une obligation d'inspecter le Children's Home (art. 13). Mais, comme je l'ai déjà signalé au sujet de l'al. 3d, ce droit d'inspection s'appliquait uniquement à l'égard des lieux où un enfant était placé *en vertu des dispositions de la loi*. Or, il n'y a dans le dossier aucune preuve indiquant que l'un des appelants aurait été ainsi placé au Children's Home en vertu des dispositions de la loi.

[28] En résumé, le régime législatif créait deux réseaux distincts de protection de l'enfance, l'un privé et l'autre public. Dans le cas des établissements du réseau privé, comme le Children's Home, la province n'avait un rôle à jouer et des obligations que si l'organe directeur de l'établissement y consentait. À l'instar de la Cour d'appel, j'arrive à la conclusion que, selon le dossier présenté à la Cour, la loi de 1910 n'imposait à la province aucune obligation d'origine législative à l'égard des enfants résidant au Children's Home. Par conséquent, cette loi ne permet pas de conclure à l'existence, entre ces enfants et la province, d'un lien de proximité découlant du fait qu'ils résidaient au Children's Home à l'époque.

2. *La loi de 1940*

[29] La loi de 1940, intitulée *The Children's Act*, S.P.E.I. 1940, ch. 12, a abrogé et remplacé la loi de 1910 ainsi que la loi antérieure sur le soutien financier aux femmes et enfants abandonnés (*The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, S.P.E.I. 1932, ch. 7). La Partie II de la loi de 1940 conservait la distinction entre les établissements du réseau privé et du réseau public ainsi que le rôle correspondant du gouvernement provincial (par l'intermédiaire du surintendant ou, selon la

the Director of Child Welfare) as it existed in the 1910 Act. Nothing in the 1940 Act imposed any new duties on the Superintendent in respect of privately run orphan or children's homes such as the Home. As in the earlier legislation, the Superintendent's right of inspection of places where children were being cared for was only engaged when such children were placed there under the terms of the Act (s. 15). The 1940 Act also maintained the public/private streams that existed in the 1910 Act through the inclusion of provisions that required the consent of the governing body of private institutions, before the duties of the Superintendent would be engaged in relation to children in private care. Once again, an orphan or children's home could be used as a temporary home or shelter for neglected children, but only when the governing body of the orphan or children's home consented to such an arrangement (ss. 7(2) and 7(3)).

[30] I agree with the Court of Appeal that the 1940 Act "did not create any role for the Superintendent in the management, operation, or supervision of privately operated children's homes or orphanages" (para. 15). Throughout the time when the 1910 and 1940 Acts were in force, there were in effect two streams of child welfare in the Province. Given that the Home was operated by a private organization (and not a publicly regulated one), and there is no evidence in the record that the Trustees consented to the application of the relevant terms of the Act to the Home, the Superintendent had no statutory duties or obligations with respect to the operation, management or supervision of the Home.

[31] The continuing relevance of what I have referred to as the private stream of child welfare is particularly clear in Part VI of the 1940 Act, headed "Adoption by Deed". Binding transfers of guardianship were contemplated to be made by agreements in writing. There is specific provision in s. 107 for the assignment of guardianship of orphans and others to charitable institutions, refuges or homes, and that when this was done, the

désignation ultérieure de la fonction, du Director of Child Welfare (« directeur ») établis dans la loi de 1910. Aucune disposition de la loi de 1940 n'imposait de nouvelles obligations au surintendant à l'égard des foyers pour enfants sous administration privée comme le Children's Home. Comme dans la loi antérieure, le droit du surintendant d'inspecter les lieux où résidaient des enfants ne trouvait application que lorsque les enfants y étaient placés en vertu des dispositions de la loi (art. 15). La loi de 1940 maintenait aussi la dualité des réseaux public et privé établie dans la loi de 1910, par l'inclusion de dispositions subordonnant au consentement de l'organe directeur des établissements privés les obligations du surintendant envers les enfants s'y trouvant. Là encore, il était possible d'utiliser un orphelinat ou foyer pour enfants comme foyer ou refuge temporaires pour enfants négligés, mais seulement si l'organe directeur de l'établissement y consentait (par. 7(2) et 7(3)).

[30] Je suis d'accord avec la Cour d'appel lorsqu'elle écrit que la loi de 1940 [TRADUCTION] « n'a attribué au surintendant aucun rôle dans la gestion, le fonctionnement ou la supervision des foyers pour enfants ou orphelinats privés » (par. 15). Pendant toute la période où les lois de 1910 et de 1940 ont été en vigueur, il existait deux réseaux en matière de protection de l'enfance dans la province. Étant donné que le Children's Home était administré par une organisation privée (et non par une organisation publique réglementée) et que rien dans le dossier n'indique que le conseil d'administration ait consenti à l'application au Children's Home des dispositions législatives pertinentes, le surintendant n'avait aucune obligation d'origine législative en ce qui concerne le fonctionnement, la gestion ou la supervision du Children's Home.

[31] Il ressort particulièrement clairement de la partie VI de la loi de 1940, intitulée [TRADUCTION] « Adoption par acte privé », que ce que j'ai appelé le réseau privé de protection de l'enfance était toujours pertinent. Des transferts de tutelle exécutoires pouvaient être faits par convention écrite. L'article 107 prévoit expressément le transfert de la tutelle d'orphelins et d'autres enfants à des établissements de bienfaisance, à des refuges ou à des foyers. Une

committee or managers of such institutions were deemed to be the legal guardians of the children. The significant point is that this process called for no involvement on the part of the courts, Children's Aid Societies or the Superintendent.

[32] As in the case of the 1910 Act, the 1940 legislation did not give any statutory duties to the Superintendent/Director in relation to children residing in the Home.

[33] In 1950, Part II of the Act was substantially amended and renamed *The Children's Protection Act*, S.P.E.I. 1950, c. 6, and later published in the Revised Statutes of 1951 (c. 24). These amendments were not part of the record on the reference and they were not included or mentioned in the materials and arguments put before this Court. The Court of Appeal adverted to the amendments and concluded that: "The scheme of the Act does not appear to extend . . . the role of the Director of Child Welfare to affect or be involved in the operations of an orphanage or children's home operated by a board of trustees" (para. 18). In the absence of submissions to the contrary, I see no reason to doubt this conclusion.

(ii) The 1961 Act

[34] In 1961, *The Children's Protection Act* was repealed and replaced by *The Children's Protection Act, 1961*, S.P.E.I. 1961, c. 3. By this time, the Superintendent was known as the "Director of Child Welfare" and Children's Aid Societies were known as "Child Welfare Agencies".

[35] The appellants contend that the 1961 Act imposed a duty on the Director to inspect the Home. They go on to argue that this duty of inspection supports a finding of sufficient proximity between the Province and the children resident in the Home. However, my view is that the two premises of this submission are faulty. On a correct reading of the 1961 Act, it did not extend the scope of the Director's duties in relation to privately run

fois le transfert effectué, le comité ou les dirigeants de ces établissements étaient réputés être les tuteurs légaux des enfants. Ce qu'il faut souligner, c'est que ce processus ne requérait pas la participation des tribunaux, des sociétés d'aide à l'enfance ou du surintendant.

[32] Comme la loi de 1910, la loi de 1940 n'imposait au surintendant/directeur aucune obligation envers les enfants résidant au Children's Home.

[33] En 1950, la Partie II de la loi a été modifiée substantiellement pour devenir la loi intitulée *The Children's Protection Act*, S.P.E.I. 1950, ch. 6, publiée par la suite dans les lois refondues de 1951 (ch. 24). Ces modifications n'ont pas été versées au dossier lors du renvoi et elles n'ont été ni incluses ni mentionnées dans les documents et les arguments soumis à notre Cour. La Cour d'appel y a fait allusion et a conclu que : [TRADUCTION] « Le régime instauré par cette loi ne semble pas élargir le rôle du directeur de la protection de l'enfance pour lui permettre de participer ou de changer quoi que ce soit aux activités d'un orphelinat ou d'un foyer pour enfants dirigé par un conseil » (par. 18). En l'absence d'arguments contraires, je ne vois aucune raison de douter de la justesse de cette conclusion.

(ii) La loi de 1961

[34] En 1961, la loi alors intitulée *The Children's Protection Act* a été abrogée et remplacée par *The Children's Protection Act, 1961*, S.P.E.I. 1961, ch. 3. Entre-temps, le surintendant et les sociétés d'aide à l'enfance avaient changé d'appellation pour devenir le directeur et les agences de protection de l'enfance.

[35] Selon les appelants, la loi de 1961 imposait au directeur l'obligation d'inspecter le Children's Home. Ils soutiennent que cette obligation d'inspection permet de conclure à l'existence d'un lien de proximité suffisant entre la province et les enfants résidant au Children's Home. Je suis cependant d'avis que les deux prémisses de cet argument sont erronées. La loi de 1961, si on l'interprète correctement, n'a pas élargi la portée des obligations du

institutions such as the Home and even if it did, the bare duty to inspect is not a sufficient basis for a finding of proximity. As the Court of Appeal observed, the 1961 Act did not give the Director either responsibility or authority in relation to the operations of privately run institutions such as the Home. The 1961 Act was substantially amended in 1972. The appellants placed the 1972 amendments before the Court, but made no submissions with respect to them. I see no reason, therefore, to doubt the conclusion of the Court of Appeal that the 1972 amendments do not affect the matters in issue.

[36] As previously mentioned, the appellants submit that the 1961 Act imposed a duty on the Director to inspect the Home. The respondents disagree. The key provision is s. 3(2)(c), which sets out that the Director shall

inspect or direct and supervise the inspection of any institution established for the care and protection of children or place where a child is placed pursuant to the provisions of this Act;

[37] The appellants read this provision as applying to the Home, since it was an “institution established for the care and protection of children”. The respondents, however, read it as excluding the Home, since it was not an “institution established for the care and protection of children . . . pursuant to the provisions of this Act”. What separates the parties is the question of whether the limiting language at the end of s. 3(2)(c) — “pursuant to the provisions of this Act” — applies to *both* an institution established for the care and protection of children and a place where a child is placed, or whether it only applies to the latter.

[38] The text of the paragraph, read in isolation, supports both interpretations. In addition, the definition of “place of safety” in s. 1(n) refers to “an institution established for the care and protection of children” without the qualifying words found in s. 3(2)(c). However, it is not sufficient to read

directeur quant aux établissements privés comme le Children’s Home et, même si tel avait été le cas, la simple obligation d’inspecter ne suffit pas pour établir un lien de proximité. Comme l’a indiqué la Cour d’appel, la loi de 1961 n’attribuait pas de responsabilité ni de pouvoir au directeur à l’égard du fonctionnement des établissements privés comme le Children’s Home. En 1972, des modifications importantes ont été apportées à la loi de 1961. Les appelants ont présenté les modifications de 1972 à la Cour, mais n’ont fait aucune observation à leur sujet. Je ne vois par conséquent aucune raison de mettre en doute la conclusion de la Cour d’appel suivant laquelle les modifications de 1972 n’ont pas d’incidence sur les questions à trancher en l’espèce.

[36] Comme nous l’avons vu, les appelants soutiennent que la loi de 1961 a imposé au directeur l’obligation d’inspecter le Children’s Home. Les intimés ne sont pas d’accord. La disposition clé est l’al. 3(2)c), qui précise que le directeur

[TRADUCTION] inspecte les établissements fondés pour le soin et la protection des enfants ou les lieux où des enfants sont placés en vertu des dispositions de la présente loi, ou en ordonne et supervise l’inspection;

[37] Pour les appelants, cette disposition s’appliquait au Children’s Home puisque celui-ci était un [TRADUCTION] « établissement[t] fond[é] pour le soin et la protection des enfants ». Les intimés estiment quant à eux que le Children’s Home n’était pas visé, puisqu’il ne s’agissait pas d’un [TRADUCTION] « établissement[t] fond[é] pour le soin et la protection des enfants [. . .] en vertu des dispositions de la présente loi ». Ce qui oppose les parties, c’est la question de savoir si les termes restrictifs employés à l’al. 3(2)c) — [TRADUCTION] « en vertu des dispositions de la présente loi » — s’appliquent *à la fois* aux établissements fondés pour le soin et la protection des enfants et aux lieux où des enfants sont placés, ou seulement à ces derniers lieux.

[38] Lu isolément, le texte de ce paragraphe autorise les deux interprétations. En outre, le terme [TRADUCTION] « lieu sûr » est défini à l’al. 1n) comme un [TRADUCTION] établissement fondé pour le soin et la protection des enfants », sans les mots limitatifs figurant à l’al. 3(2)c). On ne peut

the paragraph in isolation. Rather, it must be read in its entire context, in its grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of the Legislature: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26. Taking that approach, I agree that the respondents' reading of the provision is the correct one. The 1961 Act does not evidence any legislative intention to dismantle or significantly change the two-stream approach to child welfare — with a private and public component — that had been in place before its enactment. If the appellants' reading of the provision were accepted, it would lead to a significant departure from this basic structure of the child welfare system, and the 1961 Act as a whole does not support any legislative intention to do so.

[39] The duties of the Director of Child Welfare are set out in s. 3(2) of the 1961 Act. As with the previous Acts, the Director had a statutory duty to assist in the establishment and continued advising of Child Welfare Agencies, which were again defined as organizations approved by the Lieutenant Governor in Council (s. 1(d)), and were thus public or quasi-public in nature. The 1961 Act also sets out the parameters under which a child welfare agency could be established (ss. 4 to 7). While the Lieutenant Governor in Council had the authority to grant or revoke an order approving a Child Welfare Agency, he had no such authority in relation to privately run institutions which provided care for neglected children. As in previous versions of the Act, the Director had duties toward children committed to his care. Those duties applied to a child who was a ward of the state, for whom the Director was guardian (ss. 14 and 15), or who the Director placed in a foster home (s. 25). Nothing in the 1961 Act provided that privately run institutions which were previously outside the scope of the Director's authority were now being included within that scope.

cependant pas se borner à lire le paragraphe d'une manière isolée. Il faut au contraire le lire dans son contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26. En abordant la disposition en cause dans cette optique, j'estime que l'interprétation des intimés est la bonne. La loi de 1961 ne dénote aucune intention de la part du législateur de démanteler ou de modifier notablement le système d'établissements de protection de l'enfance constitué de deux réseaux — l'un privé et l'autre public — qui existait avant son adoption. L'interprétation des appelants, si elle était retenue, mènerait à une dérogation importante à cette structure fondamentale du système de protection de l'enfance. Or la loi de 1961, prise comme un tout, ne permet aucunement de conclure à une telle intention de la part du législateur.

[39] Les obligations du directeur de la protection de l'enfance sont énoncées au par. 3(2) de la loi de 1961. Celle-ci, comme les textes antérieurs, oblige le directeur à aider à l'établissement d'agences de protection de l'enfance et à les conseiller. Ces agences, définies encore une fois comme des organismes agréés par le lieutenant-gouverneur en conseil (al. 1d)), étaient donc de nature publique ou semi-publique. La loi de 1961 fixait aussi les paramètres selon lesquels une agence de protection de l'enfance pouvait être établie (art. 4 à 7). Le lieutenant-gouverneur en conseil avait le pouvoir d'agréer une agence de protection de l'enfance et d'en révoquer l'agrément, mais il ne jouissait pas de ce pouvoir à l'égard des établissements privés qui s'occupaient des enfants négligés. Comme dans les versions antérieures de la loi, le directeur avait des obligations envers les enfants qui lui étaient confiés. Ces obligations s'appliquaient aux enfants qui étaient des pupilles de l'État, dont le directeur était le tuteur (art. 14 et 15), ou à ceux que le directeur avait placés dans une famille d'accueil (art. 25). Nulle part n'était-il indiqué dans la loi de 1961 que les établissements privés qui, jusque-là, ne relevaient pas de l'autorité du directeur en relèveraient désormais.

[40] Even if the statute ought to be interpreted so that there was a duty to inspect the Home, on the record before me, the statute gives no direction as to the purpose or scope of such inspections, imposes no standards to be applied and requires no action to be taken as a result of an inspection. No authority is cited for the proposition that such a bare duty of inspection would be sufficient to support a finding of proximity between the Director and the children.

[41] The appellants make an additional argument in relation to the relevant statutes. They say that it is a reasonable inference from the agreed facts that the Home was a Children's Aid Society approved by the Lieutenant Governor in Council pursuant to statutory authority. This inference arises, say the appellants, from the fact that the Province was providing funding and, from 1958, placing children in the Home. I cannot agree. The Home could only have been a Children's Aid Society or agency if approval had been granted by the Lieutenant Governor in Council. There is nothing in the record provided on the reference to show that this approval was either sought or given.

[42] I conclude, as did the Court of Appeal, and subject to the same qualifications which I will elaborate on more fully below, that the 1961 legislation did not impose any duties on the Director in relation to the residents of the Home.

(b) *Act of Incorporation*

[43] The Home was incorporated in 1921, by a private act of the Legislature: *An Act to Incorporate The Prince Edward Island Protestant Orphanage*, S.P.E.I. 1921, c. 27. As the Court of Appeal pointed out, the Act was amended on a number of occasions over the years (paras. 21-25). This legislation did not impose duties or obligations on the Province. As the Court of Appeal aptly observed, "There was no provision for any Government involvement in the business or property of the Orphanage" (para. 22). The Act provided for the establishment of a

[40] Même dans l'hypothèse où il y aurait lieu de retenir l'interprétation selon laquelle il existait une obligation d'inspecter le Children's Home, la loi ne donne, d'après le dossier dont je suis saisi, aucune indication quant à l'objet ou à la portée de telles inspections, elle ne prescrit aucune norme à appliquer et elle n'exige la prise d'aucune mesure à la suite de l'inspection. Aucune source n'est invoquée à l'appui de la proposition suivant laquelle une obligation d'inspection ainsi réduite au minimum pourrait permettre de conclure à l'existence d'un lien de proximité entre le directeur et les enfants.

[41] Les appelants invoquent un autre argument lié aux textes législatifs pertinents. Ils soutiennent qu'on peut raisonnablement déduire des faits énoncés dans l'exposé conjoint que le Children's Home était une société d'aide à l'enfance agréée par le lieutenant-gouverneur en conseil en vertu des pouvoirs que lui conférait la loi. Cette inférence découle, selon les appelants, du fait que la province finançait le Children's Home et, à partir de 1958, y plaçait des enfants. Je ne suis pas de cet avis. Le Children's Home n'aurait pu être une société d'aide à l'enfance ou une agence que s'il avait reçu l'agrément du lieutenant-gouverneur en conseil. Or rien dans le dossier présenté dans le cadre du renvoi n'indique que cet agrément ait été demandé ou donné.

[42] À l'instar de la Cour d'appel et avec les mêmes réserves, que j'expliquerai plus loin, je conclus que la loi de 1961 n'imposait au directeur aucune obligation envers les résidents du Children's Home.

b) *La loi constitutive*

[43] Le Children's Home a été constitué en personne morale en 1921, par une loi d'intérêt privé adoptée par l'Assemblée législative : *An Act to Incorporate The Prince Edward Island Protestant Orphanage*, S.P.E.I. 1921, ch. 27. Cette loi a été modifiée à plusieurs reprises au fil des ans, comme l'a expliqué la Cour d'appel (par. 21-25). Elle n'imposait pas d'obligations à la province. Ainsi que l'a fait observer à juste titre la Cour d'appel, [TRADUCTION] « [e]lle ne renfermait aucune disposition quant à un quelconque rôle du gouvernement

Board of Trustees, the appointment of Trustees and an executive committee, and set out that the active management of the Home would be the responsibility of the executive. The executive was also responsible for employing, hiring and firing agents and servants for the Home. Amendments to the Act from 1921 to 1977 did not alter the fact that the Home was privately managed and run, distinct from public facilities for neglected children. In short, this legislation does not at all assist the appellants in establishing proximity between the Province and themselves as residents of the Home.

[44] While it is clear that the statutory framework on its own does not demonstrate the degree of proximity required for recognizing a duty of care, I now turn to the other factors relevant to this analysis.

(3) Funding

[45] The appellants also rely on the financial relationship between the Home and the Province as a basis for finding proximity. The Province indirectly funded the operation of the Home in the form of grants between 1928 and 1976. Between 1928 and 1967, these grants represented anywhere between 8 and 18 percent of the operating receipts of the Home in a given year. These amounts increased to between 16 and 31 percent after 1968 as a result of arrangements between the Province and the federal government under the Canada Assistance Plan (Agreed Facts #11-12). However, the important point for the purpose of this appeal is that these grants were given to the Home with no restrictions and no accountability requirements; their use was solely at the discretion of the Board of Trustees (Agreed Fact #13). With respect, such a financial arrangement cannot support the existence of sufficient proximity between the Province and the children.

à l'égard des activités ou des biens de l'orphelinat » (par. 22). La loi constitutive comportait des dispositions régissant l'établissement d'un conseil d'administration ainsi que la désignation de ses membres et des membres d'un comité de direction, et précisait que la gestion active du Children's Home incomberait au comité de direction. Ce dernier était également chargé d'employer, de recruter et de congédier le personnel du Children's Home. Les modifications apportées à la loi constitutive de 1921 à 1977 n'ont rien changé au fait que le Children's Home était sous administration privée et était distinct des établissements publics destinés aux enfants négligés. En résumé, la loi constitutive n'aide aucunement les appelants à établir l'existence d'un lien de proximité entre la province et eux-mêmes en tant que résidents du Children's Home.

[44] Il est donc clair que les dispositions législatives applicables n'établissent pas le degré de proximité requis pour qu'une obligation de diligence soit reconnue. Néanmoins, j'examinerai maintenant les autres facteurs pertinents.

(3) Le financement

[45] Pour tenter d'établir l'existence d'un lien de proximité, les appelants invoquent en outre la relation financière entre le Children's Home et la province. La province a indirectement financé le fonctionnement du Children's Home par le versement de subventions entre 1928 et 1976. Entre 1928 et 1967, ces subventions représentaient de 8 à 18 p. 100 par année des rentrées de fonds utilisées pour le fonctionnement du Children's Home. Les sommes versées ont augmenté après 1968 pour atteindre de 16 à 31 p. 100 à la suite d'une entente entre la province et le Régime d'assistance publique du Canada (exposé conjoint, par. 11-12). Quoi qu'il en soit, ce qui importe dans le pourvoi est que ces subventions ont été versées au Children's Home sans restrictions ni exigences de reddition de compte; leur utilisation relevait totalement du pouvoir discrétionnaire du conseil d'administration (exposé conjoint, par. 13). À mon avis, une telle relation financière ne saurait étayer l'existence d'un lien de proximité suffisant entre la province et les enfants.

(4) Children in Provincial Guardianship or Proposed for Placement by the Province

[46] The appellants argue that the duty of care to all residents of the Home was expanded after 1958 when the Province began to place children directly in the Home, since, they contend, the supervision of one child essentially meant the supervision of all. This submission relates to the qualifications articulated by the Court of Appeal. The Court of Appeal chose not to address the duty of care issue in relation to the proposal by provincial employees that certain children be placed in the Home. The court reasoned that a potential duty in relation to allegedly negligent placement decisions was not properly before the court on the reference (para. 137). The Court of Appeal also was clear that duties did arise in relation to children who were resident in the Home when they became wards of the Province; the Province owed a duty of care as guardian to those children for the period of the wardship (para. 138). As I understand it, the appellants argue that sufficient proximity between the Province and all children residing in the Home has been established because there were certain children in the Home whom the Province had proposed for placement there, or over whom it had guardianship while they were residing there. In other words, they contend that if the Province had a duty of care to one child resident in the Home there would be a duty to all who were resident at the same time, as it would be artificial to suggest that the Province could have a duty of care to one child but not to the child in the next bed or the next room.

[47] Respectfully, this does not necessarily follow for two reasons. First, the fact of legal guardianship matters in considering whether a duty of care exists. Parents, for example, owe duties to their own children but not necessarily to other children

(4) Les enfants sous la tutelle de la province ou dont le placement a été proposé par la province

[46] Les appelants font valoir que l'obligation de diligence envers tous les résidents du Children's Home a été élargie après 1958 lorsque la province a commencé à placer directement des enfants au Children's Home puisque, disent-ils, la supervision d'un enfant équivalait essentiellement à la supervision de tous. Cet argument se rattache aux réserves exprimées par la Cour d'appel. Cette dernière a décidé de ne pas trancher la question de l'obligation de diligence susceptible de découler du fait que des employés de la province avaient proposé le placement de certains enfants au Children's Home. La Cour d'appel a estimé n'avoir pas été dûment saisie, dans le cadre du renvoi, de l'existence possible d'une obligation liée aux décisions de placement entachées de négligence (par. 137). Elle a aussi indiqué clairement que des obligations avaient pris naissance envers les enfants résidant au Children's Home lorsqu'ils étaient devenus des pupilles de la province; en sa qualité de tuteur, la province avait une obligation de diligence envers ces enfants pendant la période de la tutelle (par. 138). Si je comprends bien, les appelants soutiennent qu'un lien de proximité suffisant entre la province et tous les enfants ayant résidé au Children's Home a été établi parce qu'il se trouvait au Children's Home certains enfants dont le placement dans ce foyer avait été proposé par la province, ou qui étaient sous la tutelle de la province lorsqu'ils y résidaient. Autrement dit, ils soutiennent que si la province avait une obligation de diligence envers un enfant résidant au Children's Home, elle devait en avoir une envers tous les enfants qui s'y trouvaient au même moment. Il serait artificiel, selon eux, de prétendre que la province pouvait avoir une obligation de diligence envers un enfant, mais pas envers celui qui se trouvait dans le lit voisin ou la chambre voisine.

[47] Soit dit en toute déférence, il ne s'agit pas d'une conséquence nécessaire, et ce pour deux raisons. Premièrement, l'existence d'une tutelle doit être prise en compte lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existe une obligation de diligence. Les parents,

who may be near them. Second, even if, for the sake of the argument, one were to accept the appellants' point that a duty to one would give rise to a duty to all, the limited factual record here would not support the application of that principle to the other appellants. There is nothing in the record to show that any of the other appellants resided in the Home at the time that the 14 appellants who were in the guardianship of the Province were residing there. Similarly, the record is lacking with respect to 10 of the 14 children just mentioned who were initially proposed for placement in the Home by the Province. There is nothing in the record to show whether their placement occurred at the time any of the other appellants, who were not wards of the Province, resided there. In my view, the Court of Appeal made no error in refusing to find a duty of care on this record.

(5) Duty Based on *Parens Patriae*

[48] The appellants briefly submitted in their factum that the Province had a duty to them arising from the doctrine of *parens patriae*. Whether there exists a free-standing duty of *parens patriae*, owed by the Province to all vulnerable children, is not a question presented by this reference. Rather, the relevant reference questions focus on whether the Province owed a duty of care to the appellants, by virtue of their being residents in the Home. I therefore agree with the Court of Appeal's approach which was to consider the appellants' *parens patriae* submissions as part of their attempt to show sufficient proximity apart from the statutory framework.

[49] The *parens patriae* doctrine means different things in different contexts. Historically, it referred to a broad and virtually undefined authority of the

par exemple, ont des obligations envers leurs propres enfants, mais pas nécessairement envers les autres enfants qui peuvent se trouver près d'eux. Deuxièmement, même si, aux fins de la discussion, on acceptait l'argument des appelants selon lequel une obligation envers un enfant donnerait naissance à une obligation envers tous les autres enfants, le dossier factuel limité dont nous sommes saisis ne pourrait justifier l'application de ce principe aux autres appelants. Rien dans le dossier n'indique que l'un ou l'autre des autres appelants ait résidé au Children's Home à l'époque où les 14 appelants qui étaient sous la tutelle de la province y résidaient. De même, le dossier est déficient quant aux 10 des 14 enfants en question dont le placement au Children's Home a été proposé à l'origine par la province. Rien dans le dossier n'indique si leur placement a eu lieu à l'époque où l'un des autres appelants, qui n'étaient pas des pupilles de la province, résidaient au Children's Home. Selon moi, la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en refusant de conclure à l'existence d'une obligation de diligence sur la base de ce dossier.

(5) L'obligation fondée sur la doctrine *parens patriae*

[48] Les appelants font valoir brièvement dans leur mémoire que la province avait envers eux une obligation découlant de la doctrine *parens patriae*. La question de savoir si la province a, envers tous les enfants vulnérables, une obligation autonome fondée sur la doctrine *parens patriae* n'est pas posée dans le cadre du renvoi. Les questions pertinentes énoncées dans le renvoi sont plutôt axées sur celle de savoir si le gouvernement avait une obligation de diligence envers les appelants en raison du fait qu'ils résidaient au Children's Home. Je souscris par conséquent à l'approche adoptée par la Cour d'appel, qui a considéré que les arguments des appelants reposant sur la doctrine *parens patriae* s'inscrivaient dans leur tentative de démontrer l'existence d'un lien de proximité suffisant indépendamment du cadre législatif.

[49] La doctrine *parens patriae* revêt une signification différente selon le contexte. Historiquement, elle se rapportait à des pouvoirs étendus et

Crown over the property and person of children and the mentally incompetent. These powers of the Crown came to be exercised by the courts so that it is now recognized that the superior courts have certain powers to step into the shoes of the parent and make orders in the best interests of the child: *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388. It has also sometimes been said that the Attorney General's standing to act in the public interest, such as in pursuing civil claims in public nuisance, is attributable to the Crown's role as *parens patriae*: *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74, at para. 67. Although it is unclear from the appellants' brief submissions, it seems that they rely on the doctrine in the former sense, that is on the power of courts to make orders in the best interests of a child.

[50] This does not in my view support the existence of a private law duty of care on the part of the Province towards children in the care of third parties. The *parens patriae* power of the courts, as I understand it, is conceived of as a protective jurisdiction which confers the power to act. It is commonly exercised by a superior court on a case-by-case basis as a matter of judicial discretion; it is not generally thought of as a power of the executive branch of government. While it is sometimes spoken of as a duty on the part of the Crown (as, for example, in *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87, at p. 94, and *Re: B.C. Family Relations Act*, [1982] 1 S.C.R. 62, at p. 107), no authority has been presented for the proposition that the *parens patriae* doctrine imposes a positive duty to seek out and address cases of potential child abuse.

[51] The appellants have not shown that the *parens patriae* doctrine contributes in any way to the existence of proximity between the children in the Home and the Province.

pratiquement indéfinis de la Couronne sur les biens et la personne des enfants et des personnes frappées d'incapacité mentale. Ces pouvoirs de la Couronne en vinrent à être exercés par les tribunaux, si bien qu'il est maintenant reconnu que les cours supérieures peuvent dans une certaine mesure se substituer au parent et rendre des ordonnances dans l'intérêt de l'enfant : *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388. On a aussi dit parfois du procureur général que sa qualité pour agir dans l'intérêt public, par exemple dans une action civile pour nuisance publique, se rattache au rôle de *parens patriae* de la Couronne : *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74, par. 67. Bien que cela ne ressorte pas clairement de la brève argumentation présentée par les appelants, ils semblent se fonder sur la première signification de la doctrine, c'est-à-dire celle qui correspond au pouvoir des tribunaux de rendre des ordonnances dans l'intérêt de l'enfant.

[50] Cet argument, à mon avis, ne permet pas de conclure que la province aurait une obligation de diligence de droit privé envers des enfants confiés à des tiers. Le pouvoir des tribunaux reposant sur la doctrine *parens patriae*, tel que je le perçois, est conçu comme une compétence en matière de protection qui confère le pouvoir d'agir. Cette compétence est habituellement exercée au cas par cas par une cour supérieure, comme relevant de son pouvoir judiciaire discrétionnaire; on ne la considère généralement pas comme une compétence du pouvoir exécutif de l'État. Bien qu'on en parle parfois comme d'une obligation de la Couronne (par exemple, dans *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, p. 94, et *Renvoi : Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62, p. 107), aucune source n'a été invoquée à l'appui de la proposition voulant que la doctrine *parens patriae* impose l'obligation positive de repérer les cas possibles de sévices commis envers des enfants et d'y remédier.

[51] Les appelants n'ont pas établi que la doctrine *parens patriae* contribue de quelque façon à l'existence d'un lien de proximité entre les enfants résidant au Children's Home et la province.

(6) Conclusion Concerning Duty of Care in Negligence

[52] In my view, the facts set out in the Agreed Statement of Facts, considered in light of the applicable legislation, do not, excepting the qualifications stated by the Court of Appeal, support the existence of sufficient proximity between the Province and the residents of the Home between 1928 and 1976. I therefore agree with the Court of Appeal that no duty of care in negligence arose.

B. *Non-Delegable Duty*

[53] The appellants submit that the Court of Appeal should have found that the Province owed a non-delegable duty of care to the residents of the Home. I disagree.

[54] As Professor Klar states in his text *Tort Law* (4th ed. 2008), at p. 663, “[t]he essential feature of a non-delegable duty is that responsibility for its execution always rests on the person upon whom the duty is imposed. Although it may be delegated to another, the breach, no matter how committed, by the delegatee, will be treated as a breach by the delegator.” See also *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403, at paras. 30-32. A non-delegable duty may have its source in statute, as the appellants here allege. For example, in *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145, the Court found that the relevant legislation imposed a non-delegable duty on the Ministry of Transportation and Highways to ensure that maintenance work on the highways was performed with reasonable care.

[55] The appellants make two principal submissions, but in my view neither can succeed. These arguments are simply restatements in a different

(6) Conclusion sur l’obligation de diligence procédant du droit de la négligence

[52] Selon moi, les faits énoncés dans l’exposé conjoint des faits, considérés à la lumière des dispositions législatives applicables et abstraction faite des réserves formulées par la Cour d’appel, ne permettent pas de conclure à l’existence d’un lien de proximité suffisant entre la province et les personnes qui ont résidé au Children’s Home entre 1928 et 1976. Je suis donc d’accord avec la Cour d’appel pour conclure à l’inexistence d’une obligation de diligence qui procéderait du droit de la négligence.

B. *L’obligation intransmissible*

[53] Selon les appelants, la Cour d’appel aurait dû arriver à la conclusion que la province avait une obligation de diligence intransmissible envers les résidents du Children’s Home. Je ne suis pas d’accord.

[54] Comme l’explique le professeur Klar dans *Tort Law* (4^e éd. 2008), à la p. 663, [TRADUCTION] « [l]a caractéristique essentielle de l’obligation intransmissible est que la personne à laquelle elle a été imposée demeure toujours responsable de son exécution. L’obligation peut être déléguée à une autre personne, mais tout manquement de la part de celle-ci, de quelque façon qu’il survienne, sera considéré comme un manquement de la part de la personne qui l’a déléguée. » Voir aussi *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403, par. 30-32. Une obligation intransmissible peut prendre sa source dans un texte législatif, comme l’allèguent les appelants en l’espèce. Dans *Lewis (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145, par exemple, la Cour a jugé que les dispositions législatives en cause imposaient au ministre des Transports et de la Voirie l’obligation intransmissible de veiller à ce que les travaux d’entretien routier soient exécutés avec une diligence raisonnable.

[55] Les appelants invoquent deux arguments principaux, tous deux voués à l’échec selon moi. Il s’agit simplement d’une formulation différente

form of the submissions already considered in my review of the legislation.

[56] First, the appellants submit that from 1910 to 1961, the legislation described above imposed a non-delegable duty on the Superintendent to instruct Children's Aid Societies as to the manner in which their duties were to be performed, which included advising the Societies of their statutory obligation to provide places of temporary refuge for a period not exceeding three months (1910 Act, ss. 3 and 5). The Superintendent, the appellants submit, breached this duty by permitting children to be kept in the Home for a period exceeding three months. The short answer to this submission, however, is the one given by the Court of Appeal (and subject to the same qualification): the Home was not a Children's Aid Society, the children were not foster children or wards of the Province, and the legislation created no role for the Province in the operation of the Home or for the care of the residents (para. 128).

[57] The appellants also submit that another non-delegable duty arose under s. 3 of the 1961 Act mandating the Director to inspect or direct and supervise the inspection of the Home. However, this submission fails for the reasons set out earlier. The Court of Appeal noted that, properly interpreted, the relevant statutory provisions do not make the Province responsible for the care of the residents, for directing their care, or for ensuring that no harm came to them in the course of their care by the representatives of the Home (para. 126).

[58] In short, while the appellants argue that if the Province was under a duty to use care then it could not divest itself of that responsibility by delegating its performance to the Home's Board of Trustees, the appellants have failed to show that the Province was subject to a duty to use care in the first place.

[59] I note, however, that the Court of Appeal correctly left open the question of whether the

des arguments que j'ai déjà examinés en passant en revue les textes législatifs.

[56] Premièrement, les appelants prétendent que, de 1910 à 1961, les textes législatifs décrits plus haut imposaient au surintendant l'obligation intransmissible de donner aux sociétés d'aide à l'enfance des directives sur la façon dont elles devaient s'acquitter de leur mission, et notamment de les informer de leur obligation légale d'offrir des lieux de refuge temporaire pour une période maximale de trois mois (loi de 1910, art. 3 et 5). Le surintendant aurait manqué à son obligation en acceptant que des enfants soient gardés au Children's Home pendant plus de trois mois. Pour répondre rapidement à cette question, je dirais comme la Cour d'appel (avec la même réserve) que le Children's Home n'était pas une société d'aide à l'enfance, les enfants n'étaient pas des enfants placés en famille d'accueil ni des pupilles de la province et les textes législatifs ne conféraient aucun rôle à la province en ce qui concernait le fonctionnement du Children's Home ou le soin des résidents (par. 128).

[57] Les appelants soutiennent aussi qu'une autre obligation intransmissible découlait du fait que l'art. 3 de la loi de 1961 obligeait le directeur à inspecter le Children's Home ou à en ordonner et superviser l'inspection. Cet argument doit être rejeté pour les raisons déjà exposées. La Cour d'appel a souligné que les dispositions législatives pertinentes, correctement interprétées, n'attribuaient pas à la province la responsabilité de veiller au soin des résidents, de donner des directives à ce sujet ni de veiller à ce qu'il n'arrive rien de mal aux résidents lorsque les représentants du Children's Home s'occupaient d'eux (par. 126).

[58] En résumé, les appelants disent que si la province avait l'obligation de faire preuve de diligence, elle ne pouvait se soustraire à cette responsabilité en en déléguant l'exécution au conseil d'administration du Children's Home, mais ils ne sont pas parvenus à démontrer au départ l'existence de cette obligation de diligence.

[59] Je constate cependant que la Cour d'appel a, à juste titre, laissé en suspens la question de savoir

legislation may have created other non-delegable duties, although this issue was not properly before the court on the reference (para. 129).

C. *Vicarious Liability*

[60] In addition to their submissions concerning the Province's direct liability, the appellants advance submissions that the Province is vicariously liable for the alleged acts of physical and sexual abuse that occurred in the Home between 1928 and 1976. Vicarious liability is based not on any personal wrongdoing by the party held responsible, but on the tortious conduct of someone else: *Klar*, at p. 645. Vicarious liability is generally appropriate where there is a significant connection between the party who creates or contributes to a risk and the wrong that flows from it: *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, at para. 41. The person or organization creating the risk should bear the loss: *Bazley*, at para. 31.

[61] The appellants' submissions here largely recycle their position with respect to a duty of care in negligence. They submit that the Province exercised sufficient control over the Home through legislative authority and statutory duties to establish the requisite connection. The Court of Appeal was correct to reject these contentions.

[62] Legislative authority is of course not enough to impose vicarious liability. If it were, a province would be vicariously liable for every act committed in a field within its legislative authority. Such a proposition cannot withstand serious scrutiny. As for the appellants' submissions regarding the Province's statutory duties in relation to the children residing in the Home, they must be rejected for the reasons set out earlier. In short, there were no such duties.

[63] The appellants also submit that the control by the Province over the Home's employees was strengthened after 1958 when the Province

si les textes législatifs peuvent avoir donné lieu à d'autres obligations intransmissibles, même si elle n'était pas dûment saisie de cette question dans le cadre du renvoi (par. 129).

C. *La responsabilité du fait d'autrui*

[60] Outre leur argumentation touchant la responsabilité directe de la province, les appelants plaident sa responsabilité du fait d'autrui pour les violences physiques et les sévices sexuels qui auraient été commis au Children's Home entre 1928 et 1976. La responsabilité du fait d'autrui repose, non sur une faute personnelle commise par la personne jugée responsable, mais sur l'acte délictueux d'un tiers : *Klar*, p. 645. La responsabilité du fait d'autrui est généralement fondée quand il existe un lien important entre la partie qui crée un risque ou y contribue, et le tort qui en découle : *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, par. 41. La personne ou l'organisation qui crée le risque doit assumer la perte : *Bazley*, par. 31.

[61] L'argumentation des appelants reprend ici dans une large mesure leur thèse sur l'existence d'une obligation de diligence procédant du droit de la négligence. Ils soutiennent que la province exerçait, en raison de sa compétence législative et de ses obligations légales, un contrôle suffisant sur le Children's Home pour que le lien requis soit établi. La Cour d'appel a eu raison de rejeter cette thèse.

[62] La compétence législative ne suffit bien sûr pas en soi à créer une responsabilité du fait d'autrui. Si tel était le cas, une province serait responsable du fait d'autrui relativement à toute action commise dans un domaine relevant de sa compétence législative. Or cette proposition ne résiste pas à une analyse sérieuse. Quant aux arguments des appelants ayant trait aux obligations d'origine législative de la province envers les enfants résidant au Children's Home, ils doivent être rejetés pour les raisons exposées plus haut. En résumé, de telles obligations n'existaient pas.

[63] Les appelants soutiennent par ailleurs que le contrôle exercé par la province sur les employés du Children's Home a été renforcé après 1958,

began placing children directly in the Home. This, however, does not provide a foundation for the Province's vicarious liability. Placing children in the Home did not confer on the Province any control over the Home's employees. As the Court of Appeal put it, in my view correctly, at para. 106:

The Province was not involved in the administration of the Orphanage. It was not an employer. It had no involvement in or control over the operations of the Orphanage. The Trustees were the operator, and they were not acting as agent for or on account of the Government. The Agreed Statement of Facts state that the Province did not employ any person engaged by the Orphanage to care for the residents. There is no basis to infer even an independent contractor relationship between the Province and any such person engaged by the Orphanage. There are no contact factors upon which a relationship could be founded between the Province and staff of the Orphanage upon which to base vicarious liability.

[64] The appellants rely on *Bazley* and *K.L.B.*, but in my view those authorities are not on point. In *Bazley*, the Court determined that a not-for-profit organization should be held vicariously liable for the wrongful acts of one of its employees who was found to be a pedophile, since the care facility in which the abuse occurred was operated by the organization and was also responsible for employing and authorizing its employees to do everything a parent would do. The provincial government had no such role in relation to the employees of the Home. In *K.L.B.*, the relationship between foster parent tortfeasors and the provincial government was found not to be sufficiently close to impose liability, given the independence of foster parents from the Province in providing family care. In discussing *K.L.B.*, the Court of Appeal observed that even the relationship in issue there was "much closer in terms of relevant contacts than the minimal relationship between the Government and the Orphanage in the present case" (para. 107). To succeed in establishing vicarious liability, the appellants have to show a close connection between the

lorsque la province a commencé à placer directement des enfants au Children's Home. Cela ne saurait cependant fonder la responsabilité du fait d'autrui de la province. Le fait de placer des enfants au Children's Home ne conférait à la province aucun contrôle sur les employés. Je suis d'accord avec les observations faites par la Cour d'appel au par. 106 :

[TRADUCTION] La province ne prenait aucune part à l'administration de l'orphelinat. Elle n'était pas un employeur. Elle ne prenait aucune part au fonctionnement de l'orphelinat et n'avait aucun contrôle sur son fonctionnement. L'orphelinat était géré par les membres du conseil d'administration, qui n'agissaient pas au nom du gouvernement et n'en étaient pas des mandataires. D'après l'exposé conjoint des faits, la province n'était l'employeur d'aucune personne engagée par l'orphelinat pour s'occuper des résidents. Rien ne permet de conclure par déduction à l'existence ne fût-ce que d'une relation d'entrepreneur indépendant entre la province et une personne ainsi engagée par l'orphelinat. Il n'existe pas d'éléments de contacts susceptibles de démontrer l'existence d'une relation entre la province et le personnel de l'orphelinat sur laquelle fonder la responsabilité du fait d'autrui.

[64] Les appelants invoquent les arrêts *Bazley* et *K.L.B.*, mais cette jurisprudence ne me paraît pas pertinente. Dans *Bazley*, la Cour a conclu qu'il y avait lieu de retenir la responsabilité du fait d'autrui d'un organisme sans but lucratif pour les actes fautifs commis par un de ses employés dont on avait découvert qu'il était un pédophile : l'établissement de soins où s'étaient produits les actes en question était exploité par l'organisme, et il lui incombait de recruter du personnel et d'autoriser ses employés à faire tout ce que des parents feraient. Or, le gouvernement provincial n'avait aucun rôle semblable à l'égard des employés du Children's Home. Dans *K.L.B.*, la Cour a estimé que la relation entre le gouvernement provincial et les parents de famille d'accueil ayant commis les délits n'était pas suffisamment étroite pour entraîner une responsabilité, étant donné l'indépendance dont jouissent les parents de famille d'accueil par rapport au gouvernement provincial dans la manière dont ils s'occupent des enfants qui leur sont confiés. La Cour d'appel a signalé que même la relation en cause dans *K.L.B.* était [TRADUCTION] « bien plus étroite, sur le

Home and the Province. The appellants have failed to show such a connection.

[65] I conclude that the Court of Appeal was correct in finding that the agreed facts and legislative record did not support a finding of vicarious liability of the Province for the acts of the Home's employees.

D. *Fiduciary Duty*

[66] Subject to the qualification discussed above in relation to wards of the Province, the Court of Appeal concluded that the Province did not owe a fiduciary duty to the residents of the Home by virtue of them being children, or by virtue of them being residents of the children's home (paras. 111 and 119). The appellants say that the Court of Appeal erred in this respect. The appellants emphasize the vulnerability of children in the care of others, and liken the circumstances of this case to those in which a fiduciary duty was found or assumed to be owed to children by parties with power over them in particular circumstances: *K.L.B.; M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; and *Blackwater v. Plint*, 2005 SCC 58, [2005] 3 S.C.R. 3.

[67] I agree with the Court of Appeal that the authority and duties of the Board of Trustees with respect to the operation of the Home and the supervision of the children "left no room for a fiduciary relationship between the Government and the children who were residents there" (para. 114). Even taking into account the financial support of the Province, there is no evidentiary basis to support an inference that the Province directed or had the authority to direct the operation of the Home (para. 116). The cases relied on by the appellants are distinguishable on their facts. In *M. (K.)*, the fiduciary duty recognized by the Court was one owed by

plan des contacts pertinents, que la relation réduite au minimum entre le gouvernement et l'orphelinat dans la présente affaire » (par. 107). Pour établir la responsabilité du fait d'autrui, les appelants devaient démontrer l'existence de liens étroits entre le Children's Home et la province. Or ils n'y sont pas parvenus.

[65] Je suis donc d'avis que la Cour d'appel a eu raison de statuer que l'exposé conjoint des faits et les textes législatifs au dossier ne permettaient pas de conclure à la responsabilité du fait d'autrui de la province pour les actes commis par les employés du Children's Home.

D. *L'obligation fiduciaire*

[66] La Cour d'appel est parvenue à la conclusion, assortie des réserves mentionnées plus tôt à propos des pupilles de la province, que la province n'avait pas d'obligation fiduciaire envers les résidents du Children's Home du fait qu'ils étaient des enfants ou qu'ils étaient des résidents du foyer pour enfants (par. 111 et 119). Les appelants soutiennent que la Cour d'appel a fait erreur sur ce point. Ils insistent sur la vulnérabilité des enfants confiés aux soins d'autres personnes, et rapprochent les circonstances de la présente affaire de celles dans lesquelles il a été conclu ou tenu pour acquis que des personnes physiques ou morales exerçant un pouvoir sur des enfants avaient une obligation fiduciaire envers eux dans des circonstances particulières : *K.L.B.; M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; et *Blackwater c. Plint*, 2005 CSC 58, [2005] 3 R.C.S. 3.

[67] À l'instar de la Cour d'appel, j'estime que les pouvoirs et les obligations du conseil d'administration en ce qui concerne le fonctionnement du Children's Home et la supervision des enfants [TRADUCTION] « ne laissaient aucune place à une relation fiduciaire entre le gouvernement et les enfants qui y résidaient » (par. 114). Même si l'on prend en considération le soutien financier assuré par la province, il n'existe aucun élément de preuve permettant de déduire que celle-ci dirigeait le fonctionnement du Children's Home ou avait le pouvoir de le faire (par. 116). Les arrêts invoqués par les appelants peuvent être distingués de la présente

parents to children in their care. In *K.L.B.*, the fiduciary relationship between the provincial government and the children arose in the context of foster care: the Superintendent of Child Welfare was the legal guardian of the children. In *Blackwater*, where the Court assumed but did not decide there was a fiduciary duty, the federal government had a central role in running the residential school in which the abuse had taken place, and the children were taken from their families and placed there pursuant to a federal statute, the *Indian Act*, S.C. 1951, c. 29. There are no similar indicia of a fiduciary duty in this case.

[68] Finally, I agree with the Court of Appeal that there were no changes in the relationship between the Province and the residents of the Home between 1928 and 1976, either as a result of a change in factual circumstances or legislative amendments, that would have given rise to a fiduciary relationship (para. 119). This conclusion is subject to the qualification set out by the Court of Appeal at para. 142 of its opinion in relation to children who were in provincial guardianship.

IV. Disposition

[69] In my view, the Court of Appeal correctly answered all of the questions put to it. I would dismiss the appeal and answer the questions posed by the reference as did the Court of Appeal. I would make no order as to costs.

APPENDIX

(1) Agreed Statement of Facts

1. Throughout the history of P.E.I., the Provincial Government has passed legislation dealing with social issues, including both public and private legislation. Copies of such relevant legislation (including

affaire sur le plan des faits. Dans *M. (K.)*, l'obligation fiduciaire dont l'existence a été reconnue par la Cour était une obligation des parents envers leurs enfants. Dans *K.L.B.*, l'obligation fiduciaire entre le gouvernement provincial et les enfants avait pris naissance dans le contexte d'un placement en famille d'accueil : le *Superintendent of Child Welfare* était le tuteur légal des enfants. Dans *Blackwater*, où la Cour a tenu pour acquise l'existence d'une obligation fiduciaire sans pour autant trancher la question, le gouvernement fédéral avait joué un rôle central dans la direction du pensionnat où les agressions avaient été commises, et les enfants avaient été retirés de leur famille et placés dans cet établissement en vertu d'une loi fédérale, la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29. Il n'existe pas de semblables indicia d'obligation fiduciaire dans la présente affaire.

[68] Enfin, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour conclure qu'il n'y a pas eu, entre 1928 et 1976, de changements dans la relation entre la province et les résidents du Children's Home — par suite de changements dans les circonstances factuelles ou de modifications législatives — qui auraient donné naissance à une obligation fiduciaire (par. 119). Cette conclusion est assortie de la réserve exprimée par la Cour d'appel au par. 142 de ses motifs à propos des enfants placés sous la tutelle de la province.

IV. Dispositif

[69] Selon moi, la Cour d'appel a répondu correctement à toutes les questions qui lui avaient été soumises. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions posées par le renvoi de la même façon que la Cour d'appel. Je suis également d'avis de ne rendre aucune ordonnance concernant les dépens.

ANNEXE

(1) Exposé conjoint des faits

[TRADUCTION]

1. Au cours de l'histoire de l'Î.-P.-É., le gouvernement provincial a adopté des textes législatifs d'intérêt public et d'intérêt privé portant sur des questions sociales. Les textes législatifs pertinents

- a chronological index) are appended as Schedule "A".
- (accompagnés d'un index chronologique) sont reproduits à l'annexe « A ».
2. The Prince Edward Island Protestant Orphanage, later known as the Prince Edward Island Protestant Children's Home, was first established by the Orange Lodge in or about 1907. It was subsequently constituted a corporation with a Board of Trustees representing various protestant organizations and denomination[s] [in] or about 1921 by virtue of a Private Act passed through the Provincial Legislature.
 2. Le Prince Edward Island Protestant Orphanage, connu plus tard sous le nom de Prince Edward Island Protestant Children's Home, a été fondé à l'origine par le Orange Lodge en 1907 ou vers 1907. Il a par la suite été constitué en personne morale dotée d'un conseil d'administration comportant des représentants de diverses organisations et confession[s] protestantes [en 1921] ou vers 1921 en vertu d'une loi d'intérêt privé adoptée par l'Assemblée législative de la province.
 3. The Prince Edward Island Protestant Orphanage/Prince Edward Island Protestant Children's Home was operated under and by virtue of the Private Act, and subsequent amendments by Private Acts, that established it. The management and operation of the Home was entrusted to a Board of Trustees. Copies of the relevant legislation (including a chronological index) are appended as Schedule "B".
 3. Le fonctionnement du Prince Edward Island Protestant Orphanage/Prince Edward Island Protestant Children's Home (« Children's Home ») était régi par la loi d'intérêt privé qui l'avait constitué, modifiée par d'autres lois d'intérêt privé. La gestion et le fonctionnement du Children's Home étaient confiés à un conseil d'administration. Les textes législatifs pertinents (accompagnés d'un index chronologique) sont reproduits à l'annexe « B ».
 4. The Home was operated by the Trustees until it was closed in 1976. The Board of Trustees was responsible for the day to day operations of the Home, including the hiring of staff, volunteers, daily care of the residents and setting policies as to the admission of residents, as well as the overall management and administration of the Home.
 4. Le Children's Home a été géré par le conseil d'administration jusqu'à sa fermeture en 1976. Le conseil d'administration était chargé du fonctionnement courant du Children's Home — recrutement du personnel, bénévoles, soins quotidiens aux résidents, établissement de politiques relatives à l'admission des résidents, etc. — ainsi que de la gestion globale et de l'administration du Children's Home.
 5. The Province was not involved in the administration of the Home, was not involved in the day to day operations of the Home, and did not employ any person engaged by the Home to care for the residents. Dr. M. M. (Mac) Beck, a psychiatrist then an employee of the P.E.I. Department of Health, at his own initiative volunteered to be a consultant to the Board. The Board accepted this offer and Dr. Beck attended regularly at the Home from 1964-67 and met with the children. Thereafter, he wrote an extensive Report for the Board containing a number of recommendations regarding the future role and operation of the Home.
 5. La province ne prenait pas part à l'administration du Children's Home ni à son fonctionnement courant et n'était l'employeur d'aucune des personnes engagées par le Children's Home pour s'occuper des résidents. Le D^r M. M. (Mac) Beck, un psychiatre travaillant à l'époque pour le ministère de la Santé de l'Î.-P.-É., a offert ses services de consultant de sa propre initiative au conseil d'administration. Le conseil a accepté son offre et, de 1964 à 1967, le D^r Beck venait régulièrement au Children's Home et y rencontrait les enfants. Il a par la suite rédigé à l'intention du conseil un long rapport renfermant plusieurs recommandations sur le rôle futur et le fonctionnement du Children's Home.
 6. The Plaintiffs were residents at the Home between 1928 and 1976. The Plaintiffs became residents when they were taken to the Home primarily by their parents, family members, guardians or charities.
 6. Les demandeurs ont été des résidents du Children's Home entre 1928 et 1976. Ils en sont devenus des résidents lorsqu'ils y ont été amenés, pour la plupart par leurs parents, d'autres membres de leur famille, des tuteurs ou des organismes de bienfaisance.
 7. While some of the Plaintiffs were "orphans", the majority were taken to the Home for temporary or
 7. Certains des demandeurs étaient des « orphelins », mais la majorité d'entre eux ont été amenés au

- longer term care as they could not be cared for by their parents, family members, guardians or charities. Some of the Plaintiffs were residents while a parent was also a resident and/or employee of the Home.
8. Between 1958 and 1962, 10 of the 57 Plaintiffs, comprising 4 separate families, were proposed by an employee of the Province for placement in the Home and were accepted as residents.
 9. Between 1956 and 1964, 14 of the Plaintiffs, including the 10 referenced above, were placed in the guardianship of the Province through Court Order while still resident in the Home. The 14 Plaintiffs comprised 7 separate families.
 10. The Home was funded primarily through charitable contributions from the people of Prince Edward Island. Occasional grants were made by municipal, provincial, federal and international groups and charities to assist with capital and other needs. Schedule "C" is a summary of the annual operating receipts and expenditures from 1928-1976 as taken from the Annual Reports for the subject years.
 11. The Province did not directly fund the operation of the Home. The Province made financial contributions to the Home in the form of grants, of differing amounts, to the Board of Trustees at various times throughout the time period in question, as illustrated in Schedule "C".
 12. In or about 1968, the Province entered into an agreement with the Federal Government under the Canada Assistance Plan, whereby monies granted by the Province in relation to general welfare services within the province would be reimbursed by the Federal Government up to 50%. The grants to many private organizations, including the Home, were increased by the Province at that time, as the Province had the opportunity to be reimbursed by the Federal Government for up to 50% of the grants issued, and the Province availed itself of this opportunity for the remaining years thereafter.
 13. The Provincial grants were given with no restrictions, and with no accountability requirements for how the funds were spent. The grants given in each year were a portion of the total monies received by Children's Home à titre temporaire ou à plus long terme parce que leurs parents, les autres membres de leur famille, leurs tuteurs ou les organismes de bienfaisance ne pouvaient pas s'occuper d'eux. Certains des demandeurs y ont résidé pendant que leur père ou leur mère était également un résident et/ou un employé du Children's Home.
 8. Entre 1958 et 1962, un employé de la province a proposé que 10 des 57 demandeurs, qui faisaient partie de 4 familles distinctes, soient placés au Children's Home et ils ont été acceptés en tant que résidents.
 9. Entre 1956 et 1964, 14 des demandeurs, y compris les 10 mentionnés ci-dessus, ont été mis sous la tutelle de la province par ordonnance judiciaire alors qu'ils résidaient toujours au Children's Home. Ces 14 demandeurs faisaient partie de 7 familles distinctes.
 10. Le Children's Home était principalement financé par des dons de charité provenant de citoyens de l'Île-du-Prince-Édouard. Des subventions étaient versées à l'occasion par des organismes de bienfaisance et des groupes municipaux, provinciaux, fédéraux et internationaux à titre d'aide pour les besoins en capital et d'autres besoins. L'annexe « C » présente un sommaire des recettes et dépenses de fonctionnement pour les années 1928 à 1976, dressé à partir des rapports annuels relatifs aux années en cause.
 11. La province ne finançait pas directement le fonctionnement du Children's Home. Elle a versé des fonds à l'établissement sous la forme de subventions de différents montants accordées au conseil d'administration à divers moments pendant la période en question, comme le montre l'annexe « C ».
 12. En 1968 ou vers 1968, la province a conclu un accord avec le gouvernement fédéral en vertu du Régime d'assistance publique du Canada, suivant lequel les sommes versées par la province au titre des services de bien-être social dans la province seraient remboursées à hauteur maximale de 50 % par le gouvernement fédéral. La province a alors accru ses subventions à plusieurs organisations privées, dont le Children's Home, du fait qu'elle avait la possibilité d'être remboursée par le gouvernement fédéral à hauteur maximale de 50 % des subventions versées, et elle s'est prévalu de cette possibilité au cours des années suivantes.
 13. Les subventions provinciales étaient versées sans restrictions, et aucune reddition de compte n'était exigée quant à la façon dont l'argent était dépensé. Les subventions versées chaque année constituaient

the Home in each year, and a portion of the annual operating expenses incurred in each year. The use of the grant funds were solely at the discretion of the Board of Trustees.

une partie du total des sommes reçues par le Children's Home chaque année, ainsi qu'une partie des dépenses annuelles de fonctionnement engagées chaque année. L'utilisation des sommes provenant des subventions était entièrement à la discrétion du conseil d'administration.

(2) Reference Questions

1. a) As at 1928, did the Province owe a general duty of care to children placed in the Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home by parents, family members, guardians or charities?
- b) If so, what was that duty of care, when did it arise and how did it arise?
- c) If there was such a general duty of care as at 1928, what was the nature and scope of that duty?
2. a) If there was not a general duty of care in 1928, did such a duty arise subsequent to 1928?
- b) If so, what was that duty of care, when did it arise and how did it arise?
- c) If there was a duty of care that arose after 1928, what was the nature and scope of that duty?
3. a) As at 1928, did the Province have any duty to supervise the operation of the Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home?
- b) If so, what was that duty of supervision, and when and how did it arise?
- c) If there was a duty of supervision, what was the nature and scope of that duty?
4. a) If there was not a duty to supervise the operation of the Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home at 1928, did such a duty arise subsequent to 1928?
- b) If so, what was the duty of supervision, when did it arise and how did it arise?

(2) Questions posées dans le renvoi

[TRADUCTION]

1. a) La province avait-elle, en 1928, une obligation générale de diligence envers les enfants placés au Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home par leurs parents, des membres de leur famille, des tuteurs ou des organismes de bienfaisance?
- b) Dans l'affirmative, en quoi consistait cette obligation de diligence, quand a-t-elle pris naissance et comment a-t-elle pris naissance?
- c) Si une telle obligation générale de diligence existait en 1928, quelles en étaient la nature et l'étendue?
2. a) S'il n'existait pas d'obligation générale de diligence en 1928, une telle obligation a-t-elle pris naissance après 1928?
- b) Dans l'affirmative, en quoi consistait cette obligation de diligence, quand a-t-elle pris naissance et comment a-t-elle pris naissance?
- c) Si une obligation de diligence a pris naissance après 1928, quelles en étaient la nature et l'étendue?
3. a) La province avait-elle, en 1928, une obligation de superviser le fonctionnement du Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home?
- b) Dans l'affirmative, en quoi consistait cette obligation de supervision, quand a-t-elle pris naissance et comment a-t-elle pris naissance?
- c) S'il existait une obligation de supervision, quelles en étaient la nature et l'étendue?
4. a) S'il n'existait pas d'obligation de superviser le fonctionnement du Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home en 1928, une telle obligation a-t-elle pris naissance après 1928?
- b) Dans l'affirmative, en quoi consistait cette obligation de surveillance, quand a-t-elle pris naissance et comment a-t-elle pris naissance?

- | | |
|--|---|
| <p>c) If there was a duty of supervision after 1928, what was the nature and scope of that duty?</p> | <p>c) Si une obligation de diligence a pris naissance après 1928, quelles en étaient la nature et l'étendue?</p> |
| <p>5. a) Was there any legislation or common law that made the Province vicariously liable for the acts or omissions of the Trustees, volunteers or staff of the Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home either as at 1928 or subsequently?</p> | <p>5. a) Existait-il des dispositions législatives ou des règles de common law qui rendaient la province responsable du fait d'autrui pour les actes ou omissions des membres du conseil d'administration, des bénévoles ou du personnel du Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home en 1928 ou ultérieurement?</p> |
| <p>b) If so, when and how did such vicarious liability arise, and what is the nature and scope of that vicarious liability?</p> | <p>b) Dans l'affirmative, quand et comment a pris naissance cette responsabilité du fait d'autrui, et quelles en sont la nature et l'étendue?</p> |
| <p>6. a) As at 1928, did the Province owe a fiduciary duty to the residents of the Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home by virtue of their being residents of the Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home?</p> | <p>6. a) La province avait-elle, en 1928, une obligation fiduciaire envers les résidents du Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home du fait qu'ils étaient des résidents de cet établissement?</p> |
| <p>b) If so, how did such a fiduciary duty arise and what was the nature and scope of that fiduciary duty?</p> | <p>b) Dans l'affirmative, comment cette obligation fiduciaire a-t-elle pris naissance et quelles en étaient la nature et l'étendue?</p> |
| <p>7. a) If the Province did not owe such a fiduciary duty to the residents of the Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home as at 1928, did such a duty arise subsequently?</p> | <p>7. a) Si la province n'avait pas une telle obligation fiduciaire envers les résidents du Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home en 1928, une telle obligation a-t-elle pris naissance ultérieurement?</p> |
| <p>b) If so, what, when and how did such a fiduciary duty arise and what was the nature and scope of that fiduciary duty?</p> | <p>b) Dans l'affirmative, quand et comment cette obligation fiduciaire a-t-elle pris naissance, et quelles en étaient la nature et l'étendue?</p> |
| <p>8. a) As at 1928, did the Province have a non-delegable duty with respect to the care given to the former residents of the Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home by the Trustees, volunteers and staff of the Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home?</p> | <p>8. a) La province avait-elle, en 1928, une obligation intransmissible quant aux soins donnés aux anciens résidents du Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home par les membres du conseil d'administration, les bénévoles et le personnel du Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home?</p> |
| <p>b) If so, when and how did that non-delegable duty arise and what was the nature and scope of that non-delegable duty?</p> | <p>b) Dans l'affirmative, quand et comment cette obligation intransmissible a-t-elle pris naissance et quelles en étaient la nature et l'étendue?</p> |
| <p>9. If any of the above duties are found to have existed, did the Province owe any of the duty to the residents of the Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home who were resident during a time when a parent was also a resident and/or employee of the Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home?</p> | <p>9. S'il est conclu que l'une ou l'autre des obligations décrites ci-haut a existé, la province avait-elle cette obligation envers les résidents du Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home qui y ont résidé à une période où leur père ou leur mère était également un résident et/ou un employé du Mount Herbert Orphanage/Protestant Children's Home?</p> |

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Docken & Company, Calgary; Robertson Stromberg Pedersen, Saskatoon.

Solicitor for the respondent the Government of Prince Edward Island: Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.

Solicitors for the respondent the Prince Edward Island Protestant Children's Trust: Miller Thomson, Toronto; Cox & Palmer, Charlottetown.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : Docken & Company, Calgary; Robertson Stromberg Pedersen, Saskatoon.

Procureur de l'intimé le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard : Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.

Procureurs de l'intimée Prince Edward Island Protestant Children's Trust : Miller Thomson, Toronto; Cox & Palmer, Charlottetown.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Joseph Wesley Laboucan *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LABOUCAN

2010 SCC 12

File No.: 33010.

2009: December 10; 2010: April 8.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Trial — Credibility of accused — Presumption of innocence — Trial judge rejecting accused's testimony in part because of "very great motive to be untruthful" in order to secure acquittal — Accused convicted — Whether trial judge's consideration of accused's "very great motive to be untruthful" undermined presumption of innocence.

C, a 13-year-old girl, and a friend were lured from a mall and driven to an isolated golf course where C was sexually assaulted and beaten to death. The five persons involved, including three youths, were charged with kidnapping, aggravated sexual assault, and first-degree murder. The two adults, B and L — the accused in this case — were tried together. C's friend and all charged persons except for B testified giving various accounts. L admitted at trial that he had been present when the crimes occurred but denied participating in any of them. His position was that the other witnesses' testimony inculcating him had been fabricated for reasons of "jealousy, a desire for revenge, or a desire to avoid responsibility for their own actions". Credibility of the witnesses, including L, was of central importance in the trial. The trial judge rejected L's testimony, in part, on the basis of his motive to lie because of his interest in securing an acquittal and, based on the evidence he did believe, convicted L on all charges. In the Court of Appeal, the majority held that the trial judge's reference to L's "very great motive to be untruthful" presumed his guilt and so revealed a fatal flaw which necessitated a new trial. The dissenting judge was of the opinion that

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Joseph Wesley Laboucan *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. LABOUCAN

2010 CSC 12

N^o du greffe : 33010.

2009 : 10 décembre; 2010 : 8 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

Droit criminel — Procès — Crédibilité de l'accusé — Présomption d'innocence — Juge du procès rejette le témoignage de l'accusé à cause, notamment, de la « très forte raison » qu'il avait « pour ne pas dire la vérité » vu son intérêt à obtenir un acquittement — Accusé déclaré coupable — Le fait que le juge du procès ait tenu compte de la « très forte raison » qu'avait l'accusé « pour ne pas dire la vérité » a-t-il porté atteinte à la présomption d'innocence?

C, une jeune fille âgée de 13 ans, et une amie ont été attirées hors d'un centre commercial et conduites jusqu'à un terrain de golf isolé où C a été agressée sexuellement et battue à mort. Les cinq individus impliqués, dont trois adolescents, ont été accusés d'enlèvement, d'agression sexuelle grave et de meurtre au premier degré. Les deux adultes, B et L — l'accusé en l'espèce — ont été jugés ensemble. L'amie de C ainsi que tous les accusés, à l'exception de B, ont témoigné, chacun donnant sa version des faits. L a reconnu au procès avoir été présent lorsque les crimes ont été perpétrés, mais il a nié avoir participé à l'un ou l'autre d'entre eux. Selon lui, les déclarations des autres témoins l'ayant incriminé avaient été fabriquées pour des raisons de « jalousie, un désir de vengeance ou le désir d'échapper à la responsabilité de leurs propres actions ». La crédibilité des témoins, y compris celle de L, revêtait une importance centrale lors du procès. Le premier juge a rejeté le témoignage de L à cause, notamment, de la raison qu'il avait pour mentir vu son intérêt à obtenir un acquittement et l'a déclaré coupable quant à tous les chefs d'accusation en se fondant sur les éléments de preuve qu'il a crus. Pour les juges majoritaires de la Cour d'appel,

the impugned passage, when read in context, did not constitute error.

Held: The appeal should be allowed.

The fact that a witness has an interest in the outcome of the proceedings is, as a matter of common sense, a relevant factor, among others, to take into account when assessing the credibility of the witness's testimony. This common sense proposition applies to an accused person who testifies in his or her defence. The fact that the witness is the accused, however, raises specific concern. Any assumption that an accused will lie to secure his or her acquittal, simply because of his status as an accused, flies in the face of the presumption of innocence as an innocent person, presumably, need only tell the truth to achieve this outcome. In most cases, considering the accused's motive to lie in assessing his or her credibility as a witness is a factor that is simply unhelpful and, as a general rule, triers of fact would be well advised to avoid that path all together, lest they unwittingly err by making the impermissible assumption. Whether it is appropriate for the trier of fact to consider that the accused may have a motive to lie in order to secure an acquittal will depend on the evidence and the issues raised at trial. A trial judge does not commit an error of law simply by making reference to or taking account of an accused's motive to lie. A trial judge's consideration of an accused's motivation to be untruthful must be examined within the context of the trial and the reasons as a whole. The determining question is whether the trial judge's comments undermined the presumption of innocence.

In this case, while the language used by the trial judge in referring to the accused's motive to lie may give cause for concern when viewed in isolation, the reasons, read in their entirety and in the light of the context of the trial as a whole, reveal that the trial judge properly assessed and weighed the evidence of all the witnesses, including L, without undermining the presumption of innocence or the burden of proof. The trial judge's reasons make it clear that he correctly instructed himself as to the applicable principles. He then faithfully followed these principles in analysing the evidence. The reasons were responsive to the issues raised in this joint trial, where the testimony of every principal witness was challenged by L on the ground that he or

the mention par le juge du procès de la « très forte raison [qu'avait L] pour ne pas dire la vérité » revenait à le présumer coupable, et révélait dès lors un vice fatal rendant nécessaire la tenue d'un nouveau procès. Pour la juge dissidente, les propos reprochés, lus dans leur contexte, ne constituaient pas une erreur.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Il relève du bon sens que le fait qu'un témoin ait un intérêt dans l'issue d'une cause est un facteur pertinent, parmi d'autres, à prendre en considération pour évaluer la crédibilité de son témoignage. Cette proposition de bon sens s'applique à un accusé qui témoigne pour sa défense. Le fait que le témoin soit l'accusé suscite toutefois une difficulté particulière. Le fait de tenir pour acquis qu'un accusé va mentir pour obtenir son acquittement, du simple fait qu'il a le statut d'accusé, porte nécessairement atteinte à la présomption d'innocence, puisque la personne innocente peut vraisemblablement se contenter de dire la vérité pour atteindre ce résultat. Dans la plupart des cas, le fait de prendre en considération la raison qu'a l'accusé de mentir en examinant sa crédibilité comme témoin est un facteur carrément inutile et, en règle générale, le juge des faits ferait bien de ne pas s'engager du tout dans cette voie, de crainte de se tromper involontairement en tenant illégitimement pour acquis l'intention du témoin. La question de savoir s'il est opportun ou non que le juge des faits prenne en considération le fait que l'accusé peut avoir une raison de mentir en vue d'obtenir son acquittement dépendra de la preuve et des questions soulevées lors du procès. Un juge du procès ne commet pas une erreur de droit simplement en faisant mention ou en tenant compte des raisons de mentir qu'a un accusé. La prise en considération par ce juge des raisons qu'a un accusé pour ne pas dire la vérité doit être placée dans le contexte de l'ensemble du procès et des motifs. La question déterminante est celle de savoir si les observations du juge du procès ont porté atteinte à la présomption d'innocence.

En l'espèce, certains termes utilisés par le juge du procès dans ses motifs en lien avec la raison qu'avait l'accusé pour mentir peuvent poser problème lorsqu'ils sont considérés isolément. Mais, quand on lit les motifs dans leur intégralité et à la lumière du contexte de l'ensemble du procès, il en ressort que le juge a correctement évalué et pesé le témoignage de tous les témoins, y compris L, sans porter atteinte à la présomption d'innocence ou au fardeau de la preuve. Il ressort clairement des motifs du juge du procès qu'il a correctement indiqué les principes applicables. Il les a ensuite suivis rigoureusement dans son analyse de la preuve. Les motifs du juge répondaient aux questions soulevées dans le procès conjoint, au cours duquel le témoignage

she had a motive to fabricate the evidence against him. Therefore, it was a crucial and unavoidable aspect of determining the credibility issues that the trial judge consider L's own motives. On this crucial question, the trial judge did not proceed on the basis of the impermissible assumption that the accused, because of his status as an accused, would lie to secure an acquittal.

Cases Cited

Referred to: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. B. (L.)* (1993), 13 O.R. (3d) 796; *McMillan v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 824; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Murray* (1997), 115 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Poitras* (2002), 57 O.R. (3d) 538; *R. v. D. (S.)*, 2007 ONCA 243, 218 C.C.C. (3d) 323; *R. v. Parnell* (1995), 59 B.C.A.C. 291; *R. v. Silverquill*, 1999 BCCA 128, 121 B.C.A.C. 126; *R. v. Khuc*, 2000 BCCA 20, 132 B.C.A.C. 139; *R. v. Green*, 2002 BCCA 269 (CanLII); *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Slatter and Rowbotham J.J.A.), 2009 ABCA 7, 1 Alta. L.R. (5th) 264, 446 A.R. 106, 442 W.A.C. 106, 241 C.C.C. (3d) 315, [2009] 4 W.W.R. 430, [2009] A.J. No. 2 (QL), 2009 CarswellAlta 3, setting aside the accused's convictions entered by Burrows J., 2007 ABQB 196, 413 A.R. 53, [2007] A.J. No. 344 (QL), 2007 CarswellAlta 401, and ordering a new trial. Appeal allowed.

James C. Robb, Q.C., and *Tamara Friesen*, for the appellant.

Laura K. Stevens, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Introduction

[1] Following his trial by judge alone, the respondent Joseph Wesley Laboucan was convicted of kidnapping, aggravated sexual assault, and first

de chaque témoin principal a été contesté par L parce que chacun d'entre eux avait des raisons de fabriquer un témoignage contre lui. La prise en considération par le juge du procès des propres raisons de L était donc un élément crucial et inévitable de la détermination des questions de crédibilité. Sur cette question cruciale, le juge du procès n'a pas illégitimement tenu pour acquis que l'accusé, vu sa situation d'accusé, mentirait afin d'obtenir l'acquiescement.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. B. (L.)* (1993), 13 O.R. (3d) 796; *McMillan c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 824; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Murray* (1997), 115 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Poitras* (2002), 57 O.R. (3d) 538; *R. c. D. (S.)*, 2007 ONCA 243, 218 C.C.C. (3d) 323; *R. c. Parnell* (1995), 59 B.C.A.C. 291; *R. c. Silverquill*, 1999 BCCA 128, 121 B.C.A.C. 126; *R. c. Khuc*, 2000 BCCA 20, 132 B.C.A.C. 139; *R. c. Green*, 2002 BCCA 269 (CanLII); *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Slatter et Rowbotham), 2009 ABCA 7, 1 Alta. L.R. (5th) 264, 446 A.R. 106, 442 W.A.C. 106, 241 C.C.C. (3d) 315, [2009] 4 W.W.R. 430, [2009] A.J. No. 2 (QL), 2009 CarswellAlta 3, qui a annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé par le juge Burrows, 2007 ABQB 196, 413 A.R. 53, [2007] A.J. No. 344 (QL), 2007 CarswellAlta 401, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

James C. Robb, c.r., et *Tamara Friesen*, pour l'appelante.

Laura K. Stevens, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Introduction

[1] À l'issue d'un procès devant un juge seul, l'intimé Joseph Wesley Laboucan a été déclaré coupable d'enlèvement, d'agression sexuelle grave et de

degree murder: 2007 ABQB 196, 413 A.R. 53 (*sub nom. R. v. Briscoe*). This appeal as of right raises the sole issue of whether the trial judge erred in law by rejecting Mr. Laboucan's testimony, in part, on the basis of his motive to lie because of his interest in securing an acquittal. The Alberta Court of Appeal was divided on this question (2009 ABCA 7, 1 Alta. L.R. (5th) 264), with the majority finding that the trial judge's reference to Mr. Laboucan's "very great motive to be untruthful" presumed his guilt, thereby revealing a fatal flaw which necessitated a new trial. Rowbotham J.A. dissented. In her view, the impugned passage, when read in context, did not constitute error.

[2] I would allow the appeal. While the language used by the trial judge in referring to the accused's motive undoubtedly raises concern, it cannot be considered in isolation. When considered in context, I am satisfied that the reasons were responsive to the issues raised in this joint trial, where the testimony of every principal witness was challenged by Mr. Laboucan on the ground that he or she had a motive to fabricate the evidence against him. When the trial judge's reasons are read as a whole, I am satisfied that, on the crucial question of Mr. Laboucan's credibility, he did not proceed on the basis of the impermissible assumption that the accused, because of his status as an accused, would lie to secure an acquittal.

2. The Facts and Judicial History

[3] For the purposes of this appeal, a brief account of the facts will suffice. Shortly after midnight on April 3, 2005, 13-year-old Nina Courtepatte and her friend, Ms. K.B., were lured from West Edmonton Mall on the false promise of being taken to a party. The two young girls got into a car with five individuals: Mr. Laboucan, his co-accused Michael Erin Briscoe, and three youths, Mr. M.W., Ms. S.B. and Ms. D.T. Mr. Briscoe drove the group to an isolated

meurtre au premier degré : 2007 ABQB 196, 413 A.R. 53 (*sub nom. R. c. Briscoe*). Le présent pourvoi, interjeté de plein droit, soulève une seule question : le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en rejetant le témoignage de M. Laboucan à cause, notamment, de la raison qu'il avait pour mentir vu son intérêt à obtenir un acquittement? La Cour d'appel de l'Alberta était partagée sur la question (2009 ABCA 7, 1 Alta. L.R. (5th) 264). Pour les juges majoritaires, la mention par le juge de première instance de [TRADUCTION] « la très forte raison [qu'avait M. Laboucan] pour ne pas dire la vérité » revenait à le présumer coupable, et révélait dès lors un vice fatal rendant nécessaire la tenue d'un nouveau procès. Pour la juge Rowbotham, dissidente, les propos reprochés, lus dans leur contexte, ne constituaient pas une erreur.

[2] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. S'il est vrai que les termes utilisés par le juge de première instance pour traiter des raisons de l'accusé peuvent certainement poser problème, on ne saurait les considérer isolément. Or, lorsqu'on les envisage dans leur contexte, il me paraît clair que les motifs du juge répondaient aux questions soulevées dans le procès conjoint dont il était saisi, au cours duquel le témoignage de chaque témoin principal a été contesté par M. Laboucan parce que chacun d'entre eux avait des raisons de fabriquer un témoignage contre lui. Je suis convaincu que sur la question cruciale de la crédibilité de M. Laboucan, le juge de première instance, si on lit ses motifs dans leur ensemble, n'a pas illégitimement tenu pour acquis que l'accusé, vu sa situation d'accusé, mentirait afin d'obtenir l'acquittement.

2. Les faits et les décisions des tribunaux inférieurs

[3] Pour les besoins du présent pourvoi, un bref rappel des faits suffira. Peu après minuit le 3 avril 2005, M^{lle} Nina Courtepatte, âgée de 13 ans, et son amie, M^{lle} K.B., ont été attirées hors du centre commercial West Edmonton Mall par la promesse mensongère qu'on leur avait faite de les emmener à une fête. Les deux jeunes filles sont montées dans une voiture avec cinq individus : M. Laboucan, son coaccusé Michael Erin Briscoe, et trois adolescents,

golf course. While they were walking down a gravel path and onto a fairway, Ms. S.B. hit Nina with a wrench, causing her to fall. Nina was then held down, sexually assaulted by Mr. Laboucan and Mr. M.W., and beaten to death. Nina's friend, Ms. K.B., was not assaulted.

[4] All five individuals whom Nina and her friend joined that fateful night were charged with kidnapping, aggravated sexual assault, and first degree murder. The two adults in the group, Mr. Laboucan and Mr. Briscoe, were jointly charged and tried together in this proceeding by a judge sitting without a jury. The three youths, Mr. M.W., Ms. S.B., and Ms. D.T., were charged separately. At the time of the joint trial, Mr. M.W. had pleaded guilty and was awaiting sentencing. The other youths were yet to be tried. Except for Mr. Briscoe, all charged individuals testified at the trial, as did Ms. K.B., giving various accounts of the tragic events.

[5] During his testimony at trial, Mr. Laboucan admitted that he was present when the victim was kidnapped, sexually assaulted and murdered, but denied participating in any of those crimes. It was his position that the testimony of the other witnesses inculcating him had been fabricated for reasons of "jealousy, a desire for revenge, or a desire to avoid responsibility for their own actions" (trial judgment, at para. 201).

[6] DNA and other forensic evidence was not conclusive insofar as it related to the two accused before the court. Credibility of the witnesses, including Mr. Laboucan, was, therefore, of central importance in the trial.

[7] The trial judge provided lengthy and detailed reasons for judgment. In this appeal, we

M. M.W., M^{lle} S.B. et M^{lle} D.T. M. Briscoe, qui était au volant, a conduit le groupe jusqu'à un terrain de golf isolé. Pendant que les membres du groupe marchaient le long d'un sentier de gravier puis sur une allée de golf, M^{lle} S.B. a frappé Nina avec une clé anglaise, ce qui a provoqué la chute de cette dernière. Nina a alors été maintenue par terre, a été agressée sexuellement par M. Laboucan et M. M.W., puis battue à mort. L'amie de Nina, M^{lle} K.B., n'a pas subi d'agression.

[4] Les cinq individus auxquels s'étaient jointes Nina et son amie lors de cette nuit fatale ont été accusés d'enlèvement, d'agression sexuelle grave et de meurtre au premier degré. Les deux adultes du groupe, M. Laboucan et M. Briscoe, ont été accusés conjointement et ont été jugés ensemble dans la présente instance par un juge siégeant sans jury. Les trois adolescents, M. M.W., M^{lle} S.B. et M^{lle} D.T., ont fait l'objet d'accusations distinctes. Au moment du procès conjoint, M. M.W. avait plaidé coupable et attendait le prononcé de sa peine. Quant aux deux jeunes filles, elles n'avaient pas encore subi leur procès. À l'exception de M. Briscoe, tous les accusés ont témoigné lors du procès, comme l'a fait également M^{lle} K.B., chacun donnant sa version des faits tragiques.

[5] Lors de son témoignage au procès, M. Laboucan a reconnu avoir été présent lorsque la victime a été enlevée, agressée sexuellement et tuée, mais il a nié toute participation à l'un ou l'autre de ces crimes. Selon lui, les déclarations des autres témoins l'ayant incriminé avaient été fabriquées pour des raisons de [TRADUCTION] « jalousie, un désir de vengeance ou le désir d'échapper à la responsabilité de leurs propres actions » (jugement de première instance, par. 201).

[6] La preuve par ADN et d'autres preuves médico-légales n'étaient pas concluantes dans le cas des deux accusés jugés par le tribunal. La crédibilité des témoins, y compris celle de M. Laboucan, revêtait par conséquent une importance centrale lors du procès.

[7] Le juge de première instance a rédigé de longs motifs circonstanciés. Dans le cadre du

are concerned solely with the assessment of Mr. Laboucan's credibility and the role it played in arriving at a verdict of guilt. After outlining the approach set out in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, the trial judge concluded at the first stage of the *W. (D.)* analysis, that he disbelieved Mr. Laboucan. In giving his reasons for disbelieving him, the trial judge made reference to Mr. Laboucan's motive to lie in these terms:

I summarized Mr. Laboucan's testimony in paragraphs [100] to [132] above. Having carefully considered it, I have concluded that I do not believe Mr. Laboucan. My reasons for this conclusion are:

. . .

d) The fact that he has a very great motive to be untruthful given the consequences of being convicted of the offences charged.

e) The fact that in many respects his evidence is radically inconsistent with the evidence of other witnesses who have no, or at least less, reason to be untruthful about the particular point on which their respective evidence is inconsistent, or whose evidence on the point tends to implicate themselves as well as Mr. Laboucan. [Emphasis added; para. 202.]

[8] For the same reasons, the trial judge concluded that Mr. Laboucan's evidence did not leave him in a reasonable doubt about his involvement in the crimes with which he was charged (para. 203). He proceeded to determine which evidence he did believe. Based on that evidence, the trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt that the Crown had proven each element of the offences charged. He therefore convicted Mr. Laboucan on all charges.

[9] On his appeal to the Alberta Court of Appeal, Mr. Laboucan argued that the trial judge erred in his assessment of credibility. Berger and Slatter J.J.A. agreed. They were of the view that the

présent pourvoi, seuls nous intéressent l'évaluation de la crédibilité de M. Laboucan et le rôle qu'elle a joué dans l'établissement du verdict de culpabilité. Après avoir rappelé dans ses grandes lignes l'approche exposée dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, le juge de première instance est arrivé à la conclusion, à la première étape de l'analyse prescrite dans *W. (D.)*, qu'il ne croyait pas M. Laboucan. En indiquant les motifs pour lesquels il ne le croyait pas, le juge a fait état dans les termes suivants des raisons de mentir qu'avait M. Laboucan :

[TRADUCTION] J'ai résumé le témoignage de M. Laboucan aux paragraphes [100] à [132] qui précèdent. Après l'avoir étudié soigneusement, je suis arrivé à la conclusion que je ne crois pas M. Laboucan. Cette conclusion repose sur les motifs suivants :

. . .

d) Le fait qu'il a une très forte raison pour ne pas dire la vérité vu les conséquences d'une déclaration de culpabilité relative aux infractions dont il est accusé.

e) Le fait que son témoignage, à bien des égards, est radicalement incompatible avec celui d'autres témoins qui n'ont pas, ou en tout cas ont moins de raisons de ne pas dire la vérité sur le point précis à l'égard duquel leurs témoignages respectifs sont incompatibles, ou dont le témoignage sur ce point tend à les impliquer aussi bien que M. Laboucan. [Je souligne; par. 202.]

[8] Pour les mêmes motifs, le juge de première instance a conclu que le témoignage de M. Laboucan ne soulevait dans son esprit aucun doute raisonnable quant à la participation de ce dernier aux crimes dont il était accusé (par. 203). Il a déterminé à quels témoignages il accordait foi. À la lumière de ces témoignages, le juge de première instance était convaincu hors de tout doute raisonnable que le ministère public avait prouvé chaque élément des infractions reprochées. Il a par conséquent déclaré M. Laboucan coupable de tous les chefs d'accusation.

[9] Dans son appel interjeté devant la Cour d'appel de l'Alberta, M. Laboucan a soutenu que le juge de première instance avait commis une erreur dans son évaluation de la crédibilité. Les juges Berger

impugned reference to Mr. Laboucan's motive to be untruthful revealed a fatal flaw in the trial judge's reasoning. "To isolate this Appellant as having a very great intent to fabricate pre-supposes diminished credibility on his part on the basis only of his status as an accused who testified at his own trial" (para. 21). Having proceeded on the prohibited assumption that the accused will lie to secure his acquittal, the trial judge's approach effectively undermined the presumption of innocence and, as such, his error could not be saved by the curative provision. The majority therefore allowed Mr. Laboucan's appeal, set aside his convictions, and ordered a new trial.

[10] Rowbotham J.A., in dissent, would have dismissed the appeal. When considered in the context of the issues at trial, the other reasons for disbelieving Mr. Laboucan, and the reasons as a whole, including the trial judge's careful and thorough analysis of the principles in *W. (D.)*, it was her view that the impugned passage revealed no error. The Crown appeals to this Court as of right.

3. Analysis

[11] The fact that a witness has an interest in the outcome of the proceedings is, as a matter of common sense, a relevant factor, among others, to take into account when assessing the credibility of the witness's testimony. A trier of fact, however, should not place undue weight on the status of a person in the proceedings as a factor going to credibility. For example, it would be improper to base a finding of credibility regarding a parent's or a spouse's testimony solely on the basis of the witness's relationship to the complainant or to the accused. Regard should be given to all relevant factors in assessing credibility.

[12] The common sense proposition that a witness's interest in the proceedings may have an

et Slatter lui ont donné raison. Selon eux, la mention reprochée de la raison qu'avait M. Laboucan pour ne pas dire la vérité révélait un vice fatal dans le raisonnement du juge du procès. [TRADUCTION] « Isoler cet appelant parce qu'il aurait une très forte intention d'inventer des choses, c'est présupposer que sa crédibilité est diminuée du simple fait qu'il est un accusé témoignant à son propre procès » (par. 21). Comme le juge de première instance a tenu pour acquis, ce qu'il n'était pas autorisé à faire, que l'accusé mentirait pour obtenir son acquittement, l'approche qu'il a adoptée se trouvait en réalité à porter atteinte à la présomption d'innocence, et la disposition réparatrice ne permettait dès lors pas de remédier à son erreur. Par conséquent, les juges majoritaires ont accueilli l'appel de M. Laboucan, annulé les déclarations de culpabilité prononcées à son endroit et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[10] La juge Rowbotham, dissidente, aurait rejeté l'appel. Le passage attaqué, considéré dans le contexte des questions faisant l'objet du procès, des autres raisons qu'il y avait de ne pas croire M. Laboucan et de l'ensemble des motifs du juge de première instance, y compris son analyse minutieuse et approfondie des principes établis dans *W. (D.)*, ne révélait à son avis aucune erreur. Le ministère public interjette un appel de plein droit devant notre Cour.

3. Analyse

[11] Le bon sens veut que l'intérêt d'un témoin dans l'issue de l'instance soit un élément pertinent à prendre en compte, parmi d'autres, dans l'évaluation de la crédibilité de son témoignage. Le juge des faits ne devrait cependant pas accorder un poids exagéré à la situation d'une personne dans l'instance comme facteur de crédibilité. Il serait erroné, par exemple, de faire reposer une conclusion relative à la crédibilité du témoignage d'un parent ou d'un conjoint uniquement sur la relation entre ce témoin et le plaignant ou l'accusé. Il faut tenir compte de tous les éléments pertinents lorsqu'on évalue la crédibilité.

[12] La proposition de bon sens suivant laquelle l'intérêt d'un témoin dans l'instance peut influencer

impact on credibility also applies to an accused person who testifies in his or her defence. The fact that the witness is the accused, however, raises a specific concern. The concern arises from the fact that both innocent and guilty accused have an interest in not being convicted. Indeed, the innocent accused has a greater interest in securing an acquittal. Therefore, any assumption that an accused will *lie* to secure his or her acquittal flies in the face of the presumption of innocence, as an innocent person, presumably, need only tell the truth to achieve this outcome. In *R. v. B. (L.)* (1993), 13 O.R. (3d) 796 (C.A.), Arbour J.A. (as she then was) succinctly described the inherent danger in considering the accused's motive arising from his or her interest in the outcome of the trial. In an often-quoted passage, she stated as follows (at pp. 798-99):

It falls into the impermissible assumption that the accused will lie to secure his acquittal, simply because, as an accused, his interest in the outcome dictates that course of action. This flies in the face of the presumption of innocence and creates an almost insurmountable disadvantage for the accused. The accused is obviously interested in being acquitted. In order to achieve that result he may have to testify to answer the case put forward by the prosecution. However, it cannot be assumed that the accused must lie in order to be acquitted, unless his guilt is no longer an open question. If the trial judge comes to the conclusion that the accused did not tell the truth in his evidence, the accused's interest in securing his acquittal may be the most plausible explanation for the lie. The explanation for a lie, however, cannot be turned into an assumption that one will occur. [Emphasis added.]

[13] Counsel for Mr. Laboucan argues that it is inherently wrong in every case to consider an accused's interest in the outcome of the trial, as no useful inference can be drawn from that fact. She therefore urges the Court to adopt an absolute prohibition against considering the accused's motive to lie in assessing his or her credibility as a witness.

[14] In most cases, I would agree with counsel that this factor is simply unhelpful and, as a

sur la crédibilité vaut aussi pour l'accusé qui témoigne pour sa propre défense. Le fait que le témoin soit l'accusé suscite toutefois une difficulté particulière, tenant au fait que l'accusé innocent et l'accusé coupable ont tous deux intérêt à ne pas être déclarés coupables. L'accusé innocent a même davantage intérêt à obtenir un acquittement. Par conséquent, le fait de tenir pour acquis qu'un accusé va *mentir* pour obtenir son acquittement porte nécessairement atteinte à la présomption d'innocence, puisque la personne innocente peut vraisemblablement se contenter de dire la vérité pour atteindre ce résultat. Dans *R. c. B. (L.)* (1993), 13 O.R. (3d) 796 (C.A.), la juge Arbour (alors juge à la Cour d'appel de l'Ontario) a décrit d'une façon concise le danger inhérent de prendre en considération les raisons de l'accusé découlant de son intérêt dans l'issue du procès. Dans un passage fréquemment cité, elle a écrit ceci (p. 798-799) :

[TRADUCTION] Il n'est pas permis de tenir pour acquis que l'accusé va mentir pour obtenir son acquittement pour la simple raison que, en tant qu'accusé, son intérêt dans l'issue dicte cette action. Cela porterait atteinte à la présomption d'innocence et imposerait un désavantage presque insurmontable à l'accusé. Ce dernier a de toute évidence intérêt à être acquitté. Pour atteindre ce résultat, il pourrait devoir témoigner pour répondre à la preuve de la poursuite. Cependant, on ne peut tenir pour acquis que l'accusé doit mentir pour être acquitté, à moins que sa culpabilité ne fasse plus de doute. Si le juge du procès arrive à la conclusion que l'accusé n'a pas dit la vérité lors de son témoignage, l'intérêt qu'a l'accusé à obtenir son acquittement peut constituer l'explication la plus plausible de ce mensonge. On ne peut cependant pas, à partir de l'explication d'un mensonge, tenir pour acquis qu'il y aura un mensonge. [Je souligne.]

[13] L'avocate de M. Laboucan soutient qu'il est intrinsèquement erroné, dans tous les cas, de prendre en considération l'intérêt de l'accusé dans l'issue du procès, parce qu'aucune inférence utile ne peut être tirée de ce fait. Elle presse donc la Cour d'interdire de manière absolue la prise en considération des raisons qu'a l'accusé de mentir dans l'évaluation de sa crédibilité en tant que témoin.

[14] Dans la plupart des cas, je serais d'accord avec l'avocate de l'accusé pour dire que ce facteur

general rule, triers of fact would be well advised to avoid that path altogether, lest they unwittingly err by making the impermissible assumption that the accused will lie to secure an acquittal. However, I would not adopt an absolute rule as proposed, for the following reasons.

[15] An absolute rule prohibiting the trier of fact from considering that an accused may have a motive to lie in order to secure an acquittal, *regardless of the circumstances*, would artificially immunize the accused in a manner inconsistent with other rules of evidence that provide special protection to the accused. Courts have consistently rejected prohibitive rules that would result in a trier of fact acting upon a misleading view of a case. For example, there is a general rule prohibiting the Crown from introducing evidence about the accused's bad character. However, in *McMillan v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 824, where the accused called evidence that his wife was psychopathic, making her the likely killer of an infant, the Court held that the Crown could adduce evidence of the accused's similar disposition. Otherwise the jury would have been left with an entirely distorted picture. Similarly, in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, where the defence had vigorously attacked the credibility of the Crown witnesses, making much of their criminal records, Dickson C.J. held that "a serious imbalance would have arisen" had the jury not been apprised of the accused's criminal record (p. 690). This opened up the opportunity for a more extensive cross-examination on the accused's criminal record that might otherwise be viewed as unduly prejudicial. Therefore, whether or not it is appropriate for the trier of fact to consider that the accused *may have* a motive to lie because of his or her interest in the trial will depend on the evidence and the issues raised at trial.

est carrément inutile et que, en règle générale, le juge des faits ferait bien de ne pas s'engager du tout dans cette voie, de crainte de se tromper involontairement en tenant pour acquis, ce qu'il n'a pas le droit de faire, que l'accusé mentira pour obtenir un acquittement. Je n'adopterais cependant pas la règle absolue qui est proposée, pour les raisons suivantes.

[15] Une règle absolue interdisant au juge des faits de prendre en considération le fait qu'un accusé peut avoir des raisons de mentir afin d'obtenir un acquittement, *quelles que soient les circonstances*, immuniserait artificiellement l'accusé d'une façon incompatible avec les autres règles de preuve qui lui offrent une protection spéciale. Les tribunaux ont constamment rejeté les règles prohibitives ayant pour résultat d'amener le juge des faits à rendre une décision en fonction d'une vision trompeuse de l'affaire dont il est saisi. Il existe par exemple une règle générale interdisant au ministère public de présenter des éléments de preuve concernant la mauvaise moralité de l'accusé. Or, dans *McMillan c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 824, où l'accusé avait présenté des éléments de preuve tendant à montrer que sa femme était psychopathe, ce qui en faisait la meurtrière probable d'un enfant, la Cour a conclu que le ministère public pouvait présenter des preuves relatives à l'existence d'un état similaire chez l'accusé. Sinon, le jury aurait eu une image entièrement faussée de la situation. De même, dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, où la défense avait attaqué avec vigueur la crédibilité des témoins cités par le ministère public, faisant grand cas de leur casier judiciaire, le juge en chef Dickson a conclu qu'« un grave déséquilibre aurait résulté » si le jury n'avait pas été informé du casier judiciaire de l'accusé (p. 690). Cela rendait possible la tenue d'un contre-interrogatoire plus poussé sur le casier judiciaire de l'accusé, qui autrement aurait pu être jugé trop préjudiciable. Par conséquent, la question de savoir s'il est opportun ou non que le juge des faits prenne en considération le fait que l'accusé *peut avoir* une raison de mentir en raison de son intérêt dans le procès dépendra de la preuve et des questions soulevées lors du procès.

[16] An absolute rule as proposed would also be contrary to established principles of appellate review. It should now be regarded as trite law that a trial judge's reasons should be read as a whole, in the context of the evidence, the issues and the arguments at trial, together with "an appreciation of the purposes or functions for which they are delivered": *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at para. 16. Consistent with this approach, courts have not held that the trial judge commits an error of law simply by making reference to or taking account of an accused's motive to lie. It all depends on the context: *R. v. Murray* (1997), 115 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), at pp. 230-31; *R. v. Poitras* (2002), 57 O.R. (3d) 538 (C.A.), at paras. 15-19; *R. v. D. (S.)*, 2007 ONCA 243, 218 C.C.C. (3d) 323, at para. 37; *R. v. Parnell* (1995), 59 B.C.A.C. 291, at paras. 42-43; *R. v. Silverquill*, 1999 BCCA 128, 121 B.C.A.C. 126, at paras. 14-18; *R. v. Khuc*, 2000 BCCA 20, 132 B.C.A.C. 139, at para. 35; *R. v. Green*, 2002 BCCA 269 (CanLII), at paras. 11-12.

[17] In reviewing a trial judge's reasons for disbelieving the accused, a court should also be mindful of the useful distinction drawn by Doherty J.A. in *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), where he cautioned against reading a trial judge's reasons as if they were an instruction to a jury. The Court has repeatedly endorsed his observations (at p. 204):

A trial judge's reasons cannot be read or analyzed as if they were an instruction to a jury. Instructions provide a road-map to direct lay jurors on their journey toward a verdict. Reasons for judgment are given after a trial judge has reached the end of that journey and explain why he or she arrived at a particular conclusion. They are not intended to be, and should not be read as a verbalization of the entire process engaged in by the trial judge in reaching a verdict.

See for example *R.E.M.*, at para. 18 and *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5, at para. 11, where Abella J. has endorsed this approach. Of course, it may be clear that a judge, in part of the reasons, is

[16] Une règle absolue comme celle qui est proposée serait en outre contraire aux principes établis en matière d'examen en appel. Il devrait maintenant être considéré comme allant de soi que les motifs du juge du procès doivent être lus comme un tout, dans le contexte de la preuve, des questions en litige et des arguments présentés lors du procès, et « en tenant compte des buts ou des fonctions de l'expression des motifs » : *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 16. Conformément à ces principes, les juridictions d'appel ont refusé de conclure que le juge du procès commet une erreur de droit simplement en faisant mention ou en tenant compte des raisons de mentir qu'a un accusé. Tout dépend du contexte : *R. c. Murray* (1997), 115 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), p. 230-231; *R. c. Poitras* (2002), 57 O.R. (3d) 538 (C.A.), par. 15-19; *R. c. D. (S.)*, 2007 ONCA 243, 218 C.C.C. (3d) 323, par. 37; *R. c. Parnell* (1995), 59 B.C.A.C. 291, par. 42-43; *R. c. Silverquill*, 1999 BCCA 128, 121 B.C.A.C. 126, par. 14-18; *R. c. Khuc*, 2000 BCCA 20, 132 B.C.A.C. 139, par. 35; *R. c. Green*, 2002 BCCA 269 (CanLII), par. 11-12.

[17] La cour d'appel qui examine les motifs pour lesquels le juge de première instance n'a pas cru l'accusé doit également se rappeler la distinction utile énoncée par le juge Doherty dans *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), lorsqu'il a indiqué qu'il faut éviter de lire les motifs du juge comme s'il s'agissait de directives au jury. La Cour a souscrit à maintes reprises à ses observations (p. 204) :

[TRADUCTION] Les motifs d'un juge de première instance ne peuvent être lus ou analysés comme s'il s'agissait de directives au jury. Les directives guident les jurés profanes dans leur démarche, en leur indiquant le chemin à suivre pour parvenir à un verdict. Le juge du procès exprime ses motifs après être parvenu au terme de sa démarche et y explique pourquoi il en est arrivé à une conclusion en particulier. Les motifs ne sont pas censés exprimer intégralement le raisonnement qui a mené le juge à un verdict et ne doivent pas être perçus comme tels.

Voir par exemple *R.E.M.*, par. 18, et *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5, par. 11, arrêts dans lesquels la juge Abella a souscrit à cette approche. Bien sûr, il est parfois évident que le juge, dans une

in fact describing the road-map or process he or she engaged in. Again here, any impugned passage in a trial judge's reasons must be read in the context of the entire reasons.

[18] It follows from these principles that the trial judge's consideration of Mr. Laboucan's "very great motive to be untruthful" must be placed within the context of the trial and the reasons as a whole. At the end of the day, the determining question is whether the trial judge's comments undermined the presumption of innocence. The majority in the Court of Appeal concluded that they did. I disagree. In my respectful view, the majority erred by effectively considering the impugned statement in isolation. As I read their reasons, the fact that "[t]he motivation was described as a motivation to be untruthful, not simply a motivation to be acquitted" (para. 22) effectively drove their conclusion. It mattered not what the trial judge wrote elsewhere in his reasons or in what context the words were chosen. In their view, the reference to the accused's motivation to be untruthful, as opposed to his motivation to secure an acquittal, was irreconcilable with the teachings in *W. (D.)* and "constituted a material flaw in the assessment of credibility bearing upon the substance of the judgment" (para. 31).

[19] As I indicated at the outset, I agree with Rowbotham J.A.'s conclusion that the trial judge committed no error. I am also in substantial agreement with her analysis. In my view, she considered the impugned comments in their appropriate context. In the "road-map" part of the judgment where the trial judge instructed himself on the law, she noted that he correctly instructed himself as to the applicable *W. (D.)* principles and the burden of proof. Therefore, this is not a situation where the reviewing court has to rely on the presumption that the trial judge knows the law on credibility. His reasons make it clear that he did. The trial judge

partie de ses motifs, décrit en fait le chemin ou le processus qu'il a suivi. Dans ce cas également, les passages attaqués des motifs d'un juge de première instance devront être lus dans le contexte de l'ensemble des motifs.

[18] Il découle de ces principes que la prise en considération par le juge de première instance de la [TRADUCTION] « très forte raison [qu'avait M. Laboucan] pour ne pas dire la vérité » doit être placée dans le contexte de l'ensemble du procès et des motifs. En dernière analyse, la question déterminante est celle de savoir si les observations du juge de première instance ont porté atteinte à la présomption d'innocence. Les juges majoritaires de la Cour d'appel sont arrivés à la conclusion que tel était le cas. Je ne suis pas de cette opinion. À mon avis, ils ont commis une erreur en considérant en fait isolément de leur contexte les mots reprochés. Selon ma lecture de leurs motifs, leur conclusion est en réalité fondée sur le fait que [TRADUCTION] « [l]a motivation a été décrite comme une motivation pour ne pas dire la vérité, et non simplement comme une motivation pour être acquitté » (par. 22). Peu leur importait ce que le juge de première instance a écrit ailleurs dans ses motifs, ou le contexte dans lequel les mots ont été choisis. Pour eux, la mention de la motivation de l'accusé pour ne pas dire la vérité, par opposition à sa motivation pour obtenir un acquittement, était inconciliable avec les enseignements de *W. (D.)* et [TRADUCTION] « constituait un vice important dans l'évaluation de la crédibilité ayant une incidence sur le fond du jugement » (par. 31).

[19] Comme je l'ai indiqué au départ, je suis d'accord avec la conclusion de la juge Rowbotham quant à l'absence d'erreur de la part du juge de première instance. Je suis également d'accord sur l'essentiel avec son analyse. À mon avis, elle a correctement considéré les propos attaqués dans leur contexte. Elle a signalé que dans la partie « chemin à suivre » du jugement, où le juge de première instance a exposé les règles de droit, il a correctement indiqué les principes applicables énoncés dans *W. (D.)* ainsi que les règles sur le fardeau de la preuve. Il ne s'agit donc pas d'un cas où la cour d'appel doit se fonder sur la présomption que le juge de première instance

then faithfully followed the principles he had set out in analysing the evidence.

[20] Rowbotham J.A. then reviewed at some length the numerous reasons given by the trial judge for disbelieving the accused's testimony, at paras. 50-58. I need not repeat those reasons here. They are numerous and well founded in the evidence. They include: material inconsistencies between Mr. Laboucan's evidence at trial and his evidence given at a preliminary inquiry; further inconsistencies between his evidence at trial and that given in statements to police; his admission that he had made up an elaborate fiction concerning a murder he had witnessed, where he implicated real people even though they had no involvement whatsoever in the actual murder at which he was present; the fact that there was no medical evidence to support his claim that he entered into a state of shock which prevented him from responding to the events at the scene; and the stark conflict between his evidence and the evidence of every other witness present at the scene.

[21] Finally, Rowbotham J.A. held that the comparison to the motivations of the witnesses in para. 202(e) was entirely appropriate in this case, given the defence position at trial. In my view, the defence position is a very important contextual factor that explains the language used by the trial judge. Central to this trial was the fact that the credibility of each of the main witnesses was challenged by Mr. Laboucan on the basis that they had a motive to lie and fabricate evidence against him, either to exculpate themselves in other proceedings or to minimize their participation in the crime. The trial judge was appropriately mindful of the defence position throughout his review of their evidence.

connaît les règles de droit relatives à la crédibilité. Il ressort clairement de ses motifs qu'il les connaissait. Le juge de première instance a ensuite suivi rigoureusement les principes qu'il avait exposés dans son analyse de la preuve.

[20] La juge Rowbotham a ensuite examiné d'une façon assez approfondie, aux par. 50-58 de ses motifs, les nombreuses raisons pour lesquelles le juge de première instance n'ajoutait pas foi au témoignage de l'accusé. Il est inutile de les répéter ici. Elles sont nombreuses et sont correctement fondées sur la preuve. En voici certaines : les contradictions importantes entre le témoignage de M. Laboucan au procès et son témoignage lors de l'enquête préliminaire; d'autres contradictions entre son témoignage au procès et ses déclarations à la police; le fait qu'il a admis avoir inventé de toutes pièces, avec beaucoup de détails, un meurtre dont il aurait été témoin, impliquant dans ce soi-disant crime de vraies personnes qui pourtant n'étaient mêlées d'aucune manière au meurtre véritable lors duquel il était présent; l'absence de preuve médicale à l'appui de son allégation selon laquelle il était entré dans un état de choc qui l'avait empêché de réagir aux événements sur les lieux du crime; le vif contraste entre son témoignage et celui de tous les autres témoins qui étaient présents sur les lieux du crime.

[21] Finalement, la juge Rowbotham a conclu que la comparaison entre les motivations des témoins faite au par. 202e) était parfaitement appropriée en l'espèce, vu la position adoptée par la défense lors du procès. Selon moi, la position adoptée par la défense constitue une donnée contextuelle très importante qui explique les termes employés par le juge de première instance. Un élément central de ce procès réside dans le fait que la crédibilité de chacun des témoins principaux a été attaquée par M. Laboucan au motif qu'ils avaient des raisons de mentir et de fabriquer un témoignage contre lui, soit pour se disculper dans d'autres instances, soit pour minimiser leur participation au crime. Le juge de première instance a, à juste titre, tenu compte de la position adoptée par la défense tout au long de l'examen de leur témoignage.

[22] In these circumstances, where the defence theory rested on the contention that each witness who implicated Mr. Laboucan lied out of self-interest, it was entirely appropriate for the trial judge to consider that the witnesses would have had no, or less reason, to be untruthful on *particular points* of evidence in respect of which Mr. Laboucan provided radically inconsistent testimony. The trial judge's careful and detailed review of the evidence belies any contention that Mr. Laboucan's testimony was inappropriately isolated and subjected to greater scrutiny than the other witnesses on the basis of his status as an accused. Further, Mr. Laboucan's testimony and position regarding the witnesses had implications for the co-accused, Mr. Briscoe. Therefore, unlike Rowbotham J.A. who concluded that the impugned comments were "harmless and unnecessary" (para. 63), it is my view that, within the context of this trial, it was a crucial and unavoidable aspect of determining the credibility issues that the trial judge consider Mr. Laboucan's own motives.

[23] As stated at the outset, while some of the language used by the trial judge in his reasons may give cause for concern when viewed in isolation, when the reasons are read in their entirety and in the light of the context of the trial as a whole, they reveal that the trial judge properly assessed and weighed the evidence of all the witnesses, including the accused, without undermining the presumption of innocence or the burden of proof.

4. Disposition

[24] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order for a new trial, and restore the convictions.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Alberta, Edmonton.

[22] La théorie de la défense reposait sur l'assertion selon laquelle chaque témoin ayant impliqué M. Laboucan avait menti dans son propre intérêt. Dans ces circonstances, le juge de première instance pouvait tout à fait légitimement considérer que les témoins n'avaient pas ou avaient moins de raisons pour ne pas dire la vérité sur *des points particuliers* de leur témoignage avec lesquels celui de M. Laboucan était radicalement incompatible. L'analyse minutieuse et circonstanciée des témoignages par le juge de première instance dissipe toute allégation selon laquelle le témoignage de M. Laboucan aurait, d'une façon inappropriée, été isolé et soumis à un examen plus poussé que celui des autres témoins en raison de sa situation d'accusé. En outre, le témoignage de M. Laboucan et la position qu'il a adoptée à l'égard des témoins avaient des incidences pour le coaccusé, M. Briscoe. Ainsi, contrairement à la juge Rowbotham, pour qui les propos reprochés étaient [TRADUCTION] « sans conséquence et inutiles » (par. 63), j'estime que, dans le contexte de ce procès, la prise en considération par le juge de première instance des propres raisons de M. Laboucan était un élément crucial et inévitable de la détermination des questions de crédibilité.

[23] Comme je l'ai indiqué au départ, certains termes utilisés par le juge de première instance dans ses motifs peuvent poser problème lorsqu'ils sont considérés isolément. Mais, quand on lit les motifs dans leur intégralité et à la lumière du contexte de l'ensemble du procès, il en ressort que le juge de première instance a correctement évalué et pesé le témoignage de tous les témoins, y compris l'accusé, sans porter atteinte à la présomption d'innocence ou au fardeau de la preuve.

4. Dispositif

[24] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance relative à la tenue d'un nouveau procès et de rétablir les déclarations de culpabilité.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

*Solicitors for the respondent: Dawson Stevens
& Shaigec, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimé : Dawson Stevens &
Shaigec, Edmonton.*

Michael Erin Briscoe *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. BRISCOE

2010 SCC 13

File No.: 32912.

2009: December 10; 2010: April 8.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Parties to offences — Aiding and abetting — Mens rea — Intent and knowledge components — Wilful blindness — Accused charged with several offences for his participation in kidnapping, rape and murder of young girl — Accused acquitted — Trial judge finding that mens rea for being party to offences not proven because accused did not have requisite knowledge of co-accused's intention to commit each crime — Whether trial judge erred by failing to consider accused's knowledge from perspective of doctrine of wilful blindness — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21(1)(b), (c).

C, a 13-year-old girl, and a young friend were lured into a car on the false promise of being taken to a party. B drove the group, which included L and three youths, to a secluded golf course. Unbeknownst to C or her friend, L had said earlier in the day that he would like to find someone to kill. It would appear that the idea had been generally well received and C was chosen by L and some of the others as the victim. On their arrival, B opened the trunk and, at L's request, handed him some pliers. B stayed behind at the car as the others went onto the golf course under the guise of seeking the party. B rejoined the group around the time that one of the youths hit C from behind with a wrench. For a moment, B held on to C and angrily told her to be

Michael Erin Briscoe *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. BRISCOE

2010 CSC 13

N^o du greffe : 32912.

2009 : 10 décembre; 2010 : 8 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

Droit criminel — Participants aux infractions — Aide et encouragement — Mens rea — Intention et connaissance — Ignorance volontaire — Accusé inculpé de plusieurs infractions pour avoir participé à l'enlèvement, au viol et au meurtre d'une jeune fille — Accusé acquitté — Mens rea pour avoir participé à des infractions non établie selon le juge du procès parce que l'accusé n'avait pas la connaissance requise de l'intention qu'avait le coaccusé de commettre chacun des crimes — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de considérer la connaissance qu'avait l'accusé du point de vue de la doctrine de l'aveuglement volontaire? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1)(b), (c).

C, une jeune fille de 13 ans, et une amie, ont été entraînées dans une voiture en se faisant faussement promettre d'être emmenées à une fête. B a conduit le groupe, dont L et trois adolescents faisaient partie, jusqu'à un terrain de golf isolé. Ce que C et son amie ignoraient, c'est que L avait affirmé plus tôt ce jour-là qu'il aimerait trouver quelqu'un à tuer. Il semble que l'idée avait été généralement bien reçue et C a été choisie comme victime par L et certains autres. À leur arrivée sur les lieux du crime, B a ouvert le coffre et, à la demande de L, lui a remis des pinces. B est resté en retrait derrière la voiture pendant que les autres se sont mis à marcher sur le terrain de golf sous prétexte de chercher la fête. B a rejoint le groupe environ au

quiet or shut up. B then stood by and watched as C was brutally raped and murdered. All five persons involved were charged with kidnapping, aggravated assault and first degree murder and the two adults, B and L, were jointly tried by a judge alone. B was acquitted. The trial judge found that the *actus reus* for being a party to the offences was proven, but not the *mens rea* because B did not have the requisite knowledge that L intended to commit the crimes. The Court of Appeal overturned the acquittals and ordered a new trial, holding that the trial judge erred in law by failing to consider wilful blindness.

Held: The appeal should be dismissed.

The *mens rea* requirement reflected in the word “purpose” under s. 21(1)(b) of the *Criminal Code* has two components: intent and knowledge. For the intent component, the Crown must prove that the accused intended to assist the principal in the commission of the offence. It is not required that the accused desired that the offence be successfully committed. As for knowledge, in order to have the intention to assist in the commission of an offence, the aider must know that the principal intends to commit the crime, although he or she need not know precisely how it will be committed. Even in the case of murder, the principal’s intention to commit the crime must be known to the aider or abettor, but it need not be shared. It is sufficient that he or she, armed with knowledge of the principal’s intention to commit the crime, acts with the intention of assisting the principal in its commission.

The doctrine of wilful blindness, correctly delineated, is distinct from recklessness and involves no departure from the subjective inquiry into the accused’s state of mind which must be undertaken to establish an aider or abettor’s knowledge. Wilful 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*. 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.

In this case, the evidence cried out for an analysis on wilful blindness. Even B’s own statements to the

moment où une des adolescentes a frappé C par derrière avec une clé à molette. Pendant quelques instants, il a empoigné C et lui a dit avec colère de se taire. B a ensuite assisté passivement et regardé pendant que C a été brutalement violée et assassinée. Les cinq personnes impliquées ont été accusées d’enlèvement, de voies de fait graves et de meurtre au premier degré et les deux adultes, B et L, ont été jugés conjointement par un juge siégeant seul. B a été acquitté. Le juge du procès a conclu que l’*actus reus* de l’infraction de participation à des infractions avait été établi, mais pas la *mens rea* parce que B n’avait pas la connaissance requise quant à l’intention de L de commettre les crimes. La Cour d’appel a infirmé les acquittements et a ordonné la tenue d’un nouveau procès, concluant que le juge du procès avait commis une erreur de droit en n’examinant pas la doctrine de l’ignorance volontaire.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L’exigence de la *mens rea* qui ressort de l’expression « en vue de » à l’al. 21(1)(b) du *Code criminel* comporte deux éléments : l’intention et la connaissance. En ce qui concerne l’élément d’intention, le ministère public doit établir que l’accusé avait l’intention d’aider l’auteur principal à commettre l’infraction. Il n’est pas nécessaire que l’accusé désire que l’infraction soit perpétrée avec succès. En ce qui concerne l’élément de connaissance, l’intention d’aider à commettre une infraction suppose que la personne doit savoir que l’auteur principal a l’intention de commettre le crime, bien qu’elle n’ait pas à savoir précisément la façon dont il sera commis. Même dans le cas d’un meurtre, la personne qui aide ou qui encourage doit connaître l’intention de l’auteur principal de tuer la victime, sans toutefois nécessairement la partager. Il suffit que, connaissant l’intention de l’auteur principal de commettre le crime, cette personne agisse avec l’intention d’aider l’auteur principal à le commettre.

La doctrine de l’ignorance volontaire, si elle est bien définie, se distingue de l’insouciance et n’implique pas l’abandon de l’analyse subjective de l’état d’esprit de l’accusé devant être effectuée pour établir la connaissance d’un complice qui aide ou encourage l’auteur du crime. L’ignorance volontaire ne définit pas la *mens rea* requise d’infractions particulières. Elle peut plutôt 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.

En l’espèce, compte tenu de la preuve, une analyse de l’ignorance volontaire s’imposait. Même les

police, on which the trial judge relied heavily, suggest that he had a strong, well-founded suspicion that someone would be killed at the golf course and that he may have been wilfully blind to the kidnapping and prospect of sexual assault. His statements also show that he deliberately chose not to inquire about what the members of the group intended to do because he did not want to know. The trial judge's failure to consider B's knowledge from that perspective constitutes a legal error which necessitates a new trial on all charges.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Laboucan*, 2009 ABCA 7, 1 Alta. L.R. (5th) 264, rev'd 2010 SCC 12, [2010] 1 S.C.R. 397; *R. v. Greyeyes*, [1997] 2 S.C.R. 825; *R. v. F. W. Woolworth Co.* (1974), 3 O.R. (2d) 629; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *R. v. Maciel*, 2007 ONCA 196, 219 C.C.C. (3d) 516; *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1), 229(a), 231(5).

Authors Cited

Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2007.
Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Paperny and Martin J.J.A. and Belzil J. (*ad hoc*)), 2008 ABCA 327, 95 Alta. L.R. (4th) 211, 437 A.R. 301, 433 W.A.C. 301, [2009] 1 W.W.R. 447, 237 C.C.C. (3d) 41, [2008] A.J. No. 1060 (QL), 2008 CarswellAlta 1322, setting aside the acquittals entered by Burrows J., 2007 ABQB 196, 413 A.R. 53, [2007] A.J. No. 344 (QL), 2007 CarswellAlta 401, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Alexander D. Pringle, Q.C., Anna Konye and Daniel Chivers, for the appellant.

déclarations que B a faites à la police, sur lesquelles le juge du procès s'est abondamment fondé, laissent entendre qu'il soupçonnait fortement et avec raison qu'une personne serait tuée au terrain de golf et qu'il a pu ignorer volontairement l'enlèvement et la possibilité de l'agression sexuelle. Ses déclarations montrent aussi qu'il a délibérément choisi de ne pas se renseigner sur ce que les membres du groupe avaient l'intention de faire parce qu'il ne voulait pas le savoir. L'omission du juge du procès de considérer la connaissance de B sous cet angle constitue une erreur de droit qui commande la tenue d'un nouveau procès relativement à tous les chefs d'accusation.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Laboucan*, 2009 ABCA 7, 1 Alta. L.R. (5th) 264, inf. par 2010 CSC 12, [2010] 1 R.C.S. 397; *R. c. Greyeyes*, [1997] 2 R.C.S. 825; *R. c. F. W. Woolworth Co.* (1974), 3 O.R. (2d) 629; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *R. c. Maciel*, 2007 ONCA 196, 219 C.C.C. (3d) 516; *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1), 229(a), 231(5).

Doctrine citée

Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1985.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson Carswell, 2007.
Williams, Glanville. *Criminal Law : The General Part*, 2nd ed. London : Stevens & Sons, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Paperny et Martin et le juge Belzil (*ad hoc*)), 2008 ABCA 327, 95 Alta. L.R. (4th) 211, 437 A.R. 301, 433 W.A.C. 301, [2009] 1 W.W.R. 447, 237 C.C.C. (3d) 41, [2008] A.J. No. 1060 (QL), 2008 CarswellAlta 1322, qui a annulé les acquittements prononcés par le juge Burrows, 2007 ABQB 196, 413 A.R. 53, [2007] A.J. No. 344 (QL), 2007 CarswellAlta 401, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Alexander D. Pringle, c.r., Anna Konye et Daniel Chivers, pour l'appelant.

James C. Robb, Q.C., and Tamara Friesen, for the respondent.

Jennifer M. Woollcombe, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Introduction

[1] Three young persons and two adults were charged for their participation in the kidnapping, rape, and brutal murder of 13-year-old Nina Courtepatte. The two adults in the group, the appellant Michael Erin Briscoe and Joseph Wesley Laboucan, were charged jointly with kidnapping, aggravated sexual assault and first degree murder. Following their trial before a judge sitting without a jury, Mr. Laboucan was found guilty and Mr. Briscoe was acquitted on all charges (2007 ABQB 196, 413 A.R. 53). Mr. Laboucan successfully appealed his convictions to the Court of Appeal of Alberta and obtained an order for a new trial (2009 ABCA 7, 1 Alta. L.R. (5th) 264). On further appeal to this Court, the order was set aside and his convictions were restored (2010 SCC 12, [2010] 1 S.C.R. 397). This appeal relates solely to Mr. Briscoe. On appeal by the Crown, the Court of Appeal of Alberta overturned his acquittals and ordered a new trial (2008 ABCA 327, 95 Alta. L.R. (4th) 211). Mr. Briscoe now appeals to this Court.

[2] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal and uphold the order of a new trial on all charges.

2. Background

[3] The following summary of the facts reflects the findings of the trial judge.

James C. Robb, c.r., et Tamara Friesen, pour l'intimée.

Jennifer M. Woollcombe, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Introduction

[1] Trois adolescents et deux adultes ont été accusés d'avoir participé à l'enlèvement, au viol et au meurtre brutal de Nina Courtepatte, âgée de 13 ans. Les deux adultes du groupe, l'appelant Michael Erin Briscoe et Joseph Wesley Laboucan ont été conjointement accusés d'enlèvement, d'agression sexuelle grave et de meurtre au premier degré. À l'issue de leur procès devant un juge siégeant sans jury, M. Laboucan a été déclaré coupable et M. Briscoe a été acquitté relativement à tous les chefs d'accusation (2007 ABQB 196, 413 A.R. 53). M. Laboucan a interjeté appel avec succès de ses condamnations devant la Cour d'appel de l'Alberta et a obtenu une ordonnance relative à la tenue d'un nouveau procès (2009 ABCA 7, 1 Alta. L.R. (5th) 264). Cependant, à la suite du pourvoi formé devant notre Cour, l'ordonnance a été annulée et les déclarations de culpabilité ont été rétablies (2010 CSC 12, [2010] 1 R.C.S. 397). Le présent pourvoi ne concerne que M. Briscoe. Lors de l'appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel de l'Alberta a annulé le verdict d'acquiescement et a ordonné la tenue d'un nouveau procès (2008 ABCA 327, 95 Alta. L.R. (4th) 211). M. Briscoe se pourvoit à présent devant notre Cour.

[2] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance relative à la tenue d'un nouveau procès relativement à tous les chefs d'accusation.

2. Contexte

[3] Le résumé des faits qui suit reflète les conclusions du juge du procès.

[4] Shortly after midnight on April 3, 2005, 13-year-old Nina Courtepatte and her young friend Ms. K.B. were lured, on the false promise of being taken to a party, into a car with Mr. Briscoe, who was 34 years old at the time, 19-year-old Mr. Laboucan, and three youths. Unbeknownst to Ms. Courtepatte and Ms. K.B., Mr. Laboucan had said earlier in the day that he would like to find someone to kill. It would appear that the idea had been generally well received and, after looking around the West Edmonton Mall for a potential victim, Mr. Laboucan and some of the others had chosen Ms. Courtepatte as the victim.

[5] Mr. Briscoe drove the group to a secluded golf course. Everyone got out of the car. Mr. Briscoe opened the trunk and, at Mr. Laboucan's request, handed him some pliers. One of the youths, S.B., hid a wrench up her sleeve. A sledgehammer or mallet was also taken. Except for Mr. Briscoe, everyone started to walk down a path on the golf course. For the benefit of the unsuspecting Ms. Courtepatte and her friend Ms. K.B., Mr. Laboucan and some of the others pretended to be looking for the party.

[6] At some point during the walk, Ms. S.B. struck Ms. Courtepatte from behind with the wrench. She cried out and ran to Mr. Laboucan. He whispered something that terrified her and she broke away, pleading with him not to make good on his threat. Around this time, Mr. Briscoe rejoined the group. For a moment, he held on to Ms. Courtepatte and angrily told her to be quiet or shut up. Mr. Laboucan then raped her. One of the youths, Mr. M.W., did the same. They then hit her in the head multiple times with the sledgehammer or mallet, and Mr. Laboucan choked her from behind with a wrench. Mr. Laboucan also directed another youth, Ms. D.T., to stab Ms. Courtepatte's throat with a throwing knife. She did. Mr. Briscoe stood by and watched the rape and murder. Ms. K.B. witnessed some of the gruesome events, but was physically unharmed. Ms. Courtepatte's badly beaten body was left behind on the golf course where it was discovered a day later.

[4] Le 3 avril 2005, peu après minuit, Nina Courtepatte, une adolescente de 13 ans et son amie M^{lle} K.B. ont été entraînées dans une voiture avec M. Briscoe, alors âgé de 34 ans, M. Laboucan, âgé de 19 ans et trois adolescents, qui leur avaient faussement promis de les emmener à une fête. Ce que M^{lles} Courtepatte et K.B. ignoraient, c'est que M. Laboucan avait affirmé plus tôt ce jour-là qu'il aimerait trouver quelqu'un à tuer. Il semble que l'idée avait été généralement bien reçue et, après avoir fait le tour du West Edmonton Mall pour trouver une victime potentielle, M. Laboucan et quelques membres du groupe ont choisi M^{lle} Courtepatte.

[5] M. Briscoe a conduit le groupe jusqu'à un terrain de golf isolé. Ils sont tous sortis de la voiture. M. Briscoe a ouvert le coffre et, à la demande de M. Laboucan, lui a remis des pinces. Une des adolescentes, S.B., a caché une clé à molette dans sa manche. Quelqu'un a aussi pris une masse ou un maillet. Tout le monde, sauf M. Briscoe, s'est mis à marcher dans un sentier du terrain de golf. Pour tromper M^{lle} Courtepatte et son amie M^{lle} K.B. qui ne se doutaient de rien, M. Laboucan et d'autres ont fait semblant de chercher la fête.

[6] À un moment donné, M^{lle} S.B. a frappé M^{lle} Courtepatte par derrière avec la clé à molette. Cette dernière a poussé un cri et a couru vers M. Laboucan. Il a chuchoté quelque chose qui l'a terrifiée et elle s'est éloignée, l'implorant de ne pas mettre sa menace à exécution. À peu près à ce moment-là, M. Briscoe a rejoint le groupe. Pendant quelques instants, il a empoigné M^{lle} Courtepatte et lui a dit avec colère de se taire. M. Laboucan l'a ensuite violée. Un des adolescents, M. M.W., a fait de même. Ils l'ont ensuite frappée plusieurs fois à la tête avec la masse ou le maillet et M. Laboucan l'a étranglée par derrière avec une clé à molette. M. Laboucan a aussi ordonné à un autre jeune, M^{lle} D.T., de donner un coup de couteau de jet dans la gorge de la victime, ce qu'elle a fait. M. Briscoe assistait passivement au viol et au meurtre. M^{lle} K.B. a été témoin d'une partie de ces horribles événements, mais elle n'a pas subi de lésions corporelles. Le corps sauvagement battu de M^{lle} Courtepatte a été abandonné sur le terrain de golf où il a été découvert le lendemain.

[7] What happened to Ms. Courtepatte was not the main question at trial. There was no real question about whether she had been a victim of a kidnapping, aggravated sexual assault, or culpable homicide. There was also no serious question that the homicide fell within the category of first degree murder, either because it was planned and deliberate, or because it was committed during the commission of a crime of domination within the meaning of s. 231(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The issue was whether each accused was involved and, if so, whether criminal liability flowed from this involvement.

[8] The Crown's theory was that Mr. Laboucan was "the mastermind behind these offences" who had formulated the plan, selected the victim, and communicated the plan to the others. Mr. Briscoe's actions, carried out with knowledge of Mr. Laboucan's plan, made him a party to the offences. His participation included driving the group to and from the crime scene, choosing a secluded location, providing and transporting weapons, and taking "an active role" by holding Ms. Courtepatte and telling her to shut up, and threatening Ms. K.B. The Crown argued that Mr. Briscoe had actual knowledge of or was wilfully blind to the plan. The Crown also submitted that, even apart from Mr. Briscoe's acts of assistance, his presence coupled with his knowledge of the plan made him an abettor. His presence could lend courage to the attackers, discourage rescue, and give Ms. Courtepatte "one more reason to feel helpless and lost and futile" (J.R., vol. XIII, at pp. 169-73).

[9] The trial judge essentially accepted the Crown's theory. He found that Mr. Laboucan had committed the offences as a principal offender and that Mr. Briscoe had aided in the commission of the crimes by doing four things: he "drove the group to the place" where the crimes were committed; he "selected a place to stop the characteristics of which facilitated" the commission of the crimes; he "opened the trunk of the car at Mr. Laboucan's

[7] Le sort réservé à M^{lle} Courtepatte n'était pas la principale question au procès. En effet, la véritable question n'était pas de savoir si elle avait été victime d'enlèvement, d'agression sexuelle grave ou d'homicide coupable. De même, il était clair que l'homicide entraînait dans la catégorie du meurtre au premier degré, soit parce qu'il était prémédité et de propos délibéré, soit parce qu'il a été commis pendant la perpétration d'un crime comportant domination visé au par. 231(5) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. La question était celle de savoir si chacun des accusés était impliqué et, dans l'affirmative, si une responsabilité criminelle découlait de cette implication.

[8] Selon la théorie du ministère public, M. Laboucan était [TRADUCTION] « le cerveau derrière ces infractions » qui avait élaboré le plan, choisi la victime et communiqué le plan aux autres. Les gestes posés par M. Briscoe, au courant du plan de M. Laboucan, ont fait de lui un participant aux infractions. Sa participation a consisté à conduire le groupe à l'aller et au retour, à choisir un endroit retiré, à fournir et à transporter des armes et à jouer [TRADUCTION] « un rôle actif » en tenant M^{lle} Courtepatte et en lui disant de se taire, puis en menaçant M^{lle} K.B. Selon le ministère public, M. Briscoe était véritablement au courant du plan ou l'a volontairement ignoré. Toujours selon le ministère public, même abstraction faite de l'aide apportée par M. Briscoe, le fait qu'il était présent et qu'il connaissait le plan le rend complice. Il est possible que sa présence ait encouragé les agresseurs, découragé les personnes voulant porter secours et donné à M^{lle} Courtepatte [TRADUCTION] « une raison de plus pour se sentir impuissante, perdue et insignifiante » (d.c., vol. XIII, p. 169-173).

[9] Le juge du procès a essentiellement accepté la théorie du ministère public. Il a conclu que M. Laboucan était l'auteur principal des infractions et que M. Briscoe l'avait aidé dans la perpétration des crimes en posant quatre gestes : il [TRADUCTION] « a conduit le groupe au lieu » où les crimes ont été commis; il « a choisi un endroit qui facilitait » la perpétration des crimes; il « a ouvert le coffre arrière de la voiture à la demande

request” and “gave him one of the tools that was taken to the grassy area, albeit a tool apparently not used to murder Ms. Courtepatte”; and he “angrily told Ms. Courtepatte to be quiet when she was screaming after Ms. S.B. hit her and before Mr. Laboucan sexually assaulted and murdered her” (para. 277). Therefore, the *actus reus* for being a party to the offences was proven.

[10] The trial judge then examined whether Mr. Briscoe had the requisite *mens rea* for any of the offences. Did he intend to assist Mr. Laboucan in the commission of the crimes? In order to have such intention, he would have to have known of Mr. Laboucan’s intention to commit each of the crimes. The crucial question then became whether he had such knowledge. The trial judge concluded that Mr. Briscoe did not have the requisite knowledge. Although Mr. Briscoe did not testify at trial, the Crown introduced statements he had made to the police following his arrest. The trial judge ruled the statements voluntary and relied heavily on their contents in concluding that Mr. Briscoe lacked the requisite knowledge. The following are relevant parts of the statements:

- (a) Mr. Briscoe acknowledged that he heard members of the group talking about killing people and became aware that one member of the group was carrying knives: J.R., vol. XV, at pp. 102 and 106. He wondered “when is this gonna happen” and worried that he was going to be killed: J.R., vol. XV, at p. 102.
- (b) While at the mall, Mr. Briscoe knew that Mr. Laboucan was looking for a girl to have sex with. He said: “I was more than happy to provide him with a chick so he don’t take mine right?”: J.R., vol. XV, at p. 128. He also said: “I ain’t been screwing kids is not my piece of pie”: J.R., vol. XV, at p. 126.

de M. Laboucan » puis « il lui a donné un des outils qui avait été amené dans une aire gazonnée, bien que l’outil n’ait apparemment pas été utilisé pour tuer M^{lle} Courtepatte »; et il « a dit avec colère à M^{lle} Courtepatte de se taire quand elle criait après avoir reçu le coup de M^{lle} S.B. et avant d’être agressée sexuellement et tuée par M. Laboucan » (par. 277). Par conséquent, l’*actus reus* de la participation aux infractions a été prouvé.

[10] Le juge du procès s’est ensuite penché sur la question de savoir si M. Briscoe avait la *mens rea* requise pour commettre l’une ou l’autre des infractions. Avait-il l’intention d’aider M. Laboucan à perpétrer les crimes? Pour cela, il aurait fallu qu’il sache que M. Laboucan avait l’intention de commettre chacun des crimes. La question fondamentale est donc devenue celle de savoir s’il avait cette connaissance. Le juge du procès a conclu que M. Briscoe n’avait pas la connaissance requise. Bien que M. Briscoe n’ait pas témoigné au procès, le ministère public a produit des déclarations qu’il avait faites à la police à la suite de son arrestation. Le juge du procès était d’avis que les déclarations étaient volontaires et s’est fortement appuyé sur leur contenu pour arriver à la conclusion que M. Briscoe n’avait pas la connaissance requise. Voici des extraits pertinents de ces déclarations :

- a) M. Briscoe a reconnu avoir entendu des membres du groupe parler de tuer des gens et il s’est rendu compte qu’un membre du groupe portait des couteaux : d.c., vol. XV, p. 102 et 106. Il s’est demandé [TRADUCTION] « quand ça allait se faire » et il craignait d’être tué : d.c., vol. XV, p. 102.
- b) Au centre commercial, M. Briscoe savait que M. Laboucan cherchait une fille avec qui il pourrait avoir des relations sexuelles. Il a dit : [TRADUCTION] « J’étais bien content de lui trouver une fille pour pas qu’il prenne la mienne, tu comprends? » : d.c., vol. XV, p. 128. Il a ajouté : [TRADUCTION] « Je baise pas d’enfants; c’est pas mon genre » : d.c., vol. XV, p. 126.

- (c) Before arriving at the golf course, he thought they “wanted to scare the shit out of” Ms. Courtepatte: J.R., vol. XV, at p. 108.
- (d) Later, when he parked outside the golf course, he knew something was going to happen, but did not want to know what it was: “whatever you guys wanna do just do it. Don’t do it around me I don’t want to see nothing I don’t know what the fuck you’re gonna do”: J.R., vol. XV, at p. 106. Mr. Laboucan asked him for a pair of pliers, and he observed Mr. Laboucan taking “[s]ome kind of a pipe or something” from his trunk: J.R., vol. XV, at pp. 108-9 and 162. He worried about his and his girlfriend’s safety: J.R., vol. XV, at pp. 99 and 106.
- (e) After initially hanging back, he rejoined the group at the grassy area of the golf course, and witnessed the two other men raping Ms. Courtepatte and beating her to death: J.R., vol. XV, at pp. 107-8, 115, 117, 119, 122 and 147. He did not want to know what was happening: “That’s what I seen. And I was like ahh fuck I don’t wanna know”: J.R., vol. XV, at p. 123.
- (f) Mr. Briscoe stated that he did not physically assault Ms. Courtepatte, but admitted to holding her at one point and telling her to shut up: J.R., vol. XV, at pp. 134, 146-47, 164 and 171-172.
- (g) When asked about who knew during the drive out to the golf course what was going on, Mr. Briscoe asked, “Like, definitely for sure?” and then said, “I didn’t know exactly what was goin’ on”: J.R., vol. XV, at pp. 191-92.
- (c) Avant d’arriver au terrain de golf, il s’est dit qu’ils [TRADUCTION] « voulaient donner la chienne à » M^{lle} Courtepatte : d.c., vol. XV, p. 108.
- (d) Plus tard, quand il a garé la voiture à l’extérieur du terrain de golf, il savait que quelque chose allait se produire, mais il ne voulait pas savoir de quoi il s’agissait : [TRADUCTION] « Je sais pas ce que vous voulez faire, faites-le, c’est tout. Mais pas devant moi. Je veux rien voir. Je sais pas ce que vous allez foutre » : d.c., vol. XV, p. 106. M. Laboucan lui a demandé une paire de pinces. M. Briscoe l’a vu prendre [TRADUCTION] « [u]n genre de tuyau ou quelque chose » dans le coffre arrière de sa voiture : d.c., vol. XV, p. 108-109 et 162. Il s’inquiétait pour sa sécurité et pour celle de sa petite amie : d.c., vol. XV, p. 99 et 106.
- (e) Il est resté derrière pendant un moment, puis il a rejoint le groupe dans l’aire gazonnée du terrain de golf où il a vu les deux autres hommes violer et battre à mort M^{lle} Courtepatte : d.c., vol. XV, p. 107-108, 115, 117, 119, 122 et 147. Il ne voulait pas savoir ce qui se passait : [TRADUCTION] « C’est ce que j’ai vu. Et, j’étais comme, merde, je veux pas le savoir » : d.c., vol. XV, p. 123.
- (f) M. Briscoe a affirmé ne pas avoir agressé M^{lle} Courtepatte physiquement, mais il a admis l’avoir tenue à un moment donné et lui avoir dit de se taire : d.c., vol. XV, p. 134, 146-147, 164 et 171-172.
- (g) Lorsqu’on lui a demandé qui était au courant de ce qui se passait pendant le trajet, M. Briscoe a demandé [TRADUCTION] « Comme pour le vrai? » et il a dit : « Je savais pas exactement ce qui se passait » : d.c., vol. XV, p. 191-192.

[11] In brief, the trial judge’s conclusions on *mens rea* were the following. On the charge of kidnapping, despite finding that Mr. Briscoe knew that Mr. Laboucan intended to at least seriously scare Ms. Courtepatte, the trial judge determined that the evidence did not support the conclusion that

[11] En résumé, le juge du procès a tiré les conclusions suivantes quant à la *mens rea*. Relativement à l’accusation d’enlèvement, même s’il a conclu que M. Briscoe savait que M. Laboucan avait au moins l’intention de faire vraiment peur à M^{lle} Courtepatte, le juge du procès a décidé que la preuve n’était

Mr. Briscoe knew “Ms. Courtepatte and Ms. KB had been lured by fraud into his car” (paras. 283-84). On the charge of aggravated sexual assault, although Mr. Briscoe’s “statement does suggest that he understood Mr. Laboucan anticipated to be sexually intimate with Ms. Courtepatte”, there was “nothing to indicate he understood that Mr. Laboucan intended to sexually assault Ms. Courtepatte” (para. 285). Finally, on the charge of first degree murder, the trial judge held that “the evidence does not establish that he knew Mr. Laboucan in fact intended to kill Ms. Courtepatte. Further the evidence certainly does not establish that he himself had the requisite intent for murder” (para. 286). The trial judge concluded that, in these circumstances, the evidence was not sufficient to prove beyond a reasonable doubt “that Mr. Briscoe did any of the assistive things he did knowing, much less intending, that they would assist Mr. Laboucan” to commit any of the crimes (para. 287). The trial judge did not consider whether Mr. Briscoe was wilfully blind, despite the Crown’s submissions. He acquitted Mr. Briscoe on all charges.

[12] The Crown appealed Mr. Briscoe’s acquittals to the Court of Appeal of Alberta. Writing for a unanimous court, Martin J.A. held that the trial judge erred in law by failing to consider whether Mr. Briscoe was “wilfully blind to the harm his cohorts intended to cause the victim” and that, “[b]ut for this error, the verdicts may well have been different” on all three charges (para. 41). The Court of Appeal set aside the acquittals and ordered a new trial on all charges. Mr. Briscoe now appeals to this Court.

3. Analysis

[13] Canadian criminal law does not distinguish between the principal offender and parties to an

pas la conclusion portant que M. Briscoe savait que [TRADUCTION] « M^{lles} Courtepatte et KB avaient été entraînées par la ruse dans sa voiture » (par. 283-284). Relativement à l’accusation d’agression sexuelle grave, même si la [TRADUCTION] « déclaration [de M. Briscoe] laisse entendre qu’il savait que M. Laboucan prévoyait avoir des relations sexuelles avec M^{lle} Courtepatte », rien « n’indiquait qu’il comprenait que M. Laboucan avait l’intention d’agresser M^{lle} Courtepatte sexuellement » (par. 285). Enfin, quant à l’accusation de meurtre au premier degré, le juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « la preuve ne permet pas d’établir qu’il savait que M. Laboucan avait en fait l’intention de tuer M^{lle} Courtepatte. De plus, la preuve ne permet certainement pas d’établir qu’il avait lui-même l’intention requise pour le meurtre » (par. 286). Le juge du procès a conclu que, dans ces circonstances, la preuve n’était pas suffisante pour prouver hors de tout doute raisonnable [TRADUCTION] « que M. Briscoe a posé ces gestes en sachant qu’il aidait M. Laboucan » à commettre des crimes « et encore moins, qu’il en avait l’intention » (par. 287). Le juge du procès ne s’est pas demandé si M. Briscoe avait délibérément fermé les yeux, malgré les observations du ministère public. Il a acquitté M. Briscoe relativement à tous les chefs d’accusation.

[12] Le ministère public a interjeté appel des verdicts d’acquiescement de M. Briscoe devant la Cour d’appel de l’Alberta. Dans un jugement unanime, le juge Martin a conclu que le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de se demander si M. Briscoe avait [TRADUCTION] « volontairement ignoré le tort que ses acolytes avaient l’intention de causer à la victime » et que, « [n]’eût été cette erreur, les verdicts auraient bien pu être différents » à l’égard des trois chefs d’accusation (par. 41). La Cour d’appel a annulé les verdicts d’acquiescement et ordonné la tenue d’un nouveau procès relativement à tous les chefs d’accusation. M. Briscoe se pourvoit à présent devant notre Cour.

3. Analyse

[13] Le droit criminel canadien ne fait pas de distinction entre l’auteur principal d’une infraction

offence in determining criminal liability. Section 21(1) of the *Criminal Code* makes perpetrators, aiders, and abettors equally liable:

21. (1) Every one is a party to an offence who

- (a) actually commits it;
- (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or
- (c) abets any person in committing it.

The person who provides the gun, therefore, may be found guilty of the same offence as the one who pulls the trigger. The *actus reus* and *mens rea* for aiding or abetting, however, are distinct from those of the principal offence.

[14] The *actus reus* of aiding or abetting is doing (or, in some circumstances, omitting to do) something that assists or encourages the perpetrator to commit the offence. While it is common to speak of aiding and abetting together, the two concepts are distinct, and liability can flow from either one. Broadly speaking, “[t]o aid under s. 21(1)(b) means to assist or help the actor. . . . To abet within the meaning of s. 21(1)(c) includes encouraging, instigating, promoting or procuring the crime to be committed”: *R. v. Greyeyes*, [1997] 2 S.C.R. 825, at para. 26. The *actus reus* is not at issue in this appeal. As noted earlier, the Crown argued at trial that Mr. Briscoe was both an aider and an abettor. The trial judge’s finding that Mr. Briscoe performed the four acts of assistance described above is not disputed.

[15] Of course, doing or omitting to do something that resulted in assisting another in committing a crime is not sufficient to attract criminal liability. As the Court of Appeal for Ontario wrote in *R. v. F. W. Woolworth Co.* (1974), 3 O.R. (2d) 629, “one does not render himself liable by renting or loaning

et les participants à l’infraction pour déterminer la responsabilité criminelle. Selon le par. 21(1) du *Code criminel*, les personnes qui commettent une infraction et celles qui les aident et les encouragent à la commettre sont également responsables :

21. (1) Participent à une infraction :

- a) quiconque la commet réellement;
- b) quiconque accomplit ou omet d’accomplir quelque chose en vue d’aider quelqu’un à la commettre;
- c) quiconque encourage quelqu’un à la commettre.

La personne qui fournit l’arme peut donc être déclarée coupable de la même infraction que la personne qui a appuyé sur la gâchette. *L’actus reus* et la *mens rea* relatifs à l’aide ou à l’encouragement sont toutefois différents de ceux de l’infraction principale.

[14] *L’actus reus* de l’aide ou de l’encouragement consiste à accomplir (ou, dans certaines circonstances, à omettre d’accomplir) une chose qui aide ou encourage l’auteur de l’infraction à commettre cette dernière. Bien qu’on ait l’habitude de considérer l’aide et l’encouragement ensemble, ce sont deux concepts distincts, et la responsabilité peut découler de l’un comme de l’autre. De façon générale, « [a]ider, au sens de l’al. 21(1)(b), signifie assister la personne qui agit ou lui donner un coup de main. [. . .] Encourager, au sens de l’al. 21(1)(c), signifie notamment inciter et instiguer à commettre un crime, ou en favoriser ou provoquer la perpétration » : *R. c. Greyeyes*, [1997] 2 R.C.S. 825, par. 26. *L’actus reus* n’est pas en cause dans le présent pourvoi. Comme je l’ai déjà souligné, le ministre public a fait valoir au procès que M. Briscoe avait aidé et encouragé à commettre les infractions. La conclusion du juge du procès selon laquelle M. Briscoe a posé les quatre actes d’assistance décrits précédemment n’est pas contestée.

[15] Évidemment, accomplir ou omettre d’accomplir une chose qui a pour effet d’aider une autre personne à commettre un crime ne suffit pas à engager la responsabilité criminelle. Comme l’a souligné la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. F. W. Woolworth Co.* (1974), 3 O.R. (2d) 629, [TRADUCTION] « une

a car for some legitimate business or recreational activity merely because the person to whom it is loaned or rented chooses in the course of his use to transport some stolen goods, or by renting a house for residential purposes to a tenant who surreptitiously uses it to store drugs” (p. 640). The aider or abettor must also have the requisite mental state or *mens rea*. Specifically, in the words of s. 21(1)(b), the person must have rendered the assistance *for the purpose of aiding the principal offender to commit the crime*.

[16] The *mens rea* requirement reflected in the word “purpose” under s. 21(1)(b) has two components: intent and knowledge. For the intent component, it was settled in *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, that “purpose” in s. 21(1)(b) should be understood as essentially synonymous with “intention”. The Crown must prove that the accused intended to assist the principal in the commission of the offence. The Court emphasized that “purpose” should not be interpreted as incorporating the notion of “desire” into the fault requirement for party liability. It is therefore not required that the accused desired that the offence be successfully committed (*Hibbert*, at para. 35). The Court held, at para. 32, that the perverse consequences that would flow from a “purpose equals desire” interpretation of s. 21(1)(b) were clearly illustrated by the following hypothetical situation described by Mewett and Manning:

If a man is approached by a friend who tells him that he is going to rob a bank and would like to use his car as the getaway vehicle for which he will pay him \$100, when that person is . . . charged under s. 21 for doing something for the purpose of aiding his friend to commit the offence, can he say “My purpose was not to aid the robbery but to make \$100”? His argument would be that while he knew that he was helping the robbery, his desire was to obtain \$100 and he did not care one way or the other whether the robbery was successful or not.

(A. W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 112)

personne ne se rend pas coupable en louant ou en prêtant une voiture pour des activités commerciales ou récréatives légitimes simplement parce que la personne à qui elle a prêté ou loué la voiture décide au cours de l’utilisation de transporter des articles volés, ou en louant une maison à des fins résidentielles à un locataire qui l’utilise à son insu pour entreposer des drogues » (p. 640). La personne qui aide ou qui encourage doit aussi avoir l’état d’esprit requis ou la *mens rea* requise. Plus précisément, aux termes de l’al. 21(1)(b), la personne doit avoir prêté assistance *en vue d’aider* l’auteur principal à commettre le crime.

[16] L’exigence de la *mens rea* qui ressort de l’expression « en vue de » à l’al. 21(1)(b) comporte deux éléments : l’intention et la connaissance. En ce qui concerne l’élément d’intention, il a été établi dans *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, que l’expression « en vue de » de l’al. 21(1)(b) devrait être considérée comme étant essentiellement synonyme d’« intention ». Le ministère public doit établir que l’accusé avait l’intention d’aider l’auteur principal à commettre l’infraction. La Cour a insisté sur le fait que les mots « en vue de » ne devraient pas être interprétés comme incorporant la notion de « désir » dans l’exigence de faute pour que la responsabilité du participant soit engagée. Il n’est donc pas nécessaire que l’accusé désire que l’infraction soit perpétrée avec succès (*Hibbert*, par. 35). La Cour a conclu, au par. 32, que les conséquences malencontreuses qui découleraient d’une interprétation de l’al. 21(1)(b) voulant que l’expression « en vue de » s’entende d’un « désir » étaient clairement illustrées par la situation hypothétique suivante décrite par Mewett et Manning :

[TRADUCTION] Un homme se fait dire par un ami qu’il va dévaliser une banque, qu’il aimerait utiliser sa voiture pour s’enfuir et qu’il lui versera 100 \$ en échange de ce service. Lorsqu’il est [. . .] accusé, en vertu de l’art. 21, d’avoir accompli quelque chose en vue d’aider son ami à commettre l’infraction, cet homme peut-il dire « Mon but était non pas d’aider à commettre le vol, mais de gagner 100 \$ »? Il soutiendrait que, même s’il savait qu’il aidait à commettre le vol, son désir était d’obtenir les 100 \$ et il lui était parfaitement égal que le vol réussisse ou non.

(A. W. Mewett et M. Manning, *Criminal Law* (2^e éd. 1985), p. 112)

The same rationale applies regardless of the principal offence in question. Even in respect of murder, there is no “additional requirement that an aider or abettor subjectively approve of or desire the victim’s death” (*Hibbert*, at para. 37 (emphasis deleted)).

[17] As for knowledge, in order to have the intention to assist in the commission of an offence, the aider must know that the perpetrator intends to commit the crime, although he or she need not know precisely how it will be committed. That sufficient knowledge is a prerequisite for intention is simply a matter of common sense. Doherty J.A. in *R. v. Maciel*, 2007 ONCA 196, 219 C.C.C. (3d) 516, provides the following useful explanation of the knowledge requirement which is entirely apposite to this case (at paras. 88-89):

... a person who is alleged to have aided in a murder must be shown to have known that the perpetrator had the intent required for murder under s. 229(a): *R. v. Kirkness* (1990), 60 C.C.C. (3d) 97 (S.C.C.) at 127.

The same analysis applies where it is alleged that the accused aided a perpetrator in the commission of a first degree murder that was planned and deliberate. The accused is liable as an aider only if the accused did something to assist the perpetrator in the planned and deliberate murder and if, when the aider rendered the assistance, he did so for the purpose of aiding the perpetrator in the commission of a planned and deliberate murder. Before the aider could be said to have the requisite purpose, the Crown must prove that the aider knew the murder was planned and deliberate. Whether the aider acquired that knowledge through actual involvement in the planning and deliberation or through some other means, is irrelevant to his or her culpability under s. 21(1).

[18] It is important to note that Doherty J.A., in referring to this Court’s decision in *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74, rightly states that the aider to a murder must “have known that the perpetrator had the intent required for murder”. While some of the language in *Kirkness* may be read as requiring that the aider share the murderer’s intention to kill the victim, the case must now be read in the light of the above-noted analysis in *Hibbert*. The perpetrator’s

Ce raisonnement s’applique sans égard à l’infraction principale en cause. Même à l’égard du meurtre, il n’y a aucune « [autre exigence voulant] que celui qui aide ou encourage à commettre une infraction approuve ou désire subjectivement la mort de la victime » (*Hibbert*, par. 37 (soulignement omis)).

[17] En ce qui concerne l’élément de connaissance, l’intention d’aider à commettre une infraction suppose que la personne doit savoir que l’auteur a l’intention de commettre le crime, bien qu’elle n’ait pas à savoir précisément la façon dont il sera commis. Il relève tout simplement du bon sens qu’il faut avoir une connaissance suffisante pour avoir l’intention requise. Dans *R. c. Maciel*, 2007 ONCA 196, 219 C.C.C. (3d) 516, le juge Doherty donne cette explication fort utile de l’exigence de connaissance, laquelle est tout à fait pertinente en l’espèce (par. 88-89) :

[TRADUCTION] ... il faut établir que la personne accusée d’avoir aidé à commettre un meurtre savait que l’auteur du crime avait l’intention requise pour commettre un meurtre tel qu’il est décrit à l’al. 229a) : *R. c. Kirkness* (1990), 60 C.C.C. (3d) 97 (C.S.C.) p. 127.

Cette analyse s’applique lorsqu’il est allégué que l’accusé a aidé l’auteur dans la perpétration d’un meurtre au premier degré qui était prémédité et de propos délibéré. L’accusé n’est coupable d’avoir fourni une aide que s’il a fait quelque chose qui a pour effet d’aider l’auteur à commettre le meurtre prémédité et s’il l’a fait en vue d’aider l’auteur dans la perpétration d’un tel meurtre. Avant que l’on puisse conclure que le complice avait l’intention requise, le ministère public doit prouver qu’il savait que le meurtre était prémédité et de propos délibéré. La question de savoir si cette personne a acquis cette connaissance en participant à la préméditation, ou autrement, n’est pas pertinente pour juger de sa culpabilité en application du par. 21(1).

[18] Il est important de souligner que le juge Doherty, en faisant référence à l’arrêt *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74, de la Cour, a raison de dire que la personne qui a aidé à commettre le meurtre devait « sav[oir] que l’auteur du crime avait l’intention requise pour commettre un meurtre ». Bien que certains passages de l’arrêt *Kirkness* puissent être interprétés comme exigeant que le complice partage l’intention du meurtrier de tuer la victime,

intention to kill the victim must be known to the aider or abettor; it need not be shared. *Kirkness* should not be interpreted as requiring that the aider and abettor of a murder have the same *mens rea* as the actual killer. It is sufficient that he or she, armed with *knowledge* of the perpetrator's intention to commit the crime, acts with the intention of assisting the perpetrator in its commission. It is only in this sense that it can be said that the aider and abettor must intend that the principal offence be committed.

[19] Having set out the relevant legal principles for assessing the *mens rea* of a person charged with aiding and abetting murder, I now turn to Mr. Briscoe's main argument in this appeal: that the doctrine of wilful blindness should find no application in determining the requisite knowledge for murder, either as a principal or as an aider or abettor.

[20] In essence, Mr. Briscoe argues that wilful blindness is but a heightened form of recklessness which is inconsistent with the very high *mens rea* standard for murder under s. 229(a) of the *Criminal Code*. He argues further that allowing fault for murder, as either a principal or party, to be established by wilful blindness could run afoul of the principle that "subjective foresight of death" is the minimum standard of fault for murder under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms: R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, at p. 645. The Court of Appeal rejected these arguments and, in my view, rightly so. As I will explain, wilful blindness, correctly delineated, is distinct from recklessness and involves no departure from the subjective inquiry into the accused's state of mind which must be undertaken to establish an aider or abettor's knowledge.

l'arrêt doit maintenant être interprété à la lumière de l'analyse susmentionnée tirée de l'arrêt *Hibbert*. La personne qui aide ou qui encourage doit connaître l'intention de l'auteur de tuer la victime, sans toutefois nécessairement la partager. Il ne faut pas interpréter de l'arrêt *Kirkness* qu'il existe une exigence que celui ou celle qui aide ou qui encourage l'auteur principal d'un meurtre ait la même *mens rea* que le véritable tueur. Il suffit que, *connaissant* l'intention de l'auteur de commettre le crime, cette personne agisse avec l'intention d'aider l'auteur à le commettre. Ce n'est qu'en ce sens qu'il est possible de dire que celui ou celle qui aide ou qui encourage doit avoir l'intention que l'infraction principale soit commise.

[19] Maintenant que j'ai énoncé les principes juridiques pertinents pour évaluer la *mens rea* d'une personne accusée d'avoir aidé à la perpétration d'un meurtre ou de l'avoir encouragé, je vais examiner l'argument principal de M. Briscoe dans le présent pourvoi, à savoir que la doctrine de l'ignorance volontaire ne devrait pas s'appliquer lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la connaissance requise, soit de l'auteur principal du crime soit de la personne qui a aidé ou encouragé à le commettre, dans le cas d'un meurtre.

[20] Essentiellement, M. Briscoe soutient que l'ignorance volontaire n'est qu'une forme accrue d'insouciance, laquelle est incompatible avec l'exigence très élevée de la *mens rea* applicable au meurtre tel qu'il est décrit à l'al. 229a) du *Code criminel*. Selon lui, permettre que l'existence d'une faute de l'auteur principal ou du participant soit établie, pour conclure à la culpabilité pour meurtre, par une preuve d'ignorance volontaire irait à l'encontre du principe qu'il doit y avoir à tout le moins une « prév[ision] subjectiv[e] de la mort » selon l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés: R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, p. 645. À mon avis, la Cour d'appel a rejeté ces arguments à juste titre. Comme je vais l'expliquer plus loin, l'ignorance volontaire, si elle est bien définie, se distingue de l'insouciance et n'implique pas l'abandon de l'analyse subjective de l'état d'esprit de l'accusé devant être effectuée pour établir la connaissance d'un complice qui aide ou encourage l'auteur du crime.

[21] Wilful 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?”

[22] Courts and commentators have consistently emphasized that wilful blindness is distinct from recklessness. The emphasis bears repeating. As the Court explained in *Sansregret* (at p. 584):

... while recklessness involves knowledge of a danger or risk and persistence in a course of conduct which creates a risk that the prohibited result will occur, wilful blindness arises where a person who has become aware of the need for some inquiry declines to make the inquiry because he does not wish to know the truth. He would prefer to remain ignorant. The culpability in recklessness is justified by consciousness of the risk and by proceeding in the face of it, while in wilful blindness it is justified by the accused’s fault in deliberately failing to inquire when he knows there is reason for inquiry. [Emphasis added.]

[23] It is important to keep the concepts of recklessness and wilful blindness separate. Glanville Williams explains the key restriction on the doctrine:

The rule that wilful blindness is equivalent to knowledge is essential, and is found throughout the criminal law. It is, at the same time, an unstable rule, because judges are apt to forget its very limited scope. A court can properly find wilful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew. He suspected the fact; he realised its probability; but he refrained from obtaining the final confirmation because he wanted in the event to be able to deny knowledge. This, and this alone, is wilful blindness. It requires in

[21] 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? »

[22] Les tribunaux et les auteurs ont, je tiens à le rappeler, toujours insisté sur le fait que l’ignorance volontaire se distingue de l’insouciance. Comme l’a expliqué la Cour dans *Sansregret* (p. 584) :

... alors que l’insouciance comporte la connaissance d’un danger ou d’un risque et la persistance dans une conduite qui engendre le risque que le résultat prohibé se produise, l’ignorance volontaire se produit lorsqu’une personne qui a ressenti le besoin de se renseigner refuse de le faire parce qu’elle ne veut pas connaître la vérité. Elle préfère rester dans l’ignorance. La culpabilité dans le cas d’insouciance se justifie par la prise de conscience du risque et par le fait d’agir malgré celui-ci, alors que dans le cas de l’ignorance volontaire elle se justifie par la faute que commet l’accusé en omettant délibérément de se renseigner lorsqu’il sait qu’il y a des motifs de le faire. [Je souligne.]

[23] Il est important de distinguer les concepts d’insouciance et d’ignorance volontaire. Glanville Williams explique comme suit la principale restriction à la doctrine :

[TRADUCTION] La règle selon laquelle l’ignorance volontaire équivaut à la connaissance est essentielle et se rencontre partout dans le droit criminel. En même temps, c’est une règle instable parce que les juges sont susceptibles d’en oublier la portée très limitée. Une cour peut valablement conclure à l’ignorance volontaire seulement lorsqu’on peut presque dire que le défendeur connaissait réellement le fait. Il le soupçonnait; il se rendait compte de sa probabilité; mais il s’est abstenu d’en obtenir confirmation définitive parce qu’il voulait,

effect a finding that the defendant intended to cheat the administration of justice. Any wider definition would make the doctrine of wilful blindness indistinguishable from the civil doctrine of negligence in not obtaining knowledge. [Emphasis added.]

(*Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), at p. 159 (cited in *Sansregret*, at p. 586).)

[24] Professor Don Stuart makes the useful observation that the expression “deliberate ignorance” seems more descriptive than “wilful blindness”, as it connotes “an actual process of suppressing a suspicion”. Properly understood in this way, “the concept of wilful blindness is of narrow scope and involves no departure from the subjective focus on the workings of the accused’s mind” (*Canadian Criminal Law: A Treatise* (5th ed. 2007), at p. 241). While a failure to inquire may be evidence of recklessness or criminal negligence, as for example, where a failure to inquire is a marked departure from the conduct expected of a reasonable person, wilful blindness is not simply a failure to inquire but, to repeat Professor Stuart’s words, “deliberate ignorance”.

[25] In this case, I agree with Martin J.A. that the trial judge erred in law by failing to consider wilful blindness. As he noted, even Mr. Briscoe’s own statements to the police suggest that he had a “strong, well-founded suspicion that someone would be killed at the golf course” (para. 30) and that he may have been wilfully blind to the kidnapping and prospect of sexual assault. His statements also show that he deliberately chose not to inquire about what the members of the group intended to do because he did not want to know. As he put it, “whatever you guys wanna do just do it. Don’t do it around me I don’t want to see nothing I don’t know what the fuck you’re gonna do.” The trial judge relied heavily upon the statements in his reasons but did not refer to the doctrine of wilful blindness. Of course, whether Mr. Briscoe

le cas échéant, être capable de nier qu’il savait. Cela, et cela seulement, constitue de l’ignorance volontaire. Il faut en effet qu’il y ait conclusion que le défendeur a voulu tromper l’administration de la justice. Toute définition plus générale aurait pour effet d’empêcher la distinction entre la doctrine de l’ignorance volontaire et la doctrine civile de la négligence de se renseigner. [Je souligne.]

(*Criminal Law : The General Part* (2^e éd. 1961), p. 159 (cité dans *Sansregret*, p. 586).)

[24] Le professeur Don Stuart fait utilement remarquer que l’expression [TRADUCTION] « ignorance délibérée » semble plus descriptive que l’expression « aveuglement volontaire », étant donné qu’elle suggère l’idée d’[TRADUCTION] « un processus réel de suppression des soupçons ». Considéré, comme il se doit, dans cette optique, [TRADUCTION] « le concept d’ignorance volontaire a une portée restreinte et ne s’écarte pas de l’analyse subjective du fonctionnement de l’esprit de l’accusé » (*Canadian Criminal Law : A Treatise* (5^e éd. 2007), p. 241). Si le défaut de se renseigner peut être une preuve d’insouciance ou de négligence criminelle, par exemple lorsque le défaut de se renseigner constitue un écart marqué par rapport à la conduite d’une personne raisonnable, l’ignorance volontaire n’est pas un simple défaut de se renseigner, mais, pour reprendre les termes du professeur Stuart, une « ignorance délibérée ».

[25] En l’espèce, je suis d’accord avec le juge Martin pour dire que le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de considérer l’ignorance volontaire. Comme le juge Martin l’a souligné, même les déclarations que M. Briscoe a faites à la police laissent entendre qu’il [TRADUCTION] « soupçonnait fortement et avec raison qu’une personne serait tuée au terrain de golf » (par. 30) et qu’il a pu ignorer volontairement l’enlèvement et la possibilité de l’agression sexuelle. Ses déclarations montrent aussi qu’il a délibérément choisi de ne pas se renseigner sur ce que les membres du groupe avaient l’intention de faire parce qu’il ne voulait pas le savoir. Comme il l’a dit [TRADUCTION] « Je sais pas ce que vous voulez faire, faites-le, c’est tout. Mais pas devant moi. Je veux rien voir. Je sais pas ce que vous allez foutre. » Le juge du procès s’est

had the requisite *mens rea* for the three offences was a question for the trier of fact, and Mr. Briscoe is entitled to the benefit of any reasonable doubt on this issue. However, from a legal standpoint, it is my respectful view that the evidence cried out for an analysis on wilful blindness. In these circumstances, the Court of Appeal rightly concluded that the trial judge's failure to consider Mr. Briscoe's knowledge from that perspective constitutes a legal error which necessitates a new trial on all charges.

[26] In my view, the Crown has met its heavy onus on appealing an acquittal of showing that the errors of the trial judge "might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal" on the three charges: *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14 (*per* Fish J.). Consequently, I would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Pringle, Peterson, MacDonald & Bottos, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

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

largement appuyé sur les déclarations de l'accusé dans ses motifs, mais il n'a pas traité de la doctrine de l'ignorance volontaire. Bien sûr, la question de savoir si M. Briscoe avait la *mens rea* requise pour les trois infractions était une question que devait se poser le juge des faits, et M. Briscoe a droit au bénéfice de tout doute raisonnable à cet égard. Toutefois, d'un point de vue juridique, j'estime en tout respect que, compte tenu de la preuve, une analyse de l'ignorance volontaire s'imposait. Dans ces circonstances, la Cour d'appel a conclu à bon droit que l'omission du juge du procès de considérer la connaissance de M. Briscoe sous cet angle constitue une erreur de droit qui commande la tenue d'un nouveau procès relativement à tous les chefs d'accusation.

[26] À mon avis, le ministère public s'est acquitté du lourd fardeau qui lui incombait en interjetant appel d'un verdict d'acquiescement, à savoir qu'il a démontré « qu'il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, que l[es] erreur[s] [. . .] du premier juge ont eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement » quant aux trois chefs d'accusation : *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14 (le juge Fish). Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance relative à la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Pringle, Peterson, MacDonald & Bottos, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

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

City of Montréal *Appellant*

v.

Montreal Port Authority *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Federation of Canadian Municipalities and City of Toronto *Interveners*

- and -

City of Montréal *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Canadian Broadcasting Corporation *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Canada, Federation of Canadian Municipalities and City of Toronto *Interveners*

INDEXED AS: MONTRÉAL (CITY) v. MONTREAL PORT AUTHORITY

2010 SCC 14

File Nos.: 32881, 32882.

2009: December 16; 2010: April 15.*

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

* A motion to amend the judgment was granted on May 21, 2010. The judgment on this motion amended para. 50 of both versions of the reasons. The amendments are included in these reasons.

Ville de Montréal *Appelante*

c.

Administration portuaire de Montréal *Intimée*

et

Procureur général du Canada, Fédération canadienne des municipalités et Ville de Toronto *Intervenants*

- et -

Ville de Montréal *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

c.

Société Radio-Canada *Intimée/Appelante au pourvoi incident*

et

Procureur général du Canada, Fédération canadienne des municipalités et Ville de Toronto *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : MONTRÉAL (VILLE) c. ADMINISTRATION PORTUAIRE DE MONTRÉAL

2010 CSC 14

N^{os} du greffe : 32881, 32882.

2009 : 16 décembre; 2010 : 15 avril*.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

* Une requête en modification de jugement a été accordée le 21 mai 2010. Le jugement accordant cette requête a modifié le par. 50 des deux versions des motifs. Les modifications ont été incorporées dans les présents motifs.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Municipal law — Taxation — Real property tax — Payments made by federal Crown corporations in lieu of real property tax — Municipality establishing variable-rate property tax system — New system taking into account losses of income resulting from abolition of occupancy tax on commercial and professional premises — Two federal Crown corporations that did not previously make payments in lieu of occupancy tax deducting amount equivalent to that tax from their payments — Validity of decisions of these corporations regarding calculation of their payments in lieu of real property taxes — Payments in Lieu of Taxes Act, R.S.C. 1985, c. M-13 — Crown Corporation Payments Regulations, SOR/81-1030.

Crown law — Immunity from taxation — Real property tax — Payments made by federal Crown corporations in lieu of real property tax established by municipalities — Validity of decisions of two Crown corporations regarding calculation of their payments in lieu of real property taxes.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Statutory discretion — Discretion to be exercised by federal Crown corporation in determining what tax rate it will use in calculating payments to be made in lieu of real property taxes established by municipality — Two Crown corporations fixing tax rate they considered appropriate — Applicable standard of review — Whether rules governing payments in lieu of taxes have been interpreted and applied in way that creates basis for application for judicial review.

Before 2003, the City of Montréal collected property taxes on all taxable immovables within its territory, together with an occupancy tax on occupants of non-residential immovables who engaged in commercial or professional activities. As Crown corporations included in Schedule III to the *Payments in Lieu of Taxes Act* (“*PILT Act*”), the MPA and the CBC made payments in lieu in respect only of the City’s property taxes. In 2003, following the municipal amalgamations that took place on the island of Montréal, the City abolished the occupancy tax and established a variable-rate property tax that would enable it, *inter alia*, to recover the income it would lose after abolishing the former tax. Over the next few years, the MPA and the CBC refused to pay the amounts claimed by the City, which

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit municipal — Fiscalité — Impôt foncier — Paiements versés par les sociétés d’État fédérales en remplacement de l’impôt foncier — Municipalité établissant un régime d’impôt foncier à taux variés — Nouveau régime tenant compte des pertes de revenus résultant de l’abolition de la taxe d’occupation sur les locaux commerciaux et professionnels — Deux sociétés d’État fédérales qui ne payaient pas auparavant de paiement de remplacement pour la taxe d’occupation déduisant de leurs paiements l’équivalent fiscal de cette taxe — Validité des décisions prises par ces sociétés au sujet du calcul de leurs paiements versés en remplacement d’impôts fonciers — Loi sur les paiements versés en remplacement d’impôts, L.R.C. 1985, ch. M-13 — Règlement sur les paiements versés par les sociétés d’état, DORS/81-1030.

Droit de la Couronne — Immunité fiscale — Impôt foncier — Paiements versés par les sociétés d’État fédérales en remplacement de l’impôt foncier établi par les municipalités — Validité des décisions prises par deux sociétés d’État au sujet du calcul de leurs paiements versés en remplacement d’impôts fonciers.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Pouvoir discrétionnaire encadré par une loi — Pouvoir discrétionnaire d’une société d’État fédérale de déterminer le taux d’imposition qu’elle utilisera dans le calcul des paiements versés en remplacement d’impôts fonciers établis par une municipalité — Deux sociétés d’État établissant un taux d’imposition qu’elles estimaient approprié — Norme de contrôle applicable — Les règles régissant les paiements en remplacement d’impôts ont-elles été interprétées et appliquées de façon à donner ouverture à une demande de contrôle judiciaire?

Avant 2003, la Ville de Montréal percevait des impôts fonciers à l’égard de tous les immeubles imposables situés sur son territoire, ainsi qu’une taxe d’occupation auprès des occupants d’immeubles non résidentiels qui exerçaient des activités commerciales ou professionnelles. En raison de leur qualité de société d’État énumérée à l’annexe III de la *Loi sur les paiements versés en remplacement d’impôts* (« *LPRI* »), l’APM et la SRC ne versaient des paiements de remplacement qu’à l’égard des impôts fonciers établis par la Ville. En 2003, à la suite des fusions municipales réalisées sur l’île de Montréal, la Ville a aboli la taxe d’occupation et instauré un impôt foncier à taux variable qui lui permettait, entre autres, de récupérer le montant des pertes de revenu résultant de la suppression de l’ancienne taxe.

were calculated using one of the rates applicable to non-residential immovables. In their opinion, one result of the reform of the City's municipal taxation system was to have them make PILTs that actually included amounts in lieu of the occupancy tax. Since they had a broad discretion under the *PILT Act* and the *Crown Corporation Payments Regulations*, the two corporations fixed tax rates they considered appropriate and deducted amounts equivalent to the portion of the property tax increase that resulted from the abolition of the occupancy tax. The MPA also excluded the value of silos and piers at the port of Montréal from the basis for calculating its PILTs. The Federal Court allowed the City's applications for judicial review. It held that the discretion given to federal Crown corporations to set the appropriate rate when calculating PILTs did not authorize them to disregard the tax rate generally applicable to owners of non-residential immovables, and that the MPA and the CBC could not deduct the equivalent of the tax abolished by the City in calculating their PILTs. The court did rule in the MPA's favour on excluding the piers from the basis for calculating its PILTs, but not on excluding the silos. The Federal Court of Appeal set aside the Federal Court's decisions and dismissed the applications for judicial review, but it corrected the tax rate used by the CBC, which was the rate for residential immovables consisting of fewer than six dwellings.

Held: The appeals should be allowed and the CBC's cross-appeal dismissed.

Because government property is immune from taxation, no provincial legislation may impose tax liability on property belonging to the federal Crown. In an attempt to uphold this principle, a system was established under the *PILT Act* and the *Regulations* in which municipalities expect to receive payments in respect of federal government property but the payments are made within the statutory and regulatory framework established by Parliament. Thus, the *PILT Act* and the *Regulations* are designed to reconcile different objectives: tax fairness for municipalities and the preservation of constitutional immunity from taxation.

The *PILT Act* and the *Regulations* reserve a decision-making power for Crown corporations that involves determining what tax rate they will use in calculating their PILTs, and the appropriate standard of review for their decisions is reasonableness. This standard is particularly suited to reviewing the exercise of a statutory discretion, since exercising it can lead to the adoption

Au cours des années suivantes, l'APM et la SRC ont refusé de payer les sommes réclamées par la Ville calculées selon un des taux applicables aux immeubles non résidentiels. À leur avis, la réforme de la fiscalité municipale de la Ville visait notamment à les amener à verser des PRI incluant dans les faits des sommes remplaçant la taxe d'occupation. Considérant que la *LPRI* et le *Règlement sur les paiements versés par les sociétés d'état* leur conféraient un large pouvoir discrétionnaire, les deux sociétés ont établi un taux d'imposition qu'elles estimaient approprié et ont déduit des sommes équivalentes à la part de l'augmentation des taxes foncières qui résultait de l'abolition de la taxe d'occupation. L'APM a également exclu de la base de calcul de son PRI la valeur des silos et jetées situés dans le port de Montréal. La Cour fédérale a accueilli les demandes de contrôle judiciaire présentées par la Ville. La cour a conclu que la discrétion accordée aux sociétés d'État fédérales, quant à la fixation du taux approprié au moment du calcul des PRI, ne leur permettait pas d'écarter le taux d'imposition généralement applicable aux propriétaires d'immeubles non résidentiels et que l'APM et la SRC ne pouvaient déduire du calcul de leurs PRI, l'équivalent fiscal de la taxe abolie par la Ville. La cour a toutefois donné raison à l'APM au sujet de l'exclusion des jetées de la base de calcul de ses PRI, mais non de celle des silos. La Cour d'appel fédérale a annulé les décisions de la Cour fédérale et rejeté les demandes de contrôle judiciaire, mais elle a corrigé le taux d'imposition retenu par la SRC, qui était celui des immeubles résidentiels de moins de six logements.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis et le pourvoi incident de la SRC est rejeté.

En vertu de l'immunité fiscale applicable aux biens gouvernementaux, aucune loi provinciale ne peut assujettir à des charges fiscales les biens appartenant à l'État fédéral. Soucieuses de sauvegarder ce principe, la *LPRI* et le *Règlement* ont établi un système en vertu duquel les municipalités s'attendent à recevoir des paiements, pour les propriétés fédérales, mais à l'intérieur du cadre législatif et réglementaire qu'a institué le Parlement. La *LPRI* et le *Règlement* veulent ainsi concilier des objectifs différents : l'équité fiscale envers les municipalités et la préservation de l'immunité fiscale constitutionnelle.

La *LPRI* et le *Règlement* réservent un pouvoir décisionnel aux sociétés d'État fédérales, qui consiste à déterminer le taux d'imposition qu'elles utiliseront dans le calcul de leurs PRI, et la norme de contrôle appropriée à leurs décisions est la raisonabilité. Cette norme convient particulièrement bien pour contrôler l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire encadré par la loi, puisque

of varying opinions and solutions, and on reviewing a decision of this nature, the court must show deference to the administrative decision-maker.

In these appeals, neither the transparency nor the intelligibility of the decisions of the two Crown corporations is in issue, since they made management decisions and clearly explained the basis for them to the City. However, there is a fundamental flaw in their interpretation and application of the *PILT Act* and the *Regulations*. The relevant statutory and regulatory provisions require that the tax rate be calculated as if the federal property were taxable property belonging to a private owner, and it is assumed that Crown corporations begin by identifying the tax system that applies to taxable property in the municipality in order to fix the rate. Their calculations cannot be based on a fictitious tax system, but must be based on the system that actually exists at the place where the property in question is located. Since the occupancy tax was abolished in 2003, the MPA and the CBC could not reintroduce it in their calculations for an indefinite period of time or indirectly force the municipality to maintain a tax system it had changed. The two corporations had to calculate their effective rates having regard to the fact that the business occupancy tax no longer existed. The decisions of the MPA and the CBC were consistent neither with the principles governing the application of the *PILT Act* and the *Regulations* nor with Parliament's intention. The way they exercised their discretion led to an unreasonable outcome that justified the exercise of the Federal Court's power of judicial review.

The same conclusion applies with respect to the MPA's silos. Although silos are containers, they cannot be considered to be reservoirs, which are excluded from the basis for calculating PILTs pursuant to Schedule II to the *PILT Act*. Silos are structures used to store dry plant products, not liquids. The MPA's interpretation is consistent neither with the words of the statute nor with Parliament's intention. It must therefore be concluded that the MPA's interpretation is unreasonable.

It is not necessary to comment on the CBC's cross-appeal concerning the basis adopted by the Federal Court of Appeal for calculating that corporation's PILTs. The conclusion in the appeal that the CBC's decision was unreasonable suffices to dispose of the cross-appeal.

son exercice peut entraîner l'adoption d'opinions diverses et de solutions différentes, dont l'examen exigera le maintien d'une attitude de déférence envers le décideur administratif de la part des cours chargées du contrôle judiciaire.

Dans les présents pourvois, ni la transparence ni l'intelligibilité des décisions des deux sociétés d'État ne soulèvent de problèmes, puisqu'elles ont pris des décisions de gestion dont elles ont exposé clairement la base à la Ville. Toutefois, leur interprétation et leur application de la *LPRI* et du *Règlement* sont entachées d'un vice fondamental. Les dispositions législatives et réglementaires pertinentes prévoient que le calcul du taux d'imposition se fait comme si la propriété fédérale était une propriété imposable entre les mains d'un propriétaire privé et supposent que les sociétés d'État recherchent d'abord le régime fiscal applicable aux propriétés imposables dans la municipalité pour déterminer le taux d'imposition. Elles ne peuvent baser leurs calculs sur un système fiscal fictif; ces calculs doivent être effectués au regard du régime fiscal qui existe réellement à l'endroit où sont situés les biens en cause. La taxe d'occupation ayant été abolie en 2003, l'APM et la SRC ne pouvaient pas la réintroduire dans leurs calculs pendant une période indéterminée ni imposer indirectement à la municipalité le maintien d'un régime fiscal que celle-ci avait modifié. Les deux sociétés devaient calculer leurs taux effectifs d'imposition en tenant compte du fait que la taxe d'occupation commerciale n'existait plus. Lorsqu'elles ont pris leurs décisions, l'APM et la SRC n'ont pas respecté les principes d'application du texte de la *LPRI* et du *Règlement* et l'intention du législateur. Cet exercice de leur discrétion a entraîné un résultat déraisonnable, qui justifiait l'exercice du pouvoir de contrôle judiciaire de la Cour fédérale.

La même conclusion s'impose à propos des silos de l'APM. Bien qu'ils soient des contenants, ils ne sauraient être considérés comme des réservoirs, qui sont exclus de la base du calcul des PRI en vertu de l'annexe II de la *LPRI*. Les silos sont des installations destinées à l'entreposage de produits végétaux secs, non de liquides. L'interprétation adoptée par l'APM ne respecte ni le texte de la loi en cause, ni la volonté du législateur. Il faut donc conclure au caractère déraisonnable de cette interprétation.

Il n'est pas nécessaire de commenter l'appel incident formé par la SRC contre la base de calcul de son PRI adoptée par la Cour d'appel fédérale. La conclusion dans l'appel principal quant au caractère déraisonnable de la décision de la SRC suffit pour trancher l'appel incident.

Cases Cited

Referred to: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12; [2009] 1 S.C.R. 339; *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Art Hauser Centre Board Inc. v. Canadian Union of Public Employees, Local 882*, 2008 SKCA 121, 311 Sask. R. 272; *Casino Nova Scotia v. Labour Relations Board (N.S.)*, 2009 NSCA 4, 273 N.S.R. (2d) 370.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting municipal taxation, R.S.Q., c. F-2.1, ss. 244.29 [ad. 2000, c. 54, s. 82], 244.30 [*idem*].
Act to again amend various legislative provisions respecting municipal affairs, S.Q. 2000, c. 54, s. 82.
Act to amend the Municipal Grants Act, S.C. 1957, c. 10, s. 1 “effective rate”.
Act to amend the Municipal Grants Act, S.C. 2000, c. 8.
Appropriation Act, No. 7, 1949, S.C. 1949, c. 42.
Constitution Act, 1867, s. 125.
Crown Corporation Payments Regulations, SOR/81-1030 [am. SOR/2001-494], ss. 2, 5, 6, 7(1), 12.1, 14, 15.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 18, 18.1.
Municipal Grants Act, S.C. 1951, c. 54, ss. 2, 4.
Municipal Grants Regulations, SOR/50-54.
Payments in Lieu of Taxes Act, R.S.C. 1985, c. M-13, ss. 2 “effective rate”, “property value”, “real property tax”, “taxing authority”, 2.1, 3(1), 4(1), 9(1)(f), (g), 11.1, 15, sch. II, item 10, III, IV.

Authors Cited

Canada. Public Works and Government Services Canada. *Draft Discussion Paper — 1998 Consultation on the Government of Canada’s Municipal Grants Program and Related Legislation*. Ottawa: The Department, 1998.
 Canada. *Report of the Joint Technical Committee on Payments in Lieu of Taxes*. Ottawa: The Committee, 1995.
 Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L’action gouvernementale — Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd. Cowansville, Québec: Yvon Blais, 2009.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Art Hauser Centre Board Inc. c. Canadian Union of Public Employees, Local 882*, 2008 SKCA 121, 311 Sask. R. 272; *Casino Nova Scotia c. Labour Relations Board (N.S.)*, 2009 NSCA 4, 273 N.S.R. (2d) 370.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 125.
Loi des subsides n° 7, 1949, S.C. 1949, ch. 42.
Loi modifiant de nouveau diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal, L.Q. 2000, ch. 54, art. 82.
Loi modifiant la Loi sur les subventions aux municipalités, L.C. 2000, ch. 8.
Loi modifiant la Loi sur les subventions aux municipalités, S.C. 1957, ch. 10, art. 1 « taux effectif ».
Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 244.29 [aj. 2000, ch. 54, art. 82], 244.30 [*idem*].
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18, 18.1.
Loi sur les paiements versés en remplacement d’impôts, L.R.C. 1985, ch. M-13, art. 2 « autorité taxatrice », « impôt foncier », « taux effectif », « valeur effective », 2.1, 3(1), 4(1), 9(1)(f), (g), 11.1, 15, ann. II, par. 10, III, IV.
Loi sur les subventions aux municipalités, S.C. 1951, ch. 54, art. 2, 4.
Règlement sur les paiements versés par les sociétés d’état, DORS/81-1030 [mod. DORS/2001-494], art. 2, 5, 6, 7(1), 12.1, 14, 15.
Règlements sur les subventions aux municipalités, DORS/50-54.

Doctrine citée

Canada. *Rapport du Comité technique mixte sur les paiements en remplacement de l’impôt*. Ottawa : Le Comité, 1995.
 Canada. Travaux publics et Services gouvernementaux Canada. *Document de travail — Consultation sur le Programme fédéral de subventions aux municipalités et sur les lois connexes 1998*. Ottawa : Le ministère, 1998.
 Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L’action gouvernementale — Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd. Cowansville, Québec : Yvon Blais, 2009.

Régimbald, Guy. *Canadian Administrative Law*. Markham: LexisNexis, 2008.

APPEALS and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Noël and Trudel J.J.A.), 2008 FCA 278, 389 N.R. 305, 73 R.P.R. (4th) 159 (p. 204), 301 D.L.R. (4th) 202, 51 M.P.L.R. (4th) 1, [2008] F.C.J. No. 1319 (QL), 2008 CarswellNat 4330, setting aside two decisions of the Federal Court, 2007 FC 701, 61 R.P.R. (4th) 168, 314 F.T.R. 250, 36 M.P.L.R. (4th) 205, [2007] F.C.J. No. 949 (QL), 2007 CarswellNat 3494, and 2007 FC 700, 314 F.T.R. 226, 37 M.P.L.R. (4th) 53, [2007] F.C.J. No. 948 (QL), 2007 CarswellNat 3598. Appeals allowed and cross-appeal dismissed.

Luc Lamarre and Vincent Jacob, for the appellant City of Montréal/respondent on cross-appeal.

Gilles Fafard and Guy Régimbald, for the respondent the Montreal Port Authority.

Sylvie Gadoury and Judith Harvie, for the respondent Canadian Broadcasting Corporation/appellant on cross-appeal.

Nathalie Benoit and René LeBlanc, for the intervener the Attorney General of Canada.

Stéphane Émard-Chabot and Marie-France Major, for the intervener the Federation of Canadian Municipalities.

Diana Dimmer and Angus MacKay, for the intervener the City of Toronto.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] These two appeals concern the validity of decisions made by two federal Crown corporations, the Montreal Port Authority (“MPA”) and the Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”), regarding the calculation of the payments in lieu of

Régimbald, Guy. *Canadian Administrative Law*. Markham : LexisNexis, 2008.

POURVOIS et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Létourneau, Noël et Trudel), 2008 CAF 278, 389 N.R. 305, 73 R.P.R. (4th) 159, 301 D.L.R. (4th) 202, 49 M.P.L.R. (4th) 1, [2008] A.C.F. n° 1319 (QL), 2009 CarswellNat 3440, qui a infirmé deux décisions de la Cour fédérale, 2007 CF 701, 36 M.P.L.R. (4th) 205, 61 R.P.R. (4th) 168 (p. 203), 314 F.T.R. 250, [2007] A.C.F. n° 949 (QL), 2007 CarswellNat 1906, et 2007 CF 700, 37 M.P.L.R. (4th) 53, 314 F.T.R. 226, [2007] A.C.F. n° 948 (QL), 2007 CarswellNat 1912. Pourvois accueillis et pourvoi incident rejeté.

Luc Lamarre et Vincent Jacob, pour l’appelante Ville de Montréal/intimée au pourvoi incident.

Gilles Fafard et Guy Régimbald, pour l’intimée l’Administration portuaire de Montréal.

Sylvie Gadoury et Judith Harvie, pour l’intimée Société Radio-Canada/appelante au pourvoi incident.

Nathalie Benoit et René LeBlanc, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Stéphane Émard-Chabot et Marie-France Major, pour l’intervenante la Fédération canadienne des municipalités.

Diana Dimmer et Angus MacKay, pour l’intervenante la Ville de Toronto.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Ces deux pourvois portent sur la validité des décisions prises par deux sociétés d’État fédérales, l’Administration portuaire de Montréal (« APM ») et la Société Radio-Canada (« SRC »), au sujet du calcul des paiements qu’elles versent

real property taxes (“PILTs”) they make to the City of Montréal. For the reasons that follow, I find that those decisions were unreasonable. I would therefore allow the appeals, set aside the judgments of the Federal Court of Appeal dismissing the City’s applications for judicial review, and restore the Federal Court’s judgments quashing the respondents’ decisions. I would also dismiss the CBC’s cross-appeal concerning the basis adopted by the Federal Court of Appeal for calculating its PILTs.

II. Origins of the Cases

[2] These appeals arise out of the municipal amalgamations that took place on the island of Montréal starting in 2000. Following a series of events that I will not discuss, those amalgamations combined most of the municipalities on the island into the City of Montréal. They also resulted in a major restructuring of Montréal’s municipal taxation system.

[3] Before 2003, the City of Montréal collected property taxes on all taxable immovables within its territory. To the general property tax, it added a surtax on non-residential immovables. It also imposed an occupancy tax on commercial and professional premises. However, that business tax was imposed prior to the amalgamations in only 10 of the 28 municipalities that were to become part of the City. As authorized by provincial legislation, the City abolished the business tax effective at the start of the 2003 fiscal year. It changed its property tax to recover the amounts it would lose after abolishing the business tax. It created a property tax system under which rates varied depending on the purposes for which immovables were used. Immovables classified as non-residential were subject to a property tax rate that was calculated using variable rates based on the classification of property.

[4] In 2003 and the following years, the City asked the MPA and the CBC to make PILTs calculated using one of the rates applicable to non-residential immovables. The respondents refused to pay the

en remplacement d’impôts fonciers (« PRI ») à la Ville de Montréal. Pour les motifs qui suivent, je conclus que ces décisions sont déraisonnables. En conséquence, j’accueillerais les pourvois, je casserais les arrêts de la Cour d’appel fédérale rejetant les demandes de contrôle judiciaire de la Ville et je rétablirais les jugements de la Cour fédérale qui annulaient les décisions des intimées. Par ailleurs, je rejetterais l’appel incident formé par la SRC contre la base de calcul de son PRI adoptée par la Cour d’appel fédérale.

II. Origine des litiges

[2] Les présents pourvois découlent des fusions municipales réalisées sur l’île de Montréal à partir de 2000 et qui, à la suite de péripéties sur lesquelles je ne reviendrai pas, ont regroupé la majorité des municipalités de ce territoire à l’intérieur de la Ville de Montréal. Ces fusions ont provoqué un réaménagement important de la fiscalité municipale à Montréal.

[3] Avant 2003, la Ville de Montréal percevait des impôts fonciers à l’égard de tous les immeubles imposables situés sur son territoire. Elle ajoutait à l’impôt foncier général une surtaxe sur les immeubles non résidentiels. Elle imposait aussi une taxe d’occupation sur les locaux commerciaux et professionnels. Cependant, avant les fusions, cette taxe d’affaires n’était imposée que dans 10 des 28 municipalités que la Ville regroupe désormais. Comme le lui permettait la législation provinciale, la Ville abolit la taxe d’affaires, décision qui prit effet au début de l’exercice 2003. Elle modifia son impôt foncier pour récupérer les sommes qu’elle perdait par suite de l’abolition de cette taxe. Elle institua un régime d’impôt foncier dont les taux variaient suivant l’affectation des immeubles. Les immeubles classés comme non résidentiels se trouvaient assujettis à un taux d’impôt foncier calculé selon des taux variables, basés sur la classification des propriétés.

[4] En 2003 et au cours des années suivantes, la Ville demanda à l’APM et à la SRC de lui verser des PRI calculés selon un des taux applicables aux immeubles non résidentiels. Les intimées

amounts claimed by the City. The *Payments in Lieu of Taxes Act*, R.S.C. 1985, c. M-13 (“*PILT Act*”), required them to make PILTs because of their status as Crown corporations. Until that time, they had made payments corresponding to the property tax on the taxable value of the immovables they owned in Montréal but had made no PILTs in respect of the business tax. The changes made to the property tax significantly increased the payments requested by the City (2008 FCA 278, 389 N.R. 305, at para. 16, *per* Létourneau J.A.). The MPA decided to reduce its payment in lieu by an amount equivalent to the portion of the property tax increase that resulted from the abolition of the business tax, and to exclude the value of silos and piers at the port of Montréal from the basis for calculating its PILTs. In its opinion, the silos and piers were not immovables in respect of which it had to make PILTs. The CBC excluded the amounts corresponding to the City’s recovery of the proceeds of the abolished business tax and calculated a PILT based on Montréal’s tax rate for the residual category of property, that is, 1.9522% in 2003 rather than the 4.1722% claimed by the City. It also maintained that it was entitled to effect compensation between its PILTs and amounts the City of Montréal owed it for overpayments. The City disagreed with those decisions and challenged them by applying to the Federal Court for judicial review under ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. It argued that the respondents’ decisions were unlawful and unreasonable.

III. Judicial History

A. *Federal Court*

[5] Martineau J. allowed the appellant’s applications for judicial review and quashed the respondents’ decisions concerning the calculation of their PILTs (2007 FC 700, 314 F.T.R. 226, and 2007 FC 701, 61 R.P.R. (4th) 168). He did rule in the MPA’s favour on excluding the piers from the basis for calculating its PILTs, but not on excluding the silos.

refusèrent de payer les sommes réclamées par la Ville. La *Loi sur les paiements versés en remplacement d’impôts*, L.R.C. 1985, ch. M-13 (« *LPRI* »), prévoyait alors que les intimées verseraient des PRI à la Ville en raison de leur statut de société d’État. Elles faisaient jusque-là des paiements correspondant à l’impôt foncier sur la valeur imposable des immeubles qu’elles possédaient à Montréal. Elles ne versaient pas de PRI à l’égard de la taxe d’affaires. Les modifications apportées à l’impôt foncier accroissaient substantiellement les paiements demandés par la Ville (2008 CAF 278, 389 N.R. 305, par. 16, le juge Létourneau). L’APM décida de déduire de son paiement de remplacement une somme équivalant à la proportion de l’augmentation de l’impôt foncier résultant de la suppression de la taxe d’affaires et d’exclure de la base de calcul de son PRI la valeur des silos et jetées situés dans le port de Montréal. À son avis, ceux-ci n’étaient pas des immeubles à l’égard desquels elle devait verser des PRI. La SRC exclut les montants qui correspondaient à la récupération du produit de la taxe d’affaires abolie et calcula un PRI fondé sur le taux d’imposition de la catégorie résiduelle des propriétés à Montréal, soit un taux d’imposition de 1,9522 % en 2003 au lieu de 4,1722 % selon les prétentions de la Ville. De plus, elle affirma qu’elle avait droit de compenser ses PRI par des trop-perçus que lui devrait la Ville de Montréal. En désaccord avec ces décisions, la Ville les attaqua en présentant une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, en vertu des art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. Elle plaida l’illégalité et le caractère déraisonnable des décisions des intimées.

III. Historique judiciaire

A. *La Cour fédérale*

[5] Le juge Martineau a accueilli les demandes de contrôle judiciaire présentées par l’appelante et a annulé les décisions des intimées quant au calcul de leur PRI (2007 CF 700, 37 M.P.L.R. (4th) 53, et 2007 CF 701, 61 R.P.R. (4th) 168 (p. 203)). Il a toutefois donné raison à l’APM au sujet de l’exclusion des jetées de la base de calcul de ses PRI, mais non de celle des silos.

[6] Martineau J. applied the case law on judicial review as it stood prior to *Dunsmuir* and *Khosa* (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339). In his opinion, the relevant standard of review was correctness. Applying that standard, he found that the respondents' decisions were arbitrary and capricious and had even been made without jurisdiction. He noted that the increase in the property tax rate did not change the nature of the tax. The discretion given to Crown corporations to set the appropriate rate when calculating PILTs did not authorize them to disregard the tax rate generally applicable to owners of non-residential immovables in the municipality. In the MPA's case, Martineau J. also found that the silos were not exempt federal property and that they had to be considered in calculating its PILTs, but he excluded the piers from this calculation.

[7] Martineau J. referred the matters back to the respondents to have them set their PILTs for 2003 and 2004 on the basis of effective rates corresponding to the tax rates applicable to their property as classified. He added that the MPA and the CBC could not deduct the equivalent of the business tax abolished by the City of Montréal in making their calculations. The respondents appealed that judgment to the Federal Court of Appeal.

B. *Federal Court of Appeal (Létourneau, Noël and Trudel J.J.A.)*

[8] Létourneau J.A., writing for a unanimous Court of Appeal, intervened, setting aside the Federal Court's decisions and dismissing the City's applications for judicial review (2008 FCA 278, 389 N.R. 305). He applied the standard of correctness to determine whether the respondents had an administrative discretion in setting the amounts of their PILTs. He found that they did have such a discretion and that they had exercised it reasonably. In his opinion, the impugned decisions were consistent with the purpose and the general scheme of the

[6] Le juge Martineau a appliqué la jurisprudence en matière de contrôle judiciaire, telle qu'elle existait avant les arrêts *Dunsmuir* et *Khosa* (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339). À son avis, la norme de contrôle pertinente était celle de la décision correcte. En appliquant celle-ci, il a conclu que les décisions des intimées étaient arbitraires et capricieuses. Selon lui, elles auraient même été prises « sans juridiction ». Il a souligné que l'augmentation du taux de la taxe foncière ne changeait pas sa nature. La discrétion accordée aux sociétés de la Couronne, quant à la fixation du taux approprié au moment du calcul des PRI, ne leur permettait pas d'écarter le taux d'imposition généralement applicable aux propriétaires d'immeubles non résidentiels dans la municipalité. Dans le cas de l'APM, le juge Martineau a aussi conclu que les silos ne sont pas des propriétés fédérales exemptes et qu'ils doivent être pris en compte dans le calcul des PRI, mais il a exclu les jetées de ce calcul.

[7] Le juge Martineau a ensuite renvoyé les dossiers aux intimées pour qu'elles fixent leurs PRI pour les années 2003 et 2004 sur la base de taux effectifs correspondant aux barèmes d'imposition applicables à leurs propriétés suivant leur classification. Il a ajouté que l'APM et la SRC ne pouvaient déduire, dans leurs calculs, l'équivalent fiscal de la taxe d'affaires abolie par la Ville de Montréal. Les intimées ont formé appel contre ce jugement devant la Cour d'appel fédérale.

B. *La Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Noël et Trudel)*

[8] Rédigeant l'arrêt unanime de la Cour d'appel, le juge Létourneau est intervenu et il a annulé les décisions de la Cour fédérale et rejeté les demandes de contrôle judiciaire de la Ville (2008 CAF 278, 389 N.R. 305). Il a appliqué la norme de la décision correcte pour déterminer si les intimées possédaient un pouvoir discrétionnaire administratif dans la fixation des PRI. Il a reconnu l'existence d'un tel pouvoir. Puis, il a affirmé que ce pouvoir avait été exercé raisonnablement par les intimées. À son avis, les décisions attaquées respectaient l'objet

PILT Act and with Parliament's intent. However, he corrected the tax rate used by the CBC, which was actually the rate for residential immovables consisting of fewer than six dwellings. He held that the use of that rate was unjustified and that the CBC's PILTs had to be calculated in the same manner as the MPA's. He ruled in the MPA's favour with regard to the silos and held that they were not to be included in the calculation of its PILTs.

IV. Analysis

A. *Issues*

[9] In these appeals, the appellant asks that the decisions of Martineau J. be restored. The CBC, in its cross-appeal, asks this Court to vary in part the judgment of the Federal Court of Appeal by authorizing the CBC to return to its original basis for calculating its PILTs, that is, using the tax rate for residential immovables consisting of fewer than six dwellings, which was the residual rate provided for in the City of Montréal's by-laws.

[10] The appellant makes various arguments in support of its appeals. In particular, it submits that the regulations made under the *PILT Act* include an unlawful delegation of the regulatory powers conferred on the Governor in Council. There is no need to consider this argument, since the validity of the regulations has not been challenged and since the instant cases can be decided without considering it. The CBC submits that it may effect compensation between its PILTs and overpayments allegedly collected by the City. As will be seen, there is no need to consider this issue in the context of these appeals. I will limit my analysis to the issues that actually have a bearing on the outcome of these cases.

[11] To begin with, the nature of the proceedings brought by the appellant must be borne in mind. As they are applications for judicial review, I must identify the standard of review to be applied in reviewing the impugned decisions to determine whether

et l'économie générale de la *LPRI* et l'intention du législateur. Toutefois, il a corrigé le taux d'imposition retenu par la SRC, qui était effectivement celui des immeubles résidentiels de moins de six logements. Il a décidé que l'emploi de cette méthode ne se justifiait pas et que les PRI de la SRC devaient être calculés de la même manière que ceux de l'APM. Par ailleurs, il a donné raison à cette dernière au sujet des silos et jugé que ces constructions ne pouvaient pas être considérées dans le calcul de ses PRI.

IV. Analyse

A. *Les questions en litige*

[9] Dans les présents pourvois, l'appelante sollicite le rétablissement des décisions du juge Martineau. Dans son appel incident, la SRC demande à notre Cour de modifier partiellement l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir dans son intégralité le mode de calcul de ses PRI, c'est-à-dire le recours au taux d'imposition applicable aux immeubles résidentiels de moins de six logements, qui était le taux résiduel prévu par les règlements de la Ville de Montréal.

[10] L'appelante a soulevé divers arguments au soutien de ses pourvois. Elle a plaidé notamment que les règlements d'application de la *LPRI* comportaient une délégation illégale des pouvoirs réglementaires attribués au gouverneur en conseil. Il n'y a pas lieu d'examiner ce moyen, car la validité des règlements n'a jamais été attaquée. De plus, les présents dossiers peuvent être réglés sans qu'il soit nécessaire de considérer cet argument. De son côté, la SRC a invoqué la compensation de ses PRI par des paiements excédentaires que la Ville aurait perçus. Comme nous le verrons, il sera inutile de considérer cette question dans le contexte des pourvois. Je limiterai mon analyse aux questions vraiment pertinentes pour la solution des présents litiges.

[11] Tout d'abord, il convient de rappeler la nature des recours exercés par l'appelante. Comme il s'agit de demandes de contrôle judiciaire, je devrai donc déterminer la norme de contrôle applicable à l'examen des décisions attaquées, afin de statuer sur leur

they are valid. For that purpose, I will consider the system for setting PILTs, the legal nature of PILTs, and the powers conferred on Crown corporations and administrators of federal property for determining what amounts should be paid. I will also summarize the development of municipal taxation in Quebec and discuss the reform by the City of Montréal of the taxation system applicable within its territory. However, this analysis must be prefaced by a brief review of the constitutional principles relating to the immunity from taxation of the federal and provincial governments in Canada.

B. *Immunity of Government Property from Taxation*

[12] One basic principle must be borne in mind throughout this analysis. Section 125 of the *Constitution Act, 1867* provides that property of the Government of Canada or a provincial government is not liable to taxation by the other level of government. No provincial legislation may impose tax liability on property belonging to the federal Crown. The proper functioning of the federal system requires that each level of government respect the other's immunity from taxation (*Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134, at paras. 4 and 17).

C. *System of Payments in Lieu of Taxes*

[13] Despite the importance of this principle, however, the federal government was of course aware that its property forms part of the territorial fabric of the provinces and municipalities. As owners of real property, the federal government and its agents receive a range of municipal services that go well beyond the mere supply of goods like water or electricity.

[14] For this reason, the federal government created a system to compensate Canadian municipalities. In short, it wanted its administrators and agents to act as good residents of the municipalities where federal property is located.

validité. À cette fin, j'étudierai le système de fixation des PRI, la nature juridique de ces paiements et les pouvoirs dévolus pour leur détermination aux sociétés de la Couronne et aux administrateurs de biens fédéraux. Je résumerai aussi l'évolution de la fiscalité municipale québécoise et je décrirai les réformes apportées par la Ville de Montréal au régime fiscal applicable sur son territoire. Toutefois, cette analyse exigera, au préalable, un court rappel des principes constitutionnels relatifs à l'immunité fiscale des gouvernements fédéraux et provinciaux au Canada.

B. *Les immunités fiscales applicables aux biens gouvernementaux*

[12] Un principe fondamental ne doit jamais être oublié au cours de cette analyse. Selon l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ni les propriétés du gouvernement du Canada ni celles des provinces ne peuvent être taxées par l'autre ordre de gouvernement. Aucune loi provinciale ne pourrait assujettir à des charges fiscales les biens appartenant à la Couronne fédérale. Le bon fonctionnement du régime fédéral exige que chaque ordre de gouvernement respecte l'immunité fiscale de l'autre (*Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134, par. 4 et 17).

C. *Le régime des paiements de remplacement d'impôts*

[13] Cependant, malgré l'importance de ce principe, le gouvernement fédéral était nécessairement conscient que ses propriétés s'insèrent dans le tissu des territoires provinciaux ou municipaux. En tant que propriétaires fonciers, le gouvernement fédéral et ses mandataires profitent d'une gamme de services municipaux qui dépassent largement la simple fourniture de biens comme l'eau ou l'électricité.

[14] Pour cette raison, le gouvernement fédéral a créé un régime d'indemnisation en faveur des municipalités canadiennes. En somme, il a voulu que ses administrateurs et ses mandataires agissent comme de bons résidents de la municipalité où se trouvent des propriétés fédérales.

[15] To ensure that this was done, the federal government gradually established a system of payments to be made in lieu of the taxes Canadian municipalities generally collect from their ratepayers. Under this system, municipalities cannot sue the federal Crown or its agents to collect municipal taxes or PILTs. However, they can contest decisions by the federal Crown or its agents regarding the amounts to be paid by bringing the appropriate proceeding in the proper forum, that is, by applying to the Federal Court for judicial review. The appeals now before this Court originated in such a proceeding, not in an action to recover taxes. Thus, the issue is whether the rules governing PILTs have been interpreted and applied in such a way as to create a basis for an application for judicial review. I will therefore turn now to the statutory and regulatory scheme that structures the system of payments in lieu in issue here.

[16] The development of the current system began in 1950. Regulations concerning municipal grants established an initial legal framework for voluntary payments by the federal government to municipalities (*The Municipal Grants Regulations*, SOR/50-54). Those regulations were made under the 1949 appropriation Act (*The Appropriation Act, No. 7, 1949*, S.C. 1949, c. 42). In 1951, Parliament passed legislation that included the provisions of the *Municipal Grants Regulations* of 1950 (*The Municipal Grants Act*, S.C. 1951, c. 54). Under this Act, the Minister of Finance of Canada was responsible for determining the “accepted” value of federal property and the amount of the grants to be paid (ss. 2 and 4). In 1957, the 1951 Act was amended to introduce methods for calculating the grants that would subsequently be included in the statute and regulations in force today. The amendments introduced, in particular, the concept of the “effective rate” of tax, which the Minister was to use in calculating the grants to be paid in lieu of taxes (*An Act to amend the Municipal Grants Act*, S.C. 1957, c. 10). Moreover, that the Minister would have a discretion in fixing the effective rate was recognized in the very definition of the term: “effective rate” was defined in the Act as “. . . the rate of

[15] Pour réaliser cet objectif, le gouvernement fédéral a graduellement établi un système de paiements remplaçant les taxes que les municipalités canadiennes perçoivent habituellement de leurs contribuables. Selon les modalités de ce système, les municipalités ne peuvent poursuivre l’État fédéral ou ses mandataires en recouvrement des taxes municipales ou des PRI. Toutefois, elles peuvent contester les décisions prises par ceux-ci relativement à la détermination des paiements par la voie de recours appropriée et devant le forum compétent, c’est-à-dire par une demande de contrôle judiciaire engagée devant la Cour fédérale. Les pourvois dont notre Cour est saisie découlent d’un tel recours, non d’une action en recouvrement de taxes. Il s’agit donc de déterminer si les règles régissant ces paiements ont été interprétées et appliquées de façon à donner ouverture à la demande de contrôle judiciaire. J’examinerai donc maintenant le régime législatif et réglementaire qui aménage le système de paiements de remplacement en cause.

[16] La création du système actuel a commencé en 1950. Un règlement sur les subventions aux municipalités avait établi un premier cadre juridique pour des paiements volontaires du gouvernement fédéral aux municipalités (*Règlements sur les subventions aux municipalités*, DORS/50-54). Ce règlement avait été pris en vertu de la loi sur les subsides de 1949 (*Loi des subsides n° 7, 1949*, S.C. 1949, ch. 42). En 1951, le Parlement adoptait une loi qui reprenait les dispositions du règlement de 1950 sur les subventions aux municipalités (*Loi sur les subventions aux municipalités*, S.C. 1951, ch. 54). Selon cette loi, il appartenait au ministre des Finances du Canada de déterminer la valeur « agréée » des propriétés fédérales et le montant des subventions à verser (art. 2 et 4). En 1957, des modifications apportées à la loi de 1951 introduisaient des méthodes de calcul des subventions que l’on retrouvera par la suite dans la loi et les règlements qui s’appliquent aujourd’hui. Notamment, ces modifications législatives introduisaient la notion de « taux effectif » d’imposition que le ministre emploierait par la suite dans le calcul des subventions versées pour tenir lieu de taxes (*Loi modifiant la Loi sur les subventions aux municipalités*, S.C. 1957, ch. 10). Par ailleurs, la définition

tax that, in the opinion of the Minister, would be applicable to any federal property in a municipality if that property were taxable property” (s. 1).

[17] In 1967, a federal Cabinet directive asked Crown corporations to pay municipal grants on a basis consistent with the principles established in the *Municipal Grants Act* (Record of Cabinet Decision, March 21, 1967, A.R. No. 32881, vol. 5, at p. 94). In the directive, it was acknowledged that Crown corporations should retain some discretion in calculating their payments.

[18] The legal framework for payments in lieu has since been amended several times. The statute applicable to the instant cases was enacted and the applicable regulations made in the early 2000s. I will discuss them now.

D. *Legal Framework for Payments Made in Lieu of Municipal Taxes*

[19] There are two aspects to the statutory and regulatory scheme established by the Government of Canada for payments in lieu. On the one hand, the *PILT Act*, as amended by the *Act to amend the Municipal Grants Act*, S.C. 2000, c. 8, applies to payments in respect of “departmental” property owned directly by the federal Crown and to the calculation of those payments. On the other hand, the same Act provides that regulations may be made respecting payments in lieu by Crown corporations and agents of the Crown. Such regulations have been made, and they apply in the instant cases (*Crown Corporation Payments Regulations*, SOR/81-1030 (“*Regulations*”), as amended by SOR/2001-494).

[20] It is clear from the *PILT Act* that Parliament intended to uphold the immunity of federal Crown property from taxation. Section 15 of the Act provides that “[n]o right to a payment is conferred by

même du taux effectif d’imposition reconnaissait que le ministre détiendrait un pouvoir discrétionnaire dans l’établissement du taux. En effet, la loi définissait le taux effectif d’imposition comme « le taux d’impôt qui, de l’avis du Ministre, serait applicable à toute propriété fédérale dans une municipalité si cette propriété constituait des biens taxables » (art. 1).

[17] En 1967, une directive du cabinet fédéral a demandé aux sociétés de la Couronne de verser des subventions aux municipalités, selon les principes établis par la *Loi sur les subventions aux municipalités* (Record of Cabinet Decision, 21 mars 1967, d.a. n° 32881, vol. 5, p. 94). La directive reconnaissait que les sociétés conservaient un certain pouvoir discrétionnaire dans le calcul de leurs paiements.

[18] Par la suite, diverses modifications furent apportées au régime juridique des paiements de remplacement. La loi et les règlements applicables aux présents litiges ont été adoptés au début des années 2000. Je les examinerai maintenant.

D. *Le cadre juridique des paiements versés en remplacement des impôts municipaux*

[19] Le régime législatif et réglementaire mis en place par le gouvernement du Canada à l’égard des paiements de remplacement comporte deux volets. D’une part, la *LPRI*, modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur les subventions aux municipalités*, L.C. 2000, ch. 8, s’applique au calcul et au versement des paiements relatifs aux propriétés dites ministérielles détenues directement par la Couronne fédérale. D’autre part, la même loi prévoit la prise d’un règlement sur les paiements de remplacement effectués par les sociétés de la Couronne et des mandataires de celle-ci. Un règlement sur le sujet a été pris et s’applique à la présente affaire (*Règlement sur les paiements versés par les sociétés d’état*, DORS/81-1030 (« *Règlement* »), modifié par DORS/2001-494).

[20] La *LPRI* exprime clairement la volonté du Parlement de sauvegarder l’intégrité de l’immunité fiscale des biens de l’État fédéral. En effet, l’art. 15 de cette loi dispose : « La présente loi ne confère

this Act.” Parliament therefore did not intend to give municipalities the status of creditors of the Crown for payments in lieu of taxes. Instead, it has, through the *PILT Act*, established a system in which municipalities expect to receive payments but the payments are made within the statutory and regulatory framework that Parliament established without renouncing the principle of immunity from taxation. Thus, the *PILT Act* is designed to reconcile different objectives — tax fairness for municipalities and the preservation of constitutional immunity from taxation — that can be attained only by retaining a structured administrative discretion where the setting of the amounts of payments in lieu is concerned. For the purpose of establishing those amounts, the *PILT Act* must define the relationship between the system for setting payments in lieu, on the one hand, and the provincial and municipal tax systems, which can vary from place to place in Canada, on the other.

[21] The *PILT Act* establishes a system for compensation to be paid in lieu of municipal taxes, but those payments do not constitute debts to the provinces or municipalities. The system remains voluntary in the sense that it does not limit the Crown’s immunity from taxation. The *PILT Act* applies to property of the Crown and of Crown corporations (s. 2). It confirms the principle that amounts are to be paid in lieu of real property taxes, frontage or area taxes, and business occupancy taxes. The term “real property tax” is defined as follows in s. 2 of the *PILT Act*:

a tax of general application to real property or immovables or any class of them that is

(a) levied by a taxing authority on owners of real property or immovables or, if the owner is exempt from the tax, on lessees or occupiers of real property or immovables, other than those lessees or occupiers exempt by law, and

(b) computed by applying a rate to all or part of the assessed value of taxable property; . . .

[22] The reference point used in the *PILT Act* is the real property tax established by a “taxing

aucun droit à un paiement. » Le Parlement n’entend donc pas conférer aux municipalités la qualité de créancières de l’État à l’égard des paiements versés en remplacement des impôts. La *LPRI* établit plutôt un système en vertu duquel les municipalités s’attendent à recevoir des paiements, mais à l’intérieur du cadre législatif et réglementaire qu’a institué le Parlement, sans écarter le principe de l’immunité fiscale. La *LPRI* veut ainsi concilier des objectifs différents — l’équité fiscale envers les municipalités et la préservation de l’immunité fiscale constitutionnelle — dont la réalisation exige le maintien d’un pouvoir discrétionnaire administratif encadré en ce qui concerne la fixation des paiements de remplacement. Pour déterminer ceux-ci, la *LPRI* doit articuler les rapports entre le système de fixation des paiements de remplacement et les régimes fiscaux des provinces et des municipalités, lesquels sont susceptibles de varier d’un endroit à l’autre au Canada.

[21] Sans toutefois faire de ces paiements des dettes envers les provinces ou les municipalités, la *LPRI* aménage un régime d’indemnités versées en remplacement des taxes municipales. Ce régime conserve un caractère volontaire en ce sens qu’il ne porte pas atteinte à l’immunité fiscale de l’État fédéral. La *LPRI* s’applique à l’égard des propriétés de l’État et des sociétés de la Couronne (art. 2). Elle confirme le principe du paiement de sommes en remplacement de l’impôt foncier, de l’impôt sur la façade ou la superficie et des taxes d’occupation commerciale. L’article 2 de la *LPRI* définit ainsi l’« impôt foncier » :

Impôt général :

a) levé par une autorité taxatrice sur les immeubles ou biens réels ou les immeubles ou biens réels d’une catégorie donnée et auquel sont assujettis les propriétaires et, dans les cas où les propriétaires bénéficient d’une exemption, les locataires ou occupants autres que ceux bénéficiant d’une exemption;

b) calculé par application d’un taux à tout ou partie de la valeur fiscale des propriétés imposables.

[22] La *LPRI* utilise comme facteur de référence l’impôt foncier établi par une « autorité taxatrice »,

authority”, which is defined in s. 2 as “(a) any municipality, province, municipal or provincial board, commission, corporation or other authority that levies and collects a real property tax . . . pursuant to an Act of the legislature of a province”. According to the *PILT Act*, a payment in lieu corresponds to the product of the effective rate applicable to the federal property in the taxation year and the property value of the property (s. 4(1)). The two concepts applicable to that calculation — the effective rate and the property value — are defined in the *PILT Act*. Section 2 provides that “property value” means a value that, “in the opinion of the Minister, would be attributable by an assessment authority to federal property . . . as the basis for computing the amount of any real property tax that would be applicable to that property if it were taxable property”. The *PILT Act* thus confers on the Minister a discretion to be exercised in determining the property value that will apply in calculating payments in lieu. The existence of this discretion is also clear from the definition of the second factor, the “effective rate”: “. . . the rate of real property tax . . . that, in the opinion of the Minister, would be applicable to any federal property if that property were taxable property.” Moreover, s. 2(3) excludes a long and varied list of federal properties from the basis for computing the payment amounts. In particular, item 10 of Schedule II to the *PILT Act* excludes reservoirs and certain other facilities. The MPA argues that the silos at the port of Montréal can be considered reservoirs for the purposes of that provision. The Minister is authorized to make payments that are consistent with this legal framework (s. 3(1)). The *PILT Act* establishes an advisory panel that is responsible for advising the Minister on the settlement of any dispute with a taxing authority over the property value or effective rate of tax applicable to any property (s. 11.1). Such disputes are not within the jurisdiction of the judicial or administrative authorities that would be responsible for settling them under the relevant provincial law.

[23] The *PILT Act* provides that regulations may be made respecting payments made by Crown corporations in lieu of real property taxes and business occupancy taxes (s. 9(1)(f) and (g)). Finally, Schedules III and IV to the *PILT Act* list the federal

terme défini ainsi à l’art. 2 : « a) Municipalité ou province, organisme municipal ou provincial, ou autre autorité qui, sous le régime d’une loi provinciale, lève et perçoit un impôt foncier . . . ». Selon la *LPRI*, les paiements de remplacement correspondent au produit du taux effectif applicable à la propriété fédérale pour l’année d’imposition et de sa valeur effective (par. 4(1)). Pour les besoins de ce calcul, la *LPRI* définit le taux effectif d’imposition applicable et la valeur effective d’une propriété. Aux termes de l’art. 2 de la *LPRI*, la « valeur effective » est celle que « selon le ministre, une autorité évaluatrice déterminerait [. . .] comme base du calcul de l’impôt foncier qui serait applicable à une propriété fédérale si celle-ci était une propriété imposable ». La *LPRI* reconnaît ainsi que le ministre peut exercer un pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la valeur effective qui s’appliquera au calcul des paiements de remplacement. L’existence de ce pouvoir ressort également de la définition du second facteur, le « taux effectif » : « Le taux de l’impôt foncier . . . qui, selon le ministre, serait applicable à une propriété fédérale si celle-ci était une propriété imposable. » Par ailleurs, le par. 2(3) exclut de la base du calcul des paiements une longue liste de propriétés fédérales diverses. En particulier, le par. 10 de l’annexe II de la *LPRI* exclut les réservoirs et un certain nombre d’installations. Selon l’APM, les silos du port de Montréal seraient assimilables à des réservoirs aux fins d’application de cette disposition. Le ministre est autorisé à faire des paiements respectant ce cadre juridique (par. 3(1)). La *LPRI* établit un comité consultatif chargé de conseiller le ministre sur le règlement de tout différend avec une autorité taxatrice à propos de la valeur effective d’une propriété ou du taux effectif d’imposition qui lui serait applicable (art. 11.1). Ces conflits ne relèvent pas des instances judiciaires ou administratives qui seraient chargées de les régler en vertu du droit provincial pertinent.

[23] La *LPRI* prévoit que des règlements d’application peuvent être pris pour régir les paiements faits par les sociétés de la Couronne en remplacement de l’impôt foncier et de la taxe d’occupation commerciale (al. 9(1)f) et g)). Enfin, les annexes

Crown corporations and agents of the federal Crown to which the *Regulations* apply. The CBC and the MPA appear in Schedule III. Only the corporations listed in Schedule IV make payments in lieu of business occupancy taxes.

[24] The *Regulations* (as amended by SOR/2001-494) adapt the provisions of the *PILT Act* to the situation of the Crown corporation. The *Regulations* provide that the corporations included in Schedule III of the *PILT Act* must make payments in lieu of real property taxes (ss. 5 and 6) and that the ones included in Schedule IV must make payments in lieu of business occupancy taxes (ss. 14 and 15). A payment in lieu of a real property tax must be not less than the product of the effective rate of tax and the property value of the property (s. 7(1)). The *Regulations* provide that the effective rate or property value is the rate or value that the corporation would consider applicable or attributable to its property if that property were taxable property in the municipality (s. 2). By virtue of s. 12.1 of the *Regulations*, the procedure for referring a dispute about the tax rate or property value applicable to a property to the advisory panel created under s. 11.1 of the *PILT Act* also applies to Crown corporations.

E. *Development of the City of Montréal's Tax System*

[25] It is common ground that, prior to 2003, the CBC and the MPA — two corporations included in Schedule III to the *PILT Act*, but not in Schedule IV — made payments in lieu in respect only of the City's property taxes. In 2003, as I mentioned above, major changes were made to Montréal's municipal taxation structure.

[26] Before 2003, as I have noted, the City imposed property taxes and a business occupancy tax. However, the new City as of that time included several municipalities that had not previously imposed a business occupancy tax. In fact, that tax was collected in only 10 of the City's 28 sectors. Where the tax was in effect, it was imposed

III et IV de la *LPRI* énumèrent les sociétés ou mandataires de la Couronne fédérale assujettie au *Règlement*. La SRC et l'APM figurent à l'annexe III. Seules les sociétés énumérées à l'annexe IV versent des paiements de remplacement à l'égard de la taxe d'occupation commerciale.

[24] Le *Règlement* (modifié par DORS/2001-494) adapte les dispositions de la *LPRI* à la situation des sociétés de la Couronne. Il prévoit que les sociétés mentionnées à l'annexe III de la *LPRI* effectueront des paiements en remplacement de l'impôt foncier (art. 5 et 6) et que celles énumérées à l'annexe IV feront des versements en lieu et place des taxes d'occupation (art. 14 et 15). Les paiements en remplacement de l'impôt foncier ne doivent pas être inférieurs au produit du taux effectif de l'impôt et de la valeur effective de la propriété (par. 7(1)). Le *Règlement* précise que le taux effectif ou la valeur effective sont ceux qui, de l'avis de la société, s'appliqueraient à sa propriété si celle-ci était un bien imposable dans la municipalité (art. 2). La procédure de renvoi d'un conflit relatif au taux d'imposition ou à la valeur effective d'une propriété au comité consultatif créé sous le régime de l'art. 11.1 de la *LPRI* s'applique également aux sociétés de la Couronne en vertu de l'art. 12.1 du *Règlement*.

E. *L'évolution du régime fiscal de la Ville de Montréal*

[25] Il est admis que, avant 2003, la SRC et l'APM — sociétés énumérées à l'annexe III de la *LPRI*, mais non à l'annexe IV de celle-ci — ne versaient des paiements de remplacement qu'à l'égard des impôts fonciers établis par la Ville. En 2003, comme je l'ai mentionné précédemment, des changements importants survinrent dans la structure de l'imposition municipale à Montréal.

[26] Avant 2003, comme je l'ai souligné, la Ville exigeait des impôts fonciers et une taxe d'occupation commerciale. Cependant, elle regroupait désormais plusieurs municipalités qui n'imposaient pas auparavant de taxe d'occupation commerciale. De fait, celle-ci n'était prélevée que dans 10 de ses 28 secteurs. Là où elle était en vigueur, cette taxe

on occupants of non-residential immovables who engaged in commercial or professional activities. Moreover, the property tax itself had certain distinctive features. The City first imposed a general property tax on all taxable immovables and then added a surtax on non-residential immovables.

[27] In light of these disparities, the City concluded that it had to thoroughly review its taxation structure to harmonize the differing tax systems within its territory and improve efficiency. In 2000, the Quebec National Assembly had changed the legislative framework for municipal taxation by enacting legislation that authorized municipalities to adopt between two and five different property tax rates based on the categories to which immovables belonged (*Act respecting municipal taxation*, R.S.Q., c. F-2.1, s. 244.29 (added by S.Q. 2000, c. 54, s. 82)). The amendments did not change the legal nature of the tax, which remained a property tax on immovables located within municipalities. However, Quebec municipalities could from that time on adjust the tax rate by applying different rates to the various categories of immovables established by the legislation: non-residential immovables, immovables consisting of six or more dwellings, serviced vacant land, industrial immovables, and immovables that were unclassified and therefore part of the “residual” category (s. 244.30).

[28] The City exercised those regulatory powers. For 2003 and the following fiscal years, it abolished its business occupancy tax and changed its property tax structure. It established a variable-rate property tax that would enable it, *inter alia*, to recover the income it would lose after abolishing the business occupancy tax.

F. *Position of the CBC and the MPA*

[29] The respondents refused to take account of these reforms in calculating their PILTs. They submit that their effective rate has to be reduced

était imposée aux occupants d'immeubles non résidentiels qui exerçaient des activités commerciales ou professionnelles. Par ailleurs, l'impôt foncier lui-même comportait certaines particularités. La Ville imposait d'abord une taxe foncière générale sur tous les immeubles imposables. Puis, elle ajoutait une surtaxe sur les immeubles non résidentiels.

[27] Compte tenu de ces disparités, la Ville a conclu à la nécessité de revoir en profondeur sa fiscalité pour harmoniser les régimes fiscaux divergents appliqués sur son territoire et pour en améliorer l'efficacité. Déjà, en 2000, l'Assemblée nationale du Québec avait modifié le cadre législatif de la fiscalité municipale et édicté des mesures permettant aux municipalités d'adopter de deux à cinq taux différents de taxe foncière, qui varieraient suivant la catégorie des immeubles visés (*Loi sur la fiscalité municipale*, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 244.29 (ajouté par L.Q. 2000, ch. 54, art. 82)). Ces modifications ne changeaient rien à la nature juridique de la taxe, qui demeurait une taxe foncière, dont l'assiette était constituée des immeubles situés dans le territoire des municipalités. Cependant, à l'avenir, les municipalités du Québec pourraient moduler le taux de cette taxe, en appliquant des taux variables aux diverses catégories d'immeubles désignées dans la loi : immeubles non résidentiels, immeubles de six logements ou plus, terrains vagues desservis, immeubles industriels et immeubles non classifiés et appartenant donc à une catégorie dite « résiduelle » (art. 244.30).

[28] La Ville s'est prévaluée de ces pouvoirs de réglementation. Pour l'année 2003 et les exercices suivants, elle a aboli sa taxe d'occupation commerciale et changé la structure de son impôt foncier. Elle a instauré un impôt foncier à taux variable qui lui permettait, entre autres, de récupérer le montant des pertes de revenu résultant de la suppression de la taxe d'occupation commerciale.

F. *La position de la SRC et de l'APM*

[29] Les intimées ont refusé de tenir compte de ces réformes dans le calcul de leurs PRI. Elles affirment que leur taux d'imposition effectif doit

by an amount equivalent to the portion of the property tax increase that corresponds to the amount of the former business occupancy tax. In their opinion, they were reasonable in exercising the discretionary decision-making power they have under the *PILT Act* and the *Regulations* where the calculation of their PILTs is concerned. The City disputes this position and submits that the PILTs were not calculated in accordance with the relevant statutory and regulatory provisions. This dispute is at the heart of these cases. To resolve it, I will begin by considering the legal nature of the respondents' decisions and the standard of review applicable to them in the context of an application for judicial review under ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*.

G. Legal Nature of the Respondents' Decisions and Applicable Standard of Review

[30] In this Court, the parties engaged in a lively discussion about the nature of the respondents' decisions regarding the determination of their effective rates of tax. The respondents' discretion was central to that discussion. The appellant argued that the discretion invoked by the two corporations is limited in scope, whereas the corporations argued that it is broad in scope and gives them great latitude in calculating their PILTs.

[31] The respondents made their decisions pursuant to the *Regulations*. The administrative act they are required to perform involves determining what tax rate they will use in calculating their PILTs. As we have seen, that calculation depends on two factors: the effective rate and the property value of the corporations' property. The property value of the respondents' property is not in issue in either case. The respondents are not challenging the values established by the taxing authority, the City of Montréal. Aside from the specific issue of the silos in the MPA's case, the only point in issue relates to the tax rate to be used in calculating the respondents' PILTs.

[32] As in the *PILT Act* itself, the *Regulations* clearly reserve a decision-making power for Crown

être réduit d'une somme équivalant à la proportion de l'augmentation de l'impôt foncier qui correspondait au montant de la taxe d'occupation commerciale. Les intimées estiment avoir exercé raisonnablement le pouvoir décisionnel discrétionnaire que leur reconnaissent la *LPRI* et le *Règlement* quant à la détermination de leurs PRI. La Ville conteste cette position et soutient que les PRI n'ont pas été calculés conformément aux dispositions législatives et réglementaires pertinentes. Ce conflit forme le cœur du présent litige. Pour le résoudre, j'examinerai d'abord la nature juridique des décisions prises par les intimées et la norme de contrôle qui leur est applicable, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu des art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

G. La nature juridique des décisions des intimées et la norme de contrôle applicable

[30] Les parties ont vigoureusement débattu devant notre Cour la nature des décisions prises par les intimées à propos de la détermination de leurs taux effectifs d'imposition. Les concepts de discrétion et de pouvoir discrétionnaire ont été au cœur de ces débats. L'appelante a donné une portée restreinte au pouvoir discrétionnaire qu'invoquent les deux sociétés, alors que celles-ci lui ont attribué une étendue considérable, leur laissant une très grande latitude dans le calcul de leurs PRI.

[31] Les décisions des intimées ont été prises dans le cadre de la mise en œuvre du *Règlement*. L'acte administratif qu'elles doivent accomplir consiste à déterminer le taux d'imposition qu'elles utiliseront dans le calcul de leurs PRI. Comme nous l'avons vu, ce calcul dépend de la détermination de deux facteurs, le taux effectif de l'imposition et la valeur effective des propriétés des sociétés. Dans les deux dossiers, le débat ne porte pas sur la valeur effective des biens des intimées. En effet, les intimées ne contestent pas les valeurs établies par l'autorité taxatrice, la Ville de Montréal. Sous réserve du problème particulier des silos dans le cas de l'APM, le seul point en litige est le taux d'imposition qui doit être pris en compte dans le calcul des PRI.

[32] Comme la *LPRI* elle-même, le *Règlement* réserve clairement un pouvoir décisionnel aux

corporations. The definition of “effective rate” quoted above refers to the rate that a corporation would consider applicable to an immovable taxed in the municipality if it belonged to a private owner. This provision thus confirms that Crown corporations have the power to choose the relevant tax rate for each of their properties. In the language of Canadian administrative law, such a decision is considered discretionary (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 52; P. Issalys and D. Lemieux, *L’action gouvernementale — Précis de droit des institutions administratives* (3rd ed. 2009), at p. 63; G. Régimbald, *Canadian Administrative Law* (2008), at pp. 175-76).

[33] However, in a country founded on the rule of law and in a society governed by principles of legality, discretion cannot be equated with arbitrariness. While this discretion does of course exist, it must be exercised within a specific legal framework. Discretionary acts fall within a normative hierarchy. In the instant cases, an administrative authority applies regulations that have been made under an enabling statute. The statute and regulations define the scope of the discretion and the principles governing the exercise of the discretion, and they make it possible to determine whether it has in fact been exercised reasonably.

[34] Under the *PILT Act* and the *Regulations*, the calculation of PILTs is not limited to a mechanical application of municipal assessments and the tax rates adopted by municipalities. First of all, as I have already mentioned, the *PILT Act* upholds the principle that the federal Crown is immune from taxation. The confirmation that the Crown has a decision-making power in respect of departmental property and that Crown corporations have such a power in respect of the property they manage gives effect to this principle. Next, the system of payments in lieu must be adaptable to a fiscal and legal environment that varies from one province or municipality where federal property is located to another.

sociétés de la Couronne. La définition du « taux effectif » d'imposition que je citais plus haut renvoie au taux qui, de l'avis de la société, serait celui qui s'appliquerait à un immeuble imposé dans la municipalité, s'il appartenait à un propriétaire privé. Le texte de cette disposition confirme ainsi l'existence, en faveur de la société d'État, de la faculté de choisir le taux d'imposition pertinent pour chacune de ses propriétés. Dans le langage du droit administratif canadien, une telle décision est qualifiée de discrétionnaire (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 52; P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale — Précis de droit des institutions administratives* (3^e éd. 2009), p. 63; G. Régimbald, *Canadian Administrative Law* (2008), p. 175-176).

[33] Toutefois, dans le cadre d'un État fondé sur la primauté du droit et d'une société régie par des principes de légalité, pouvoir discrétionnaire ne saurait être assimilé à arbitraire. Certes, ce pouvoir discrétionnaire existe, mais il s'exerce à l'intérieur d'un cadre juridique déterminé. L'acte discrétionnaire se situe dans une hiérarchie normative. Dans les présents dossiers, l'autorité administrative applique un règlement lui-même pris en vertu d'une loi habilitante. La loi et les règlements délimitent l'étendue du pouvoir discrétionnaire ainsi que les principes qui gouverneront son exercice et permettront d'apprécier le caractère raisonnable de celui-ci.

[34] En l'espèce, la *LPRI* et le *Règlement* ne réduisent pas le calcul des PRI à la simple application mécanique des évaluations municipales et des taux d'imposition adoptés par les municipalités. D'abord, comme je l'ai souligné précédemment, la *LPRI* maintient le principe de l'immunité fiscale de l'État fédéral. La confirmation du pouvoir décisionnel de l'État à l'égard des propriétés ministérielles et du pouvoir décisionnel des sociétés d'État à l'égard des biens qu'elles gèrent donne effet à ce principe. Ensuite, il faut que le régime des paiements de remplacement puisse s'adapter à un environnement fiscal et juridique qui varie, suivant la province et la municipalité où sont situées les propriétés fédérales.

[35] There are also practical reasons why managers of Crown property must retain a decision-making power where the assessment of that property and the tax rates applicable to it are concerned. First, disagreements with taxing authorities about property assessments can occur. As we know, federal properties are very diverse, and can even be quite distinctive, if not unique or almost unique in Canada. The assessment exercise can accordingly give rise to significant technical problems related to the application of the principles of property assessment and can sometimes lead to inevitable, although legitimate, disagreements with municipalities. Second, choosing the effective rate of tax may be difficult at times, particularly where the choice depends on how the property is classified and the provincial legislation provides for the possibility of applying different rates depending on the nature of the property involved. Finally, managers of federal property must retain some latitude so that they can react to protect federal government interests should municipalities use their taxing powers in bad faith to specifically target federal Crown property. The creation of the advisory panel provided for in the *PILT Act* to resolve this type of dispute confirms that such problems are plausible and that Parliament's intent was to safeguard the principle that the federal Crown is immune from taxation.

[36] The conclusion that such a decision-making power exists resolves the question of the appropriate standard of review. In the instant cases, the appropriate standard is reasonableness, which is particularly suited to reviewing the exercise of a statutory discretion. Where such a discretion exists, exercising it can lead to the adoption of varying opinions and solutions depending on the application of the relevant legal principles to the facts of the case, and on reviewing a decision of this nature, the court must show deference to the administrative decision-maker (*Khosa*, at paras. 59-60, *per* Binnie J.).

[35] Des impératifs d'ordre pratique expliquent également la nécessité de maintenir le pouvoir décisionnel des gestionnaires des biens de l'État à l'égard des questions touchant l'évaluation de ces biens et la détermination des taux d'imposition applicables à ceux-ci. En premier lieu, des désaccords peuvent éclater avec des autorités taxatrices au sujet de l'évaluation des propriétés. Les propriétés fédérales sont comme on le sait fort diverses et parfois même très particulières, sinon uniques ou presque en leur genre au Canada. L'évaluation peut de ce fait soulever des difficultés techniques importantes quant à l'application des principes d'évaluation immobilière et provoquer de temps à autre des désaccords inévitables mais par ailleurs légitimes avec les municipalités. En deuxième lieu, le choix du taux effectif d'imposition pourra à l'occasion se révéler délicat, notamment lorsqu'il dépend de la classification des immeubles et lorsque la législation provinciale prévoit la possibilité d'appliquer des taux variables selon la nature des propriétés en cause. Enfin, il faut réserver aux gestionnaires des biens fédéraux une marge de manœuvre leur permettant de réagir pour protéger les intérêts fédéraux, au cas où des municipalités utiliseraient de mauvaise foi leurs pouvoirs de taxation pour cibler de façon particulière les biens de l'État canadien. La création du comité consultatif prévu par la *LPRI* pour régler ce type de différends confirme la plausibilité de ces problèmes et la volonté du législateur de protéger l'effectivité du principe de l'immunité fiscale de l'État fédéral.

[36] La constatation de l'existence de ce pouvoir de décision dicte la solution du problème du choix de la norme de contrôle. Dans les présents dossiers, la norme de contrôle appropriée est la raisonabilité de la décision. En effet, cette norme convient particulièrement bien pour contrôler l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire encadré par la loi. L'existence d'un pouvoir de cette nature signifie que son exercice peut entraîner l'adoption d'opinions diverses et de solutions différentes, compte tenu de l'application des principes de droit pertinent aux faits de l'affaire, dont l'examen exigera le maintien d'une attitude de déférence envers le décideur administratif de la part des cours chargées du contrôle judiciaire (*Khosa*, par. 59-60, le juge Binnie).

[37] The decisions challenged by the appellant relate to the management of federal Crown property. They involve acts of administration in respect of which the courts should, as a general rule, remain deferential. I readily acknowledge that it is not the role of judges to manage Crown property. In light of this principle, let us now return to the circumstances in which the discretion was exercised and how it was exercised in order to determine whether the respondents' decisions were reasonable or reviewable by the Federal Court.

[38] The concept of "reasonableness" relates primarily to the transparency and intelligibility of the reasons given for a decision. But it also encompasses a quality requirement that applies to those reasons and to the outcome of the decision-making process (*Dunsmuir*, at para. 47); see also, for example, *Art Hauser Centre Board Inc. v. Canadian Union of Public Employees, Local 882*, 2008 SKCA 121, 311 Sask. R. 272, at para. 33, *per* Jackson J.A.; *Casino Nova Scotia v. Labour Relations Board (N.S.)*, 2009 NSCA 4, 273 N.S.R. (2d) 370, at para. 30, *per* Fichaud J.A.

[39] Neither the transparency nor the intelligibility of the corporations' decisions is in issue. The respondents made management decisions and clearly explained the basis for those decisions to the City. And they reiterated those explanations in argument before this Court. In substance, they submit that they have a broad discretion under the *PILT Act* and the *Regulations*. They did not calculate their PILTs in the manner requested by the City for 2003 or subsequent years. They note that since they are not included in Schedule IV of the *PILT Act*, they never made PILTs in respect of the business occupancy tax. In their opinion, one result of the reform of Montréal's municipal taxation system was to have them make PILTs that actually included amounts in lieu of the business occupancy tax. In this situation, the corporations, in fixing the tax rates they considered appropriate, could, and even had to, deduct from their PILTs amounts equivalent to the portion of the property tax increase that resulted from the abolition of the business tax. As

[37] Les décisions attaquées par l'appelante portent sur la gestion de biens fédéraux de la Couronne. Il s'agit d'actes d'administration à l'égard desquels il convient, en règle générale, que les tribunaux conservent une attitude de déférence. Je reconnais volontiers qu'il n'appartient pas aux juges de l'ordre judiciaire de gérer les biens de l'État. Ce principe étant rappelé, revenons maintenant au contexte de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et à la façon dont il a été utilisé, afin de déterminer si les décisions prises par les intimées étaient raisonnables ou donnaient ouverture au contrôle judiciaire par la Cour fédérale.

[38] Le concept de raisonabilité de la décision s'entend d'abord de la transparence et de l'intelligibilité des motifs justifiant cette décision. Mais, il exprime aussi une exigence de qualité de ces motifs et des résultats du processus décisionnel (*Dunsmuir*, par. 47); voir aussi, par exemple, *Art Hauser Centre Board Inc. c. Canadian Union of Public Employees, Local 882*, 2008 SKCA 121, 311 Sask. R. 272, par. 33, la juge Jackson; *Casino Nova Scotia c. Labour Relations Board (N.S.)*, 2009 NSCA 4, 273 N.S.R. (2d) 370, par. 30, le juge Fichaud.

[39] Ni la transparence ni l'intelligibilité des décisions des sociétés ne soulèvent de problèmes. Les intimées ont pris des décisions de gestion dont elles ont exposé clairement la base à la Ville. Elles ont d'ailleurs réitéré ces explications dans leur argumentation devant la Cour. En substance, elles estiment que la *LPRI* et le *Règlement* leur confèrent un large pouvoir discrétionnaire. Elles ont dit ne pas avoir calculé leurs PRI pour 2003, et pour les années subséquentes d'ailleurs, comme le demandait la Ville. Elles ont souligné que, comme elles ne figurent pas à l'annexe IV de la *LPRI*, elles n'ont jamais versé de PRI à l'égard de la taxe d'occupation commerciale. À leur avis, la réforme de la fiscalité municipale de Montréal visait notamment à les amener à verser des PRI incluant dans les faits des sommes remplaçant la taxe d'occupation commerciale. Devant une telle situation, afin d'établir le taux d'imposition qu'elles estimaient approprié, les sociétés pouvaient et même devaient déduire, dans le calcul de leurs PRI, des sommes

well, the MPA considered the silos at the port of Montréal to be reservoirs that were excluded from the basis for calculating its payments in lieu.

[40] However, there is a fundamental flaw in this interpretation and application of the *PILT Act* and the *Regulations*. As I have indicated, the two corporations certainly have a discretion. It is clear from the definition of “effective rate” that Crown corporations have to decide on the appropriate tax rate. However, they cannot base their calculations on a fictitious tax system they themselves have created arbitrarily. On the contrary, those calculations must be based on the tax system that actually exists at the place where the property in question is located. The *PILT Act* and the *Regulations* require that the tax rate be calculated as if the federal property were taxable property belonging to a private owner. In s. 2 of the *Regulations* and the corresponding provision of the *PILT Act*, it is assumed that the corporations begin by identifying the tax system that applies to taxable property in the municipality in order to establish the property value and effective rate of tax. They cannot do so on the basis of a system that no longer exists.

[41] In these appeals, the relevant tax system is well established. The business occupancy tax had been abolished in 2003. Under Quebec municipal legislation, municipalities had the power to impose variable-rate property taxes. The City exercised that power. The respondents therefore had to calculate their effective rates having regard to the fact that the business occupancy tax no longer existed. They could not reintroduce that tax in their calculations for an indefinite period of time or indirectly force the municipality to maintain a tax system it had changed as it was authorized to do under provincial law. Indeed, the respondents’ position would in practice mean that they would, in establishing the amounts of their PILTs, be entitled — not only now, but also 10 or 20 years from now — to make increasingly complex and illusory

équivalant à la part de l’augmentation des taxes foncières qui résultait de la suppression de la taxe d’affaires. De plus, l’APM considérerait les silos du port de Montréal comme des réservoirs exclus de la base du calcul de ses paiements de remplacement.

[40] Cette interprétation et cette application de la *LPRI* et du *Règlement* sont toutefois entachées d’un vice fondamental. Je le répète, les deux sociétés possèdent certes un pouvoir discrétionnaire. En effet, la définition du « taux effectif » d’imposition reconnaît que les sociétés de la Couronne doivent prendre une décision quant au taux d’imposition approprié. Cependant, elles ne peuvent baser leurs calculs sur un système fiscal fictif, qu’elles créeraient arbitrairement. Au contraire, ces calculs doivent être effectués au regard du régime fiscal qui existe réellement à l’endroit où sont situés les biens en cause. La *LPRI* et le *Règlement* prévoient que le calcul du taux d’imposition se fait comme si la propriété fédérale était une propriété imposable entre les mains d’un propriétaire privé. L’article 2 du *Règlement* ainsi que la disposition correspondante de la *LPRI* supposent que les sociétés recherchent d’abord le régime fiscal applicable aux propriétés imposables dans la municipalité pour déterminer les valeurs et les taux effectifs d’imposition. Leur travail ne saurait s’effectuer à partir d’un régime qui n’existerait plus.

[41] Dans les présents pourvois, le régime fiscal pertinent est bien établi. La taxe d’occupation commerciale avait été abolie en 2003. La législation municipale du Québec accordait aux municipalités le pouvoir d’imposer des taxes foncières à taux variables. La Ville avait utilisé ce pouvoir. Les intimées devaient en conséquence calculer leurs taux effectifs d’imposition en tenant compte du fait que la taxe d’occupation commerciale n’existait plus. Elles ne pouvaient pas la réintroduire dans leurs calculs pendant une période indéterminée ni imposer indirectement à la municipalité le maintien d’un régime fiscal que celle-ci avait modifié, comme le lui permettait le droit provincial. D’ailleurs, la position des intimées signifierait en pratique que, pour établir le montant de leurs PRI, elles auraient le droit — non seulement aujourd’hui, mais également dans 10 ou

theoretical calculations based on taxes that had long since disappeared.

[42] The respondents' position is also contrary to the objective of the *PILT Act* and the *Regulations*. Parliament intended Crown corporations and managers of federal property to make payments in lieu on the basis of the existing tax system in each municipality, to the extent possible as if they were required to pay tax as owners or occupants.

[43] This intention to deal with municipalities fairly and equitably can be seen in the statement of the *PILT Act's* purpose set out in the Act itself. Section 2.1 reads as follows:

The purpose of this Act is to provide for the fair and equitable administration of payments in lieu of taxes.

Although the Act confirms both the principle that federal property is immune from taxation and the voluntary nature of payments in lieu, the intention was that the calculation of such payments would be consistent with the objective of equity and fairness in dealing with Canadian municipalities.

[44] This interpretation is confirmed by the history of the creation of the current system of payments in lieu. In 1995, a joint technical committee made up of representatives of the Federation of Canadian Municipalities, the Treasury Board Secretariat and the Department of Public Works and Government Services Canada considered the question of municipal grants or payments in lieu of taxes. Its report recommended that the calculation of such payments be brought into line with current principles of property taxation:

As required by the *Municipal Grants Act*, the values and rates used to calculate the payments should be those which would apply to federal properties if they were taxable, and should be determined in the context of the assessment and taxation legislation, policies and practices current in the province or territory in question

(Report of the Joint Technical Committee on Payments in Lieu of Taxes, December 28, 1995, at p. 5)

20 ans — de faire des calculs théoriques de plus en plus difficiles et illusoire, fondés sur des taxes disparues depuis longtemps.

[42] La position des intimées va en outre à l'encontre de l'objectif de la *LPRI* et du *Règlement*. Le Parlement entendait que les sociétés de la Couronne et les gestionnaires des biens fédéraux versent des paiements de remplacement eu égard au système fiscal en place dans chaque municipalité, autant que possible comme s'ils étaient des propriétaires ou des occupants imposables.

[43] On remarque que la *LPRI* elle-même décrit son objectif, dans la même volonté d'équité et de justice envers les municipalités. En effet, l'art. 2.1 de la *LPRI* l'affirme :

La présente loi a pour objet l'administration juste et équitable des paiements versés en remplacement d'impôts.

Si la loi confirme le principe de l'immunité fiscale des biens fédéraux et le caractère volontaire des paiements de remplacement, elle entend que ceux-ci soient calculés dans le respect de l'objectif d'équité et de justice envers les municipalités canadiennes.

[44] L'historique de la création du régime actuel de paiements de remplacement confirme cette interprétation. En 1995, un comité technique mixte formé de représentants de la Fédération canadienne des municipalités, du Conseil du Trésor et du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada avait étudié le problème des subventions aux municipalités ou des paiements tenant lieu de taxes. Son rapport recommandait d'aligner le calcul des paiements sur les principes de la fiscalité foncière en vigueur :

Conformément aux prescriptions de la *Loi sur les subventions aux municipalités*, les valeurs et les taux utilisés pour calculer les paiements devraient être ceux qui s'appliqueraient aux immeubles fédéraux s'ils étaient imposables et devraient être établis dans le contexte des lois, des politiques et des pratiques sur l'évaluation et la fiscalité en vigueur dans la province ou le territoire en cause

(Rapport du Comité technique mixte sur les paiements en remplacement de l'impôt, le 28 décembre 1995, p. 6)

[45] A Parliamentary paper tabled by the Minister of Public Works and Government Services before the adoption of the current statutory and regulatory scheme expressed the same intention as regards the method for calculating PILTs:

The determination of a grant by multiplying the “effective rate” by the “property value” ensures that federal payments in lieu of taxes are comparable in amount to the local taxes paid by other property owners within the municipality.

(Draft Discussion Paper — 1998 Consultation on the Government of Canada’s Municipal Grants Program and Related Legislation (May 1998), at p. 5)

[46] Thus, the purpose of the *PILT Act* is to establish a system of payments in lieu that reflects the actual tax situation in the places where federal property is located. The evidence shows that the Department of Public Works and Government Services calculated its PILTs for “departmental” property in Montréal as proposed by the City, as it did not reduce the amounts to take the abolition of the business occupancy tax into account.

[47] The respondents’ decisions were consistent neither with the principles governing the application of the *PILT Act* and the *Regulations* nor with Parliament’s intention. The way they exercised their discretion led to an unreasonable outcome that justified the exercise of the Federal Court’s power of judicial review.

[48] The same conclusion applies with respect to the MPA’s silos. Although silos are containers, they cannot be considered to be reservoirs. They are structures used to store dry plant products, not liquids. Parliament did not see fit to exclude them from the basis for calculating PILTs. The MPA’s interpretation is not consistent with the words of the statute, with Parliament’s intention or with any of the ordinary meanings of the words used in Schedule II to the *PILT Act*. It must therefore be concluded that the MPA’s interpretation is unreasonable.

[45] Un document parlementaire déposé par le ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux avant l’adoption du régime législatif et réglementaire actuel exprimait la même volonté quant au mode de calcul des PRI :

En multipliant le « taux effectif » par la « valeur effective » pour déterminer le montant de la subvention, on s’assure que les paiements effectués par le gouvernement fédéral en remplacement de l’impôt foncier sont comparables aux montants versés par les autres propriétaires d’immeubles de la municipalité au titre de l’impôt foncier.

(Document de travail — Consultation sur le Programme fédéral de subventions aux municipalités et sur les lois connexes 1998 (mai 1998), p. 6)

[46] Dans cette perspective, la *LPRI* vise à établir un système de paiements de remplacement qui correspond à la réalité fiscale des territoires où sont situées les propriétés fédérales. De fait, la preuve établit que le ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux a calculé ses PRI pour les immeubles dits ministériels à Montréal comme le proposait la Ville, sans réduire ces sommes pour tenir compte de l’abolition de la taxe d’occupation commerciale.

[47] Lorsqu’elles ont pris leurs décisions, les intimées n’ont pas respecté les principes d’application du texte de la *LPRI* et du *Règlement* et l’intention du législateur. Cet exercice de la discrétion des intimées entraînait un résultat déraisonnable, qui justifiait l’exercice du pouvoir de contrôle judiciaire de la Cour fédérale.

[48] La même conclusion s’impose à propos des silos de l’APM. Bien qu’ils soient des contenants, ils ne sauraient être considérés comme des réservoirs. En effet, ce sont des structures destinées à l’entreposage de produits végétaux secs, non de liquides. Le Parlement n’a pas jugé à propos de les exclure de la base de calcul des PRI. L’interprétation adoptée par l’APM ne respecte ni le texte de la loi en cause, ni la volonté du législateur, ni aucun des sens ordinaires des mots utilisés à l’annexe II de la *LPRI*. Il faut donc conclure au caractère déraisonnable de cette interprétation.

[49] Moreover, I do not consider it necessary to comment on the CBC's cross-appeal. My conclusion that the CBC's decision was unreasonable suffices to dispose of its cross-appeal. The solution the CBC advocates — which, moreover, was rejected by the Federal Court of Appeal — is supported neither by the *Regulations* nor by the tax by-laws of the City of Montréal.

V. Conclusion

[50] For these reasons, I would allow the appellant's appeals, with costs in the appeal concerning the CBC and without costs in the appeal concerning the MPA. I would restore all the conclusions of the judgments rendered by Martineau J. of the Federal Court, but in respect only of the 2004 taxation year in the case of the MPA. I would refer the matters back to the respondents to recalculate the payments they make in lieu of real property taxes. I would dismiss the CBC's cross-appeal with costs.

APPENDIX

Payments in Lieu of Taxes Act, R.S.C. 1985, c. M-13

2. (1) In this Act,

. . . .

“assessed value” means the value established for any real property or immovable by an assessment authority for the purpose of computing a real property tax;

“assessment authority” means an authority that has power by or under an Act of Parliament or the legislature of a province to establish the assessed dimension or assessed value of real property or immovables;

. . . .

“effective rate” means the rate of real property tax or of frontage or area tax that, in the opinion of the Minister, would be applicable to any federal property if that property were taxable property;

. . . .

[49] Par ailleurs, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de commenter l'appel incident de la SRC. Mes conclusions quant au caractère déraisonnable de la décision de cette dernière suffisent pour trancher cet appel. La solution que défend la SRC — et qu'avait d'ailleurs écartée la Cour d'appel fédérale — n'avait aucun appui dans le *Règlement fédéral* ni dans la réglementation fiscale de la Ville de Montréal.

V. Conclusion

[50] Pour ces motifs, j'accueillerais les pourvois de l'appelante avec dépens dans l'appel visant la SRC et sans dépens dans celui visant l'APM. Je rétablirais toutes les conclusions des jugements prononcés par le juge Martineau de la Cour fédérale, mais dans le cas d'APM, seulement à l'égard de l'année d'imposition 2004. Je renverrais les dossiers aux intimées pour qu'elles calculent à nouveau les paiements qu'elles versent en remplacement des taxes foncières. Je rejetterais avec dépens l'appel incident de la SRC.

ANNEXE

Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts, L.R.C. 1985, ch. M-13

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

. . . .

« autorité évaluatrice » Autorité habilitée en vertu d'une loi fédérale ou provinciale à déterminer les dimensions fiscales ou la valeur fiscale d'un immeuble ou d'un bien réel.

. . . .

« propriété fédérale » Sous réserve du paragraphe (3) :

. . . .

b) immeuble ou bien réel appartenant à Sa Majesté du chef du Canada et relevant, en vertu d'un bail, d'une personne morale mentionnée aux annexes III . . . ;

. . . .

“federal property” means, subject to subsection (3),

. . .

(b) real property and immovables owned by Her Majesty in right of Canada that are, by virtue of a lease to a corporation included in Schedule III . . . under the management, charge and direction of that corporation,

. . .

“property value” means the value that, in the opinion of the Minister, would be attributable by an assessment authority to federal property, without regard to any mineral rights or any ornamental, decorative or non-functional features thereof, as the basis for computing the amount of any real property tax that would be applicable to that property if it were taxable property;

2.1 The purpose of this Act is to provide for the fair and equitable administration of payments in lieu of taxes.

3. (1) The Minister may, on receipt of an application in a form provided or approved by the Minister, make a payment out of the Consolidated Revenue Fund to a taxing authority applying for it

(a) in lieu of a real property tax for a taxation year, and

(b) in lieu of a frontage or area tax

in respect of federal property situated within the area in which the taxing authority has the power to levy and collect the real property tax or the frontage or area tax.

4. (1) Subject to subsections (2) and (3) and 5(1) and (2), a payment referred to in paragraph 3(1)(a) shall not exceed the product of

(a) the effective rate in the taxation year applicable to the federal property in respect of which the payment may be made, and

(b) the property value in the taxation year of that federal property.

9. (1) The Governor in Council may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act and, without restricting the generality of the foregoing, may make regulations

. . .

« taux effectif » Le taux de l'impôt foncier ou de l'impôt sur la façade ou sur la superficie qui, selon le ministre, serait applicable à une propriété fédérale si celle-ci était une propriété imposable.

. . .

« valeur effective » Valeur que, selon le ministre, une autorité évaluatrice déterminerait, compte non tenu des droits miniers et des éléments décoratifs ou non fonctionnels, comme base du calcul de l'impôt foncier qui serait applicable à une propriété fédérale si celle-ci était une propriété imposable.

« valeur fiscale » Valeur attribuée à un immeuble ou à un bien réel par une autorité évaluatrice pour le calcul de l'impôt foncier.

2.1 La présente loi a pour objet l'administration juste et équitable des paiements versés en remplacement d'impôts.

3. (1) Le ministre peut, pour toute propriété fédérale située sur le territoire où une autorité taxatrice est habilitée à lever et à percevoir l'un ou l'autre des impôts mentionnés aux alinéas a) et b), et sur réception d'une demande à cet effet établie en la forme qu'il a fixée ou approuvée, verser sur le Trésor un paiement à l'autorité taxatrice :

a) en remplacement de l'impôt foncier pour une année d'imposition donnée;

b) en remplacement de l'impôt sur la façade ou sur la superficie.

4. (1) Sous réserve des paragraphes (2), (3) et 5(1) et (2), le paiement visé à l'alinéa 3(1)a) ne peut dépasser le produit des deux facteurs suivants :

a) le taux effectif applicable à la propriété fédérale en cause pour l'année d'imposition;

b) la valeur effective de celle-ci pour l'année d'imposition.

9. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre toutes mesures utiles à l'application de la présente loi et, notamment :

. . .

(f) respecting any payment that may be made in lieu of a real property tax or a frontage or area tax by any corporation included in Schedule III or IV and, without limiting the generality of the foregoing, providing that any payment that may be made shall be determined on a basis at least equivalent to that provided in this Act;

(g) respecting any payment that may be made in lieu of a business occupancy tax by every corporation included in Schedule IV;

11. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any regulations made thereunder,

(a) every corporation included in Schedule III . . . shall, if it is exempt from real property tax, comply with any regulations made under paragraph 9(1)(f) respecting any payment that it may make in lieu of a real property tax or a frontage or area tax; and

. . .

15. No right to a payment is conferred by this Act.

Crown Corporation Payments Regulations,
SOR/81-1030

2. In these Regulations,

. . .

“corporation effective rate” means the rate of real property tax or of frontage or area tax that a corporation would consider applicable to its corporation property if that property were taxable property;

“corporation property value” means the value that a corporation would consider to be attributable by an assessment authority to its corporation property, without regard to any mineral rights or any ornamental, decorative or non-functional features thereof, as the basis for computing the amount of any real property tax that would be applicable to that property if it were taxable property.

3. (1) On the coming into force of these Regulations, no corporation included in Schedule III . . . to the Act that is exempt from real property tax or a business occupancy tax shall enter into a special arrangement with a local government, province or other authority to

f) régir les paiements à verser par les personnes morales mentionnées aux annexes III ou IV en remplacement de l’impôt foncier ou de l’impôt sur la façade ou sur la superficie et prévoir, entre autres, que leur base de calcul sera au moins équivalente à celle prévue par la présente loi;

g) régir les paiements à verser par les personnes morales mentionnées à l’annexe IV en remplacement de la taxe d’occupation commerciale;

11. (1) Par dérogation à toute autre loi fédérale ou à ses règlements :

a) les personnes morales mentionnées aux annexes III [. . .] qui sont exemptées de l’impôt foncier sont tenues, pour tout paiement qu’elles versent en remplacement de l’impôt foncier ou de l’impôt sur la façade ou sur la superficie, de se conformer aux règlements pris en vertu de l’alinéa 9(1)(f);

. . .

15. La présente loi ne confère aucun droit à un paiement.

Règlement sur les paiements versés par les sociétés d’état, DORS/81-1030

2. Les définitions qui suivent s’appliquent au présent règlement.

. . .

« taux effectif applicable à une société » Le taux de l’impôt foncier ou de l’impôt sur la façade ou sur la superficie qui, de l’avis de la société, serait applicable à sa propriété si celle-ci était une propriété imposable.

« valeur effective de la propriété d’une société » La valeur qui, de l’avis de la société, serait déterminée par une autorité évaluatrice, abstraction faite de tous droits miniers et de tous éléments décoratifs ou non-fonctionnels [*sic*], comme base du calcul de l’impôt foncier applicable à sa propriété si celle-ci était une propriété imposable.

3. (1) À l’entrée en vigueur du présent règlement, aucune société mentionnée à l’annexe III [. . .] de la Loi et exemptée de l’impôt foncier ou de la taxe d’occupation commerciale, ne doit prendre aucune disposition spéciale avec une autorité locale, une province ou une

pay an amount in lieu of such a tax that would be less than the amount that it would pay in accordance with these Regulations.

7. (1) Subject to subsection (2), a payment made by a corporation in lieu of a real property tax for a taxation year shall be not less than the product of

- (a) the corporation effective rate in the taxation year applicable to the corporation property in respect of which the payment may be made; and
- (b) the corporation property value in the taxation year of that corporation property.

Appeals allowed. Cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellant City of Montréal/ respondent on cross-appeal: Brunet, Lamarre, Montréal.

Solicitors for the respondent the Montreal Port Authority: de Grandpré Chait, Montréal.

Solicitor for the respondent Canadian Broadcasting Corporation/appellant on cross-appeal: Canadian Broadcasting Corporation — Legal Department, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Federation of Canadian Municipalities: Lang Michener, Ottawa.

Solicitor for the intervener the City of Toronto: City of Toronto, Ontario.

autre autorité en vue de verser en remplacement de tels impôts ou taxes un montant qui serait moindre que le montant qu'elle payerait en vertu du présent règlement.

7. (1) Sous réserve du paragraphe (2), un paiement versé par une société en remplacement de l'impôt foncier pour une année d'imposition ne doit pas être inférieur au produit des deux facteurs suivants :

- a) le taux effectif applicable à la société dans l'année d'imposition en cause à l'égard de la propriété de celle-ci pour laquelle le paiement peut être versé;
- b) la valeur effective de la propriété de la société pour cette année d'imposition.

Pourvois accueillis. Pourvoi incident rejeté.

Procureurs de l'appelante Ville de Montréal/ intimée au pourvoi incident : Brunet, Lamarre, Montréal.

Procureurs de l'intimée l'Administration portuaire de Montréal : de Grandpré Chait, Montréal.

Procureur de l'intimée Société Radio-Canada/ appelante au pourvoi incident : Société Radio-Canada — Services juridiques, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des municipalités : Lang Michener, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Ville de Toronto : Ville de Toronto, Ontario.

**Lieutenant-Colonel G.
Szczerbaniwicz Appellant**

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. SZCZERBANIWICZ

2010 SCC 15

File No.: 33189.

2010: February 8; 2010: May 6.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Rothstein JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL APPEAL
COURT OF CANADA**

Criminal law — Burden of proof — Reasonable doubt — Assault conviction — Whether military judge failed to apply W. (D.) principles properly.

Criminal law — Defences — Defence of property — Wife throwing accused's diploma on floor during heated argument — Accused using force against wife to protect personal property — Accused convicted of assault — Military judge finding that accused's defence of property under s. 39(1) of Criminal Code not made out because of his use of excessive force — Whether military judge failed to properly apply relevant facts with respect to defence of property — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 39(1).

The accused, a Lieutenant-Colonel in the Canadian military, had an argument with his wife. The wife took the mounted diploma which the accused had earned for his Master's degree off the wall and threw it on the floor. The accused then pushed her and she fell backwards onto the staircase, bruising her back, legs and elbow. The next day, she learned that her finger was broken. The accused was charged with assault causing bodily harm and tried by a Standing Court Martial. The accused and wife testified, and the military judge accepted the wife's testimony that she fell as a result of being pushed or shoved by the accused. The accused conceded that he intentionally applied force to his wife without her consent, but argued that under s. 39(1) of the *Criminal Code* the assaultive behaviour was justified because he was protecting his personal property,

**Lieutenant-Colonel G.
Szczerbaniwicz Appellant**

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ : R. c. SZCZERBANIWICZ

2010 CSC 15

N^o du greffe : 33189.

2010 : 8 février; 2010 : 6 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Rothstein.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COUR
MARTIALE DU CANADA**

Droit criminel — Fardeau de la preuve — Doute raisonnable — Déclaration de culpabilité pour voies de fait — Le juge militaire a-t-il mal appliqué les principes énoncés dans W. (D.)?

Droit criminel — Moyens de défense — Défense d'un bien — Diplôme de l'accusé lancé par terre par son épouse durant une violente querelle — Usage de la force contre l'épouse par l'accusé pour protéger ses biens — Accusé déclaré coupable de voies de fait — Juge militaire concluant que le moyen de défense des biens prévu à l'art. 39(1) du Code criminel n'a pas été établi en raison de l'usage d'une force excessive par l'accusé — Le juge militaire a-t-il mal appliqué les faits pertinents au moyen de défense invoqué? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 39(1).

L'accusé, un lieutenant-colonel dans l'armée canadienne, s'est querellé avec sa femme. Cette dernière s'est emparée du diplôme de maîtrise de l'accusé, l'a décroché du mur et l'a lancé par terre. L'accusé a alors poussé sa femme qui est tombée à la renverse dans l'escalier, subissant des ecchymoses au dos, aux jambes et au coude. Le lendemain, elle a appris qu'elle avait un doigt cassé. L'accusé a été inculpé de voies de fait causant des lésions corporelles et il a subi son procès devant une Cour martiale permanente. L'accusé et sa femme ont témoigné à l'audience. Le juge militaire a accepté le témoignage de cette dernière selon lequel elle est tombée parce que l'accusé l'a poussée et bousculée. L'accusé a admis avoir intentionnellement utilisé la force contre sa femme sans qu'elle y consente, mais il a fait valoir que, selon le par. 39(1) du *Code criminel*, les

namely, the diploma. The military judge found that the accused used more force than was necessary in defence of his personal property and, therefore, that the s. 39(1) defence could not serve to justify his actions. The accused was convicted of the lesser and included offence of assault. The majority of the Court Martial Appeal Court upheld his conviction.

Held (Binnie and Fish JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: The military judge took great care to discuss what he understood reasonable doubt to mean, and there is nothing in his comments to suggest that he either misappreciated or misapplied the proper approach simply because he failed to specifically refer to the three steps of the proper legal test.

The military judge did not err in his application of s. 39(1) of the *Code*. In interpreting the phrase “no more force than is necessary” in s. 39(1), an inquiry should be made into whether the force used was “reasonable in all the circumstances”. The reasonableness of “all the circumstances” necessarily includes the accused’s subjective belief as to the nature of the danger or harm. It also includes an objective component, which requires that the subjective belief be based on reasonable grounds. In this case, the military judge did exactly what he was required to do: he determined whether the accused had used no more force than was necessary to defend his possession in all the circumstances based on both subjective and objective criteria. He accepted the sentimental value of the diploma from the accused’s perspective, and considered the risk of harm to which the diploma had been exposed by the wife’s throwing it on the floor. He also took into account the fact that the diploma was replaceable, the nature of the force used by the accused, the accused’s admission that he may have gone too far in the anger of the moment, and the wife’s extensive bruises. The military judge concluded that the accused lost his self-control for a short period of time during which he “physically manhandled” his spouse causing her to fall and suffer injuries. The military judge found the use of such force in the circumstances to be disproportionate. This conclusion is eminently justified based on the legal and factual contexts.

voies de fait étaient justifiées parce qu’il protégeait son bien meuble, à savoir, le diplôme. Le juge militaire a conclu que l’accusé a eu recours à une force supérieure à celle qui était nécessaire pour défendre son bien et, par conséquent, que le moyen de défense prévu au par. 39(1) ne peut justifier sa conduite. L’accusé a été déclaré coupable d’une infraction moindre et incluse de voies de fait. Les juges majoritaires de la Cour d’appel de la cour martiale ont confirmé sa déclaration de culpabilité.

Arrêt (les juges Binnie et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein : Le juge militaire a bien pris soin de traiter de ce qu’il entendait par doute raisonnable, et rien dans ses commentaires ne suggère qu’il se soit mépris quant à l’approche à appliquer ou qu’il l’ait mal appliquée du simple fait qu’il a omis de faire référence aux trois volets du test juridique qu’il convient d’appliquer.

Le juge militaire n’a pas commis d’erreur dans son application du par. 39(1) du *Code*. En interprétant l’expression « que la force nécessaire » qui figure au par. 39(1), il faut procéder à un examen pour savoir si la force utilisée était « raisonnable dans les circonstances ». Le caractère raisonnable « dans les circonstances » tient nécessairement compte de la croyance subjective de l’accusé quant à la nature du danger ou du tort appréhendé. Il tient aussi à la présence d’un élément objectif selon lequel la croyance subjective doit être fondée sur des motifs raisonnables. En l’espèce, le juge militaire a fait exactement ce qui était attendu de lui : il a déterminé si l’accusé a eu recours à une force supérieure à la force nécessaire pour protéger son bien dans les circonstances compte tenu tant du critère subjectif que du critère objectif. Il a reconnu que, pour l’accusé, le diplôme possédait une valeur sentimentale et il a considéré le risque de dommage auquel le diplôme a été exposé du fait que la femme de l’accusé l’a lancé sur le sol. Il a aussi tenu compte du fait qu’il était possible de remplacer le diplôme, de la nature de la force utilisée par l’accusé, de son propre aveu qu’il a pu aller trop loin sous l’impulsion de la colère, ainsi que des nombreuses ecchymoses subies par sa femme. Le juge militaire a conclu que l’accusé a perdu la maîtrise de lui-même pendant un court laps de temps et qu’il a alors « physiquement maltraité » son épouse au point où elle est tombée et où elle s’est retrouvée avec des ecchymoses. Le juge du procès a conclu que l’utilisation de cette force, dans les circonstances, était disproportionnée. Cette conclusion est éminemment justifiée compte tenu des contextes juridiques et factuels.

Per Binnie and Fish JJ. (dissenting): In this case, the military judge's reasons fell short of the standard of adequacy set out in *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, because they do not explain the basis on which it could be said beyond a reasonable doubt that the accused used more force than was necessary. The military judge did cover the "what" of the case — the finding that the use of force was excessive — but he was also required to go further and describe "why" he reached the conclusion that he did. His reasons do not disclose to the accused or to the appellate court the required logical connection between the "what" and the "why".

The altercation took place on a small (3 feet by 3 feet) landing on the stairs of the home. The accused did not intervene until the wife caused a second framed article to fall down the stairs and smash and showed no sign of stopping. He then descended the stairs "to get her off the diploma". The military judge concluded that the wife had suffered bruising, but this does not itself show that the force was excessive in the sense of disproportionate to what was "necessary". While the state of the wife's injuries was relevant to that determination, if the military judge believed that the injuries were themselves sufficient evidence of excess he should have said so and the proposition could then be tested on appeal. The military judge also assigned considerable weight to the accused's submission that he acted in the anger of the moment, but it is quite possible that the accused could meet the "no more force than was necessary" standard despite the fact that he acted in anger. Again, if the military judge thought otherwise, he should have said so. The military judge used the evocative and pejorative word "manhandle" but the word simply means to "handle (a person) roughly" or to "pull or hustle about" and the accused was entitled to use the level of force reasonably necessary to protect his property. There are circumstances where a push might be justified. If in the military judge's view a push could never be justified, such a categorical principle ought to have been stated and would then be capable of appellate review.

On a proper application of *R.E.M.*, the accused was entitled to an explanation of why his evidence, considered in the context of the evidence as a whole, did not raise a reasonable doubt about whether the force he applied exceeded what was reasonably

Les juges Binnie et Fish (dissidents): En l'espèce, les motifs exposés par le juge militaire ne satisfaisaient pas à la norme du caractère suffisant énoncée dans *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, parce qu'ils n'expliquent pas sur quel fondement il serait possible de dire hors de doute raisonnable que l'accusé a employé davantage que la force nécessaire. Le juge militaire a indiqué le « résultat » de sa décision, à savoir la conclusion que l'emploi de la force était excessif, mais il était tenu d'aller plus loin et de décrire aussi le « pourquoi » de la conclusion à laquelle il est arrivé. Ses motifs n'indiquent pas à l'accusé ou au tribunal d'appel le lien logique requis entre le « résultat » et le « pourquoi ».

L'altercation a eu lieu sur un petit palier (3 pieds sur 3 pieds) dans l'escalier de la maison. L'accusé n'est pas intervenu avant que sa femme fasse tomber dans l'escalier un deuxième cadre qui s'est fracassé et qu'elle ne montre aucun signe qu'elle était sur le point d'arrêter. Il a alors descendu l'escalier pour « l'empêcher de piétiner le diplôme ». Le juge militaire a conclu qu'elle avait subi des ecchymoses. Cela n'établit toutefois pas, en soi, que la force était excessive — au sens de disproportionnée au regard de celle qui était « nécessaire ». La nature des blessures subies par la femme de l'accusé était certes un élément pertinent pour cette détermination, mais si le juge militaire était d'avis que les blessures constituaient, en soi, une preuve suffisante de l'excès de force, il aurait dû le dire et l'assertion aurait pu être examinée en appel. Le juge militaire a aussi attribué un poids considérable au fait que l'accusé avait admis devant les enquêteurs avoir agi sous l'impulsion de la colère, mais il est fort possible que l'accusé puisse satisfaire à la norme selon laquelle il ne devait utiliser « que la force nécessaire » en dépit du fait qu'il a agi sous l'impulsion de la colère. Encore une fois, si le juge militaire a jugé qu'il en était autrement, il aurait dû le dire. Le juge militaire a utilisé le terme évocateur et péjoratif « *manhandle* » (« maltraité »), mais ce terme signifie simplement « traiter (une personne) rudement » ou « tirer ou bousculer » et l'accusé était en droit d'employer la force raisonnablement nécessaire pour défendre ses biens. Il peut être justifié de pousser quelqu'un dans certaines circonstances. Si, de l'avis du juge militaire, il ne peut jamais être justifié de pousser autrui, ce principe catégorique aurait dû être énoncé et son bien-fondé aurait alors pu être examiné en appel.

Il ressort de *R.E.M.*, correctement appliqué, que l'accusé avait le droit de se faire expliquer les raisons pour lesquelles les éléments de preuve qu'il a présentés, considérés dans le contexte de l'ensemble de la preuve, ne soulevaient aucun doute raisonnable sur le point de

necessary to accomplish the protective purpose of his intervention.

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5; *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. v. Gunning*, 2005 SCC 27, [2005] 1 S.C.R. 627; *R. v. George* (2000), 145 C.C.C. (3d) 405; *R. v. McKay*, 2009 MBCA 53, 246 C.C.C. (3d) 24; *R. v. Born with a Tooth* (1992), 76 C.C.C. (3d) 169; *R. v. Kong*, 2005 ABCA 255, 200 C.C.C. (3d) 19, rev'd 2006 SCC 40, [2006] 2 S.C.R. 347.

By Binnie J. (dissenting)

R. v. R.E.M., 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. Weare* (1983), 56 N.S.R. (2d) 411; *R. v. Little* (1998), 122 C.C.C. (3d) 365; *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. v. Kandola* (1993), 80 C.C.C. (3d) 481; *Palmer v. The Queen* (1971), 55 Cr. App. R. 223; *R. v. Ogal* (1928), 50 C.C.C. 71; *R. v. Preston* (1953), 106 C.C.C. 135; *R. v. Antley*, [1964] 2 C.C.C. 142; *R. v. Spence* (1995), 134 Sask. R. 157; *R. v. C.J.O.*, [2005] O.J. No. 5006 (QL); *R. v. Brown*, [2005] O.J. No. 2951 (QL); *R. v. Oakoak*, 2008 NUCJ 16 (CanLII).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 39(1).

Authors Cited

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 6th ed., vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2007, "manhandle".

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (Blanchard, Richard and Lufty JJ.A.), 2009 CMAC 4, [2009] C.M.A.J. No. 4 (QL), 2009 CarswellNat 3662, upholding the accused's conviction entered by Lamont M.J., 2008 CM 2008, 2008 CarswellNat 1282. Appeal dismissed, Binnie and Fish JJ. dissenting.

Brian A. Crane, Q.C., and *Stephanie Pearce*, for the appellant.

savoir si la force employée par lui était raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif de protection auquel répondait son intervention.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5; *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. c. Gunning*, 2005 CSC 27, [2005] 1 R.C.S. 627; *R. c. George* (2000), 145 C.C.C. (3d) 405; *R. c. McKay*, 2009 MBCA 53, 246 C.C.C. (3d) 24; *R. c. Born with a Tooth* (1992), 76 C.C.C. (3d) 169; *R. c. Kong*, 2005 ABCA 255, 200 C.C.C. (3d) 19, inf. par 2006 CSC 40, [2006] 2 R.C.S. 347.

Citée par le juge Binnie (dissident)

R. c. R.E.M., 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. c. Weare* (1983), 56 N.S.R. (2d) 411; *R. c. Little* (1998), 122 C.C.C. (3d) 365; *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. c. Kandola* (1993), 80 C.C.C. (3d) 481; *Palmer v. The Queen* (1971), 55 Cr. App. R. 223; *R. c. Ogal* (1928), 50 C.C.C. 71; *R. c. Preston* (1953), 106 C.C.C. 135; *R. c. Antley*, [1964] 2 C.C.C. 142; *R. c. Spence* (1995), 134 Sask. R. 157; *R. c. C.J.O.*, [2005] O.J. No. 5006 (QL); *R. c. Brown*, [2005] O.J. No. 2951 (QL); *R. c. Oakoak*, 2008 NUCJ 16 (CanLII).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 39(1).

Doctrine citée

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 6th ed., vol. 1. Oxford : Oxford University Press, 2007, « manhandle ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada (les juges Blanchard, Richard et Lufty), 2009 CACM 4, [2009] A.C.A.C. n° 4 (QL), 2009 CarswellNat 3662, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé inscrite par le juge militaire Lamont, 2008 CM 2008, 2008 CarswellNat 2112. Pourvoi rejeté, les juges Binnie et Fish sont dissidents.

Brian A. Crane, c.r., et *Stephanie Pearce*, pour l'appellant.

John Maguire and Doug Curliss, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — This is an appeal as of right. We are therefore restricted to considering only the two questions of law raised by the reasons of Lutfy J.A., the dissenting judge in the Court Martial Appeal Court:

- Did the trial judge fail to properly apply the three-part test set out by this court in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742?
- Did the trial judge fail to properly apply the relevant facts to s. 39(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which protects an accused from criminal responsibility for defending personal property if he or she used no more force than is necessary?

(2009 CMAC 4, [2009] C.M.A.J. No. 4 (QL), at para. 52)

[2] As in most trials involving domestic disputes, the spouses in this case offered differing versions of the same event. After hearing and watching both of them, the trial judge reached his own conclusions about what actually happened and convicted the husband of assault. Those conclusions were based on the facts and impressions he considered to be most relevant and reliable. In the absence of any palpable and overriding error in his appreciation of them, it is not open to an appellate court to sift selectively through the record and substitute its own narrative and outcome: *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at para. 56. Seeing no error either in the trial judge's appreciation of the facts or in his application of the relevant law, a majority in the appeal court dismissed the husband's appeal. Based on the record and the trial judge's reasons, I agree with this disposition.

John Maguire et Doug Curliss, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le présent pourvoi est interjeté de plein droit. Nous sommes donc tenus de nous limiter à l'examen des deux questions de droit énoncées dans les motifs du juge d'appel Lutfy, le juge dissident en Cour d'appel de la cour martiale :

- Le juge du procès a-t-il mal appliqué le test en trois volets énoncé par la Cour dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742?
- Le juge du procès a-t-il mal appliqué les faits pertinents au par. 39(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui met à l'abri de toute responsabilité pénale un accusé qui défend un bien meuble s'il n'emploie que la force nécessaire?

(2009 CACM 4, [2009] A.C.A.C. n° 4 (QL), par. 52)

[2] Comme dans la plupart des procès où il est question de querelles conjugales, les époux ont donné, en l'espèce, des versions divergentes des mêmes événements. Après les avoir entendus et vus tous les deux, le juge du procès a tiré ses propres conclusions quant à ce qui s'est réellement produit et il a déclaré le mari coupable de voies de fait. Ces conclusions étaient fondées sur les faits et sur les impressions qu'il a estimés les plus pertinents et fiables. À moins que le juge du procès n'ait commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits, une cour d'appel ne peut pas passer au crible sélectivement le dossier et substituer son propre récit et l'issue qui en découle à celui du juge du procès : *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 56. L'appréciation des faits par le juge du procès et son application des règles de droit pertinentes n'étant, selon eux, entachées d'aucune erreur, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté le pourvoi du mari. Compte tenu du dossier et des motifs du juge de première instance, je suis d'accord avec ce dispositif.

[3] Gary Szczerbaniwicz was a Lieutenant-Colonel in the Canadian military who was posted to NATO in Brussels. After he and his wife separated following a 30-year marriage, Ms. Szczerbaniwicz moved to Canada, but had returned for a brief trip to Belgium. LCol Szczerbaniwicz invited her to stay overnight at the house they had formerly occupied together.

[4] The factual matrix for the case, according to the findings of the trial judge, is as follows. The morning after her arrival, the couple had a conversation about moving Ms. Szczerbaniwicz's personal effects from storage in Winnipeg to the home in British Columbia that she was then occupying with their son. The conversation became heated over the issue of who would pack up her possessions. In the course of the argument, Ms. Szczerbaniwicz took a mounted diploma off the wall at the landing of the staircase, and threw it on the floor. LCol Szczerbaniwicz then pushed her. There is no reference to a second picture anywhere in the trial judge's reasons except when he is summarizing LCol Szczerbaniwicz's version of events. Ms. Szczerbaniwicz fell backwards and landed on her elbow. She had bruising on her back, legs and elbow. The next day, a friend took her to a medical facility where she learned that her finger was also broken. Her arm was in a cast for a week.

[5] LCol Szczerbaniwicz was charged with assault causing bodily harm. At the two-day trial by a Military Judge, Lamont M.J., both LCol Szczerbaniwicz and his wife testified. The only other witness was Master Warrant Officer J.P.J.Y. Girard.

[6] LCol Szczerbaniwicz's evidence was that he "swung" his wife around "to get her off the diploma". He denied that his wife fell and had no explanation for her extensive bruises. The trial judge did not accept LCol Szczerbaniwicz's version of the circumstances surrounding the fall, preferring the evidence of his wife. As a result, he concluded that LCol Szczerbaniwicz had pushed or shoved her; that this pushing had caused her to fall backwards onto the staircase; that as a result of this

[3] Gary Szczerbaniwicz a été lieutenant-colonel dans l'armée canadienne. Il a été posté au siège de l'OTAN à Bruxelles. Après que sa femme et lui se sont séparés au terme de 30 ans de mariage, M^{me} Szczerbaniwicz a déménagé au Canada. Elle est toutefois retournée en Belgique pour un bref séjour. Le lcol Szczerbaniwicz l'a invité à passer la nuit dans leur ancienne maison.

[4] Selon les conclusions du juge du procès, l'essentiel des faits de la cause s'énonce comme suit : le lendemain de son arrivée, en matinée, le couple a discuté du déménagement des effets personnels de M^{me} Szczerbaniwicz de l'entrepôt où ils se trouvaient à Winnipeg à la maison en Colombie-Britannique qu'elle occupait alors avec leur fils. Le ton a monté lorsqu'il a été question de savoir qui emballerait ses effets. Durant la dispute, M^{me} Szczerbaniwicz s'est emparée d'un diplôme accroché au mur vis-à-vis le palier de l'escalier et l'a lancé par terre. Le lcol Szczerbaniwicz l'a alors poussée. Nulle part dans les motifs du juge du procès n'est-il question d'un deuxième cadre, sauf dans le résumé qu'il fait de la version des événements du lcol Szczerbaniwicz. M^{me} Szczerbaniwicz est tombée à la renverse et a atterri sur son coude. Elle a eu des ecchymoses au dos, aux jambes et au coude. Le lendemain, un ami l'a emmené dans une clinique où elle a appris qu'elle avait aussi un doigt cassé. Elle a eu le bras dans un plâtre durant une semaine.

[5] Le lcol Szczerbaniwicz a été accusé de voies de fait causant des lésions corporelles. Tant le lcol Szczerbaniwicz que sa femme ont témoigné lors du procès d'une durée de deux jours présidé par le juge militaire Lamont. L'adjudant-maître J.P.J.Y. Girard a été le seul autre témoin.

[6] Selon le témoignage du lcol Szczerbaniwicz, il a [TRADUCTION] « fait pivoter » son épouse « pour l'empêcher de piétiner le diplôme ». Il a nié qu'elle soit tombée et il ne pouvait expliquer comment elle s'était retrouvée avec de nombreuses ecchymoses. Le juge du procès n'a pas accepté la version qu'a donnée le lcol Szczerbaniwicz des événements entourant la chute, lui préférant le témoignage de M^{me} Szczerbaniwicz. Par conséquent, il a conclu que le lcol Szczerbaniwicz l'avait poussée

fall she had experienced bruising to her back, legs, and elbow; and that LCol Szczerbaniwicz had lost his self-control and “physically manhandled his spouse” (2008 CM 2008 (CanLII), at paras. 16-18). This was based on the following assessment of her and her husband’s evidence:

I was impressed with the manner in which Mrs Szczerbaniwicz gave her evidence, but I am mindful of the limited importance that can ordinarily be attached to the demeanour of a witness. However, Mrs Szczerbaniwicz gave her evidence in a remarkably straightforward manner, without any apparent malice toward her husband, and without embellishment or exaggeration. She readily admitted to some facts that might be thought to reflect poorly on her own behaviour.

On the whole, I find that both witnesses were attempting to give the court their best recollection of the events. For the most part, I consider that the discrepancies in the versions they give are likely attributable to the heightened state of emotions on both sides that were in play on the morning of 16 August. [paras. 11-12]

[7] LCol Szczerbaniwicz conceded that he intentionally applied force to his wife without her consent, and that he knew she was not consenting to the application of force. There was, therefore, according to Lamont M.J., “no doubt that even accepting all of [the husband’s] evidence”, the elements of the offence of assault were made out (para. 13).

[8] LCol Szczerbaniwicz argued that under s. 39(1) of the *Criminal Code*, the assaultive behaviour was justified because he was protecting personal property, namely, the diploma (for a Master’s Degree in Leadership and Training from Royal Roads University). The trial judge found that there was an air of reality to this defence because he was satisfied that “the accused was in peaceable possession of the diploma and that his actions in assaulting his spouse were motivated by his desire to protect his personal property” (para. 15). The “real issue”, therefore, was “whether in so doing, he used no more force than was necessary to defend his possession” (para. 15).

ou bousculée; il a accepté que ces gestes eussent causé la chute de madame vers l’arrière dans l’escalier; que cette chute lui avait causé des ecchymoses au dos, aux jambes et au coude; et que le lcol Szczerbaniwicz avait perdu la maîtrise de lui-même et avait « physiquement maltraité son épouse » (2008 CM 2008 (CanLII), par. 16-18). Ces conclusions étaient fondées sur l’évaluation suivante des témoignages de madame et de son mari :

J’ai été impressionné par la façon dont M^{me} Szczerbaniwicz a témoigné, mais je suis conscient de l’importance restreinte pouvant habituellement être accordée à l’attitude d’un témoin. Cependant, M^{me} Szczerbaniwicz a témoigné de façon remarquablement franche, sans faire montre de malveillance à l’endroit de son époux et sans exagérer ou modifier les choses à son avantage. Elle a admis sans difficulté certains faits qui pourraient donner une mauvaise impression au sujet de sa propre conduite.

Dans l’ensemble, je suis d’avis que les deux témoins ont tenté de présenter au tribunal le meilleur souvenir qu’ils avaient des événements. La plupart des écarts entre les versions qu’ils ont données sont probablement attribuables quant à moi à la grande émotion qu’ils ressentiaient tous les deux le matin du 16 août. [par. 11-12]

[7] Le lcol Szczerbaniwicz a admis avoir intentionnellement utilisé la force contre sa femme sans qu’elle y consente et avoir su qu’elle n’y consentait pas. Ainsi, selon le juge militaire Lamont « il est indéniable que, même si j’accepte [le] témoignage [du mari] en entier », les éléments de l’infraction de voies de fait ont été établis (par. 13).

[8] Le lcol Szczerbaniwicz a fait valoir que, selon le par. 39(1) du *Code criminel*, les voies de fait étaient justifiées parce qu’il protégeait un bien meuble, à savoir, le diplôme (pour une maîtrise en leadership et formation de l’Université Royal Roads). Le juge du procès a estimé ce moyen de défense vraisemblable parce qu’il a été convaincu que « l’accusé était en possession paisible du diplôme et que l’agression qu’il a commise à l’endroit de son épouse était motivée par le désir qu’il avait de protéger son bien personnel » (par. 15). Par conséquent, la « véritable question » était « de savoir si, en agissant de la sorte, l’accusé a eu recours à une force supérieure à la force nécessaire pour protéger son bien » (par. 15).

[9] Lamont M.J. found LCol Szczerbaniwicz guilty of the lesser included offence of assault. He accepted that the diploma was “very important” to LCol Szczerbaniwicz since it “signified a major achievement for him in his professional development” (para. 17), but ultimately concluded that the defence under s. 39(1) was not made out for the following reasons:

... I have considered several factors, including the nature of the property in question; its value, including its sentimental value to the accused; the risk of harm to which the property was exposed by the actions of the complainant; the alternative courses of action open to the accused at the time; and the consequences for the complainant of the action the accused took. With respect to the matter of the action taken by the accused, I accept the uncontradicted evidence of the complainant that she suffered the bruising she described in her evidence to her back, her legs, and her elbow. I find, therefore, that she did indeed fall as a result of the pushing or shoving by the accused in the manner she described in her testimony. I do not accept the evidence of the accused in which he denies that the complainant fell. On his version of events, there is no explanation as to how the bruising occurred. This objective fact of the bruising is consistent with the evidence of the complainant on this point, and inconsistent with the version of events given by Lieutenant-Colonel Szczerbaniwicz.

I accept the evidence of Lieutenant-Colonel Szczerbaniwicz that the diploma was very important to him as it signified a major achievement for him in his professional development. But there is no evidence before me that the diploma was in fact damaged to any significant degree as a result of being thrown to the floor, and perhaps jumped on. Even if there were damage, the item in question is a document that might be replaced if necessary. In his statement to the investigators, the accused was specifically asked whether he had gone a bit too far, and replied in reference to the diploma, “It is hard to say. When I think of it in retrospect, it is just a piece of paper, but it meant a lot to me. It was the anger of the moment. If I had been even a little bit – I should have just said, I can replace that, if she breaks that. But I didn’t. That is in retrospect.”

[9] Le juge militaire Lamont a déclaré le lcol Szczerbaniwicz coupable d’une infraction moindre et incluse de voies de fait. Il a accepté que le diplôme fût « très important » pour l’accusé parce qu’il « signifiait [pour lui] un accomplissement majeur dans son cheminement professionnel » (par. 17). Toutefois, ultimement, il a conclu que le moyen de défense prévu au par. 39(1) ne devait pas être retenu pour les motifs suivants :

... j’ai examiné plusieurs facteurs, y compris la nature du bien en question, sa valeur, notamment sa valeur sentimentale aux yeux de l’accusé, le risque de dommage auquel le bien a été exposé par la conduite de la plaignante, les solutions de rechange qui s’offraient à l’accusé à l’époque et les conséquences de la conduite de l’accusé pour la plaignante. En ce qui a trait à la conduite de l’accusé, j’accepte le témoignage non contredit de la plaignante au sujet des ecchymoses qu’elle a subies au dos, aux jambes et au coude. En conséquence, j’en arrive à la conclusion qu’elle est effectivement tombée par suite du fait que l’accusé l’a poussée ou l’a bousculée de la façon qu’elle a décrite au cours de son témoignage. Je n’accepte pas la partie du témoignage de l’accusé au cours de laquelle celui-ci a nié que la plaignante soit tombée. La version que l’accusé donne des événements ne comporte pas la moindre explication quant à la façon dont les ecchymoses ont été causées. Le fait que des ecchymoses ont été causées va de pair avec le témoignage de la plaignante sur ce point et est incompatible avec la version des événements qu’a donnée le lieutenant-colonel Szczerbaniwicz.

Par ailleurs, j’accepte le témoignage du lieutenant-colonel Szczerbaniwicz selon lequel le diplôme était très important pour lui, parce qu’il signifiait un accomplissement majeur dans son cheminement professionnel. Cependant, je n’ai été saisi d’aucun élément de preuve montrant que le diplôme a été endommagé de façon importante par suite du fait que la plaignante l’a lancé au sol et a peut-être sauté sur le cadre en question. Cependant, même si des dommages ont effectivement été causés, l’objet en question est un document qui pourrait être remplacé, au besoin. Lorsque les enquêteurs ont demandé à l’accusé s’il était allé un peu trop loin, il a répondu ce qui suit au sujet du diplôme : [TRADUCTION] « c’est difficile à dire. Lorsque j’y pense aujourd’hui, ce n’est qu’un bout de papier, mais il signifiait beaucoup pour moi. J’ai agi ainsi sous l’impulsion de la colère. Si j’avais été un peu – j’aurais dû dire simplement, je peux remplacer ça, si elle le brise. Mais je ne l’ai pas dit. C’est une réaction après coup. »

I am urged by counsel to consider this statement as simply an expression of regret and not as an admission that the force used was excessive. But in my view, this evidence, taken in the context of the evidence as a whole, supports the conclusion that as a result of his angry state of mind, Lieutenant-Colonel Szczerbaniwicz lost his self-control for a short period of time, during which he physically manhandled his spouse, causing her to fall and suffer the bruising injury I have described.

On all the circumstances I am persuaded that the accused used excessive force against the complainant in the purported defence of his personal property; that is, that he used more force than was necessary, and therefore the defence under subsection 39 (1) does not serve to justify his actions. [Emphasis added; paras. 16-19.]

[10] LCol Szczerbaniwicz was therefore convicted of assault and fined \$1800.

[11] LCol Szczerbaniwicz was not found guilty of assault causing bodily harm, notwithstanding the broken finger, because the trial judge concluded that:

While I think it likely that the injury to the finger was incurred at the time of the fall as a result of the pushing of the accused, I am not persuaded beyond a reasonable doubt as to this element of the offence charged. [para. 21]

[12] On appeal to the Court Martial Appeal Court, LCol Szczerbaniwicz argued that, contrary to *W. (D.)*, the trial judge had improperly placed the burden on him to explain how his wife had been bruised, and had misconstrued the law and facts related to the defence of property under s. 39(1) of the *Criminal Code*.

[13] Blanchard C.J., writing for a majority in the Court Martial Appeal Court, rejected the first argument in brief reasons:

... I do not find that the trial judge placed a burden on the accused to explain how the Complainant had been bruised. Instead, the trial judge was simply explaining

L'avocat me demande de considérer cette déclaration comme une simple expression de regret et non comme une admission du fait que l'accusé a eu recours à une force excessive. Cependant, à mon avis, compte tenu de l'ensemble de la preuve, cette déclaration permet de conclure que, en raison de la colère qu'il ressentait, le lieutenant-colonel Szczerbaniwicz a perdu la maîtrise de lui-même pendant un court laps de temps et il a alors physiquement maltraité son épouse au point de la faire tomber, ce qui a provoqué les ecchymoses que j'ai décrites.

Eu égard à l'ensemble des circonstances, je suis convaincu que l'accusé a eu recours à une force excessive contre la plaignante pour défendre la possession de son bien personnel, c'est-à-dire qu'il a eu recours à une force supérieure à celle qui était nécessaire; par conséquent, la défense prévue au paragraphe 39(1) ne peut justifier sa conduite. [Je souligne; par. 16-19.]

[10] Le lcol Szczerbaniwicz a donc été reconnu coupable de voies de fait et condamné à une amende de 1 800 \$.

[11] En dépit du doigt cassé, le lcol Szczerbaniwicz n'a pas été reconnu coupable de voies de fait causant des lésions corporelles, parce que le juge du procès a conclu que :

Même s'il m'apparaît probable que la blessure au doigt a été causée lors de la chute dont la plaignante a été victime après avoir été poussée par l'accusé, je ne suis pas convaincu hors de tout doute raisonnable en ce qui a trait à cet élément de l'infraction reprochée à l'accusé. [par. 21]

[12] En appel devant la Cour d'appel de la cour martiale, le lcol Szczerbaniwicz a fait valoir que le juge du procès avait, contrairement à ce que prescrit *W. (D.)*, fait reposer sur lui le fardeau d'expliquer comment son épouse avait subi les ecchymoses, et avait mal interprété le droit et les faits relatifs à la défense d'un bien prévue au par. 39(1) du *Code criminel*.

[13] S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel de la cour martiale, le juge en chef Blanchard a rejeté le premier argument par de brefs motifs :

... je ne peux conclure que le juge du procès a imposé à l'accusé le fardeau d'expliquer la façon dont les ecchymoses avaient été causées à la plaignante. Le

his reason for disbelieving the evidence of the accused that the Complainant had not fallen. That is, the fact of the bruising was consistent with the evidence of the Complainant that she had fallen. [para. 25]

The dissenting judge, Lutfy J.A., faulted the trial judge for not following the reasoning process Cory J. set out in *W. (D.)*.

[14] The trial judge took great care to discuss what he understood reasonable doubt to mean, and there is nothing in his comments to suggest that he either misappreciated or misapplied the proper approach simply because he failed to articulate or specifically follow the three steps. This Court has frequently confirmed that it is the substance of that test that must be respected, not its literal tripartite incarnation. On reading the trial judge's reasons, there is no doubt in my mind that the proper reasoning was followed by Lamont M.J.: *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5, at paras. 7-12; *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788, at para. 23; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, at p. 533; *W. (D.)*, at p. 758.

[15] On the second issue, Blanchard C.J. was satisfied that the trial judge took the appropriate facts and factors into account in considering both the nature of the force applied and the circumstances surrounding the use of force. In his dissenting reasons, Lutfy J.A. was of the view that while objective factors "can be relevant", the "primary focus" is on whether the accused "reacted with more force than he on reasonable grounds believed was necessary" (para. 70). It is this failure to emphasize the subjective component of the defence that is the focus of LCol Szczerbaniwicz's argument that the trial judge erred in his approach to s. 39(1).

[16] Section 39(1) provides a defence to criminal responsibility where the accused acts to defend his or her personal property. It states:

juge du procès a plutôt simplement expliqué pourquoi il n'ajoutait pas foi au témoignage de l'accusé au cours duquel il avait nié que la plaignante était tombée. Cela dit, les ecchymoses subies par la plaignante concordent avec son témoignage selon lequel elle est tombée. [par. 25]

Le juge d'appel Lutfy, dissident, a estimé que le juge du procès avait commis une erreur en ne suivant pas le raisonnement prescrit par le juge Cory dans *W. (D.)*.

[14] Le juge du procès a bien pris soin de traiter de ce qu'il entendait par doute raisonnable, et rien dans ses commentaires ne suggère qu'il se soit mépris quant à l'approche à appliquer ou qu'il l'ait mal appliquée du simple fait qu'il a omis d'énoncer les trois étapes ou de spécifiquement les suivre. La Cour a souvent confirmé que c'est la substance du test qui doit être respectée et non son incarnation tripartite littérale. À la lecture des motifs du juge militaire Lamont, il ne fait aucun doute dans mon esprit qu'il a appliqué le bon raisonnement : *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5, par. 7-12; *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788, par. 23; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, p. 533; *W. (D.)*, p. 758.

[15] Quant à la deuxième question, le juge en chef Blanchard était convaincu que le juge du procès a pris en considération les faits et les facteurs appropriés lorsqu'il a examiné tant la nature de la force appliquée que les circonstances entourant l'usage de la force. Dans ses motifs dissidents, le juge Lutfy s'est dit d'avis que bien que des facteurs objectifs « puissent être pertinents », « la question principale est celle de savoir si l'accusé [. . .] a eu recours à une force supérieure à celle qu'il croyait être raisonnablement nécessaire » (par. 70). C'est l'omission de mettre l'accent sur cet élément subjectif du moyen de défense sur laquelle se fonde principalement le lcol Szczerbaniwicz pour plaider que le juge du procès a commis une erreur dans son application du par. 39(1).

[16] Le paragraphe 39(1) fournit un moyen de défense pour mettre à l'abri de toute responsabilité pénale un accusé qui agit pour défendre son bien meuble. Cette disposition est ainsi libellée :

39. (1) Every one who is in peaceable possession of personal property under a claim of right, and every one acting under his authority, is protected from criminal responsibility for defending that possession, even against a person entitled by law to possession of it, if he uses no more force than is necessary.

[17] I accept the submission that a subjective belief about what force is required is relevant, but the subjective belief must be based on reasonable grounds, that is, it must be based on grounds that are objectively reasonable in the circumstances.

[18] Section 39(1) is found in the *Criminal Code* together with other provisions setting out how the use of force in the defence of property and persons can be justified. While s. 39(1) itself has yet to be interpreted by this Court, there is helpful analogous jurisprudence dealing with these other provisions, most of which use similar or identical language to the phrase “no more force than is necessary” found in s. 39(1). Nothing in the language of s. 39(1) suggests that the meaning of the words “no more force than is necessary” is different from these other provisions.

[19] One of the early — and cogent — examinations of the meaning of the phrase is found in *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (Ont. C.A.). In *Baxter*, several of the *Criminal Code*'s defence of property and person provisions were at issue, including s. 34(1) (dealing with self-defence against unprovoked assault) and s. 41(1) (dealing with defence of house or real property). In interpreting these provisions, Martin J.A. observed:

The sections of the *Code* authorizing the use of force in defence of a person or property, to prevent crime, and to apprehend offenders, in general, express in greater detail the great principle of the common law that the use of force in such circumstances is subject to the restriction that the force used is necessary; that is, that the harm sought to be prevented could not be prevented by less violent means and that the injury or harm done by, or which might reasonably be anticipated from the

39. (1) Quiconque est en possession paisible d'un bien meuble en vertu d'un droit invoqué, de même que celui qui agit sous son autorité, est à l'abri de toute responsabilité pénale en défendant cette possession, même contre une personne qui légalement a droit à la possession du bien en question, s'il n'emploie que la force nécessaire.

[17] J'accepte l'argument selon lequel une croyance subjective quant à la force requise est pertinente, mais cette croyance subjective doit être fondée sur des motifs raisonnables, c'est-à-dire qu'elle doit être fondée sur des motifs qui sont objectivement raisonnables dans les circonstances.

[18] Le paragraphe 39(1) figure dans le *Code criminel* avec d'autres dispositions qui énoncent comment l'usage de la force peut être justifié lorsqu'il est question de défendre des biens et des personnes. Même si le par. 39(1) n'a pas encore été interprété par la Cour, il existe une jurisprudence analogue utile relative à ces autres dispositions dont les libellés contiennent une formulation identique ou similaire à l'expression « que la force nécessaire » qui figure au par. 39(1). Rien dans le texte du par. 39(1) ne laisse croire que le sens des mots « que la force nécessaire » soit différent de celui de la même expression ou d'une expression semblable figurant dans ces autres dispositions.

[19] Un des premiers examens pertinents du sens de la phrase en question figure dans *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, plusieurs des moyens de défense des biens et de la personne prévue au *Code criminel* étaient en cause, y compris les par. 34(1) (légitime défense) et 41(1) (défense de la maison ou du bien immeuble). En interprétant ces dispositions, le juge Martin de la Cour d'appel a fait la remarque suivante :

[TRADUCTION] Règle générale, les dispositions du *Code* qui autorisent l'usage de la force pour défendre une personne ou un bien, pour empêcher la perpétration d'un crime, et pour appréhender les contrevenants, expriment plus en détail le grand principe de common law selon lequel l'usage de la force dans de telles circonstances est autorisé sous réserve que la force utilisée soit nécessaire; c'est-à-dire que le tort qu'on cherche à éviter ne pourrait l'être en usant d'une violence moindre

force used is not disproportioned to the injury or harm it is intended to prevent . . . [p. 113]

[20] The “proportionality” approach has more recently been characterized as an inquiry into whether the force used was “reasonable in all the circumstances”, as Charron J. confirmed in *R. v. Gunning*, 2005 SCC 27, [2005] 1 S.C.R. 627, at para. 25, a case involving s. 41(1). (See also: *R. v. George* (2000), 145 C.C.C. (3d) 405 (Ont. C.A.), at para. 49; *R. v. McKay*, 2009 MBCA 53, 246 C.C.C. (3d) 24, at para. 23.)

[21] The reasonableness of “all the circumstances” necessarily includes the accused’s subjective belief as to the nature of the danger or harm, but the objective component of the defence is also required: the subjective belief must be based on reasonable grounds. (See: *McKay*, at paras. 23-24; *George*, at paras. 49-50; *R. v. Born with a Tooth* (1992), 76 C.C.C. (3d) 169 (Alta. C.A.), at p. 180; *R. v. Kong*, 2005 ABCA 255, 200 C.C.C. (3d) 19, at paras. 95-100, appeal allowed on other grounds, 2006 SCC 40, [2006] 2 S.C.R. 347.)

[22] The trial judge did exactly what he was required to do, that is, he determined whether LCol Szczerbaniwicz used “no more force than was necessary to defend his possession” *in all the circumstances* based on *both* subjective and objective criteria: he accepted the sentimental and symbolic value of the diploma from LCol Szczerbaniwicz’s perspective, and considered both the risk of harm to which the diploma was exposed by Ms. Szczerbaniwicz throwing it on the floor and the fact that it could be replaced. He also considered the nature of the force used by LCol Szczerbaniwicz, his own admission that he may have gone too far in the “anger of the moment”, and the extensive bruises on Ms. Szczerbaniwicz, concluding that

this evidence, taken in the context of the evidence as a whole, supports the conclusion that as a result of his angry state of mind, Lieutenant-Colonel Szczerbaniwicz

et que la blessure ou le préjudice causé, ou qui peut raisonnablement être prévu compte tenu de la force utilisée, n’est pas disproportionnée par rapport à la blessure ou au préjudice qu’on vise à prévenir . . . [p. 113]

[20] Plus récemment, l’approche fondée sur la « proportionnalité » a été qualifiée d’examen pour savoir si la force utilisée avait « été raisonnable dans les circonstances » comme l’a confirmé la juge Charron dans *R. c. Gunning*, 2005 CSC 27, [2005] 1 R.C.S. 627, par. 25, une cause où il était question du par. 41(1). (Voir aussi : *R. c. George* (2000), 145 C.C.C. (3d) 405 (C.A. Ont.), par. 49; *R. c. McKay*, 2009 MBCA 53, 246 C.C.C. (3d) 24, par. 23.)

[21] Le caractère raisonnable « dans les circonstances » tient nécessairement compte de la croyance subjective de l’accusé quant à la nature du danger ou du tort appréhendé; il faut toutefois aussi être en présence de l’élément objectif du moyen de défense : à savoir que la croyance subjective doit être fondée sur des motifs raisonnables. (Voir : *McKay*, par. 23-24; *George*, par. 49-50; *R. c. Born with a Tooth* (1992), 76 C.C.C. (3d) 169 (C.A. Alb.), p. 180; *R. c. Kong*, 2005 ABCA 255, 200 C.C.C. (3d) 19, par. 95-100, pourvoi accueilli pour d’autres motifs, 2006 CSC 40, [2006] 2 R.C.S. 347.)

[22] Le juge du procès a fait exactement ce qui était attendu de lui. Il a déterminé si le lcol Szczerbaniwicz a eu recours « à une force supérieure à la force nécessaire pour protéger son bien » *dans les circonstances* compte tenu *tant* du critère subjectif *que* du critère objectif : d’une part, il a reconnu que, pour le lcol Szczerbaniwicz, le diplôme possédait une valeur sentimentale et symbolique et, d’autre part, il a considéré à la fois le risque de dommage auquel le diplôme a été exposé du fait que M^{me} Szczerbaniwicz l’a lancé sur le sol et le fait qu’il était possible de remplacer le diplôme. Le juge du procès a aussi pris en considération la nature de la force utilisée par le lcol Szczerbaniwicz, son propre aveu qu’il a pu aller trop loin « sous l’impulsion de la colère », ainsi que les nombreuses ecchymoses subies par M^{me} Szczerbaniwicz puis il a conclu comme suit :

. . . compte tenu de l’ensemble de la preuve, cette déclaration permet de conclure que, en raison de la colère qu’il ressentait, le lieutenant-colonel Szczerbaniwicz a

lost his self-control for a short period of time, during which he physically manhandled his spouse, causing her to fall and suffer the bruising injury I have described. [Emphasis added; para. 18.]

[23] This is a case about a husband who lost his temper in an argument and pushed his wife with such force that she landed on the staircase and sustained extensive bruises. He used force because his wife threw to the floor a framed and easily replaced piece of paper of sentimental value. The trial judge found the use of this force in these circumstances to be disproportionate. This conclusion is eminently justified based on the legal and factual contexts.

[24] I would dismiss the appeal.

The reasons of Binnie and Fish JJ. were delivered by

[25] BINNIE J. (dissenting) — The unhappy events at issue in this appeal transpired after the appellant and his wife had been married for 30 years. In August 2006 they were in the process of separating and arranging to move Mrs. Szczerbaniwicz's household effects from Brussels to British Columbia. A domestic row broke out on the morning of August 16. One thing led to another until Mrs. Szczerbaniwicz, standing on the small landing on the way up the main staircase of their house, angrily removed from the wall a university diploma recently earned by the appellant and threw it to the floor. The diploma was much valued by the appellant as a symbol of his accomplishment. The argument continued. Mrs. Szczerbaniwicz then intentionally flicked another framed picture off the wall and it fell down the stairs. The appellant descended the stairs from the upper landing and attempted to “sw[i]ng her around to get her off the diploma”. The narrow point at trial was whether in doing so he used no more force than was necessary to “defend” his personal property within the meaning of s. 39(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which reads:

perdu la maîtrise de lui-même pendant un court laps de temps et il a alors physiquement maltraité son épouse au point de la faire tomber, ce qui a provoqué les ecchymoses que j'ai décrites. [Je souligne; par. 18.]

[23] Il s'agit en l'espèce d'une affaire relative à un mari qui s'est mis en colère durant une querelle et qui a poussé sa femme avec une force telle qu'elle est tombée dans l'escalier et s'est retrouvée avec de nombreuses ecchymoses. Il a utilisé la force parce que sa femme a lancé par terre un bout de papier, encadré et facile à remplacer, qui avait une valeur sentimentale. Le juge du procès a conclu que l'utilisation de cette force, dans ces circonstances, était disproportionnée. Cette conclusion est éminemment justifiée compte tenu des contextes juridiques et factuels.

[24] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Binnie et Fish rendus par

[25] LE JUGE BINNIE (dissident) — Les événements malheureux qui font l'objet du présent pourvoi se sont produits après que l'appelant et son épouse eurent été mariés pendant 30 ans. En août 2006, ils étaient en train de se séparer et prenaient des dispositions en vue de déménager les effets ménagers de M^{me} Szczerbaniwicz se trouvant à Bruxelles en Colombie-Britannique. Une querelle de ménage a éclaté le matin du 16 août. Une chose en amenant une autre, M^{me} Szczerbaniwicz, qui se tenait sur le petit palier se trouvant dans l'escalier principal de leur maison, a dans un geste de colère décroché du mur un diplôme universitaire récemment obtenu par l'appelant et l'a lancé par terre. L'appelant attachait un grand prix à ce diplôme, symbole à ses yeux de sa réussite. La querelle s'est poursuivie. M^{me} Szczerbaniwicz a alors intentionnellement donné un petit coup sur un autre cadre qui s'est décroché du mur et qui a rebondi dans l'escalier. L'appelant a descendu l'escalier depuis le palier du haut et a tenté de [TRADUCTION] « faire pivoter [M^{me} Szczerbaniwicz] pour l'empêcher de piétiner le diplôme ». Le procès a porté uniquement sur la question de savoir si, ce faisant, il n'avait employé que la force nécessaire pour « défendre » son bien, au sens du par. 39(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, dont voici le texte :

39. (1) Every one who is in peaceable possession of personal property under a claim of right, and every one acting under his authority, is protected from criminal responsibility for defending that possession, even against a person entitled by law to possession of it, if he uses no more force than is necessary.

[26] The appellant's position is that the military judge's reasons do not explain any basis on which it could be said beyond a reasonable doubt that he used more force than was necessary. In argument his counsel put the point this way:

It is perhaps the main point that the judge failed to address the central issue as to whether the circumstances justified the force used to protect his property and whether that force was excessive. This is put very succinctly by Justice Lutfy in paragraph 68, where he says:

The military judge did not explain how the pushing or shoving was itself an excessive amount of force, either objectively or subjectively.

(Transcript, at p. 17 (emphasis added))

The sufficiency of the reasons is not a freestanding ground of appeal but is an issue interwoven with the appellant's argument on s. 39(1). The appellant is entitled to know why the defence was rejected. The appellant cites the recent decision of our Court in *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, in which it was held unanimously that reasons for judgment "must be sufficient to fulfill their functions of explaining why the accused was convicted or acquitted, providing public accountability and permitting effective appellate review" (para. 15 (emphasis added)). In my view the military judge's reasons in this case fell short of that standard. With respect, I therefore disagree with the disposition of the appeal by Justice Abella.

I. Facts

[27] The complainant, Mrs. Szczerbaniwicz, acknowledged that her complaint originated in a domestic dispute in which "there was a lot of emotion" (A.R., at p. 60).

39. (1) Quiconque est en possession paisible d'un bien meuble en vertu d'un droit invoqué, de même que celui qui agit sous son autorité, est à l'abri de toute responsabilité pénale en défendant cette possession, même contre une personne qui légalement a droit à la possession du bien en question, s'il n'emploie que la force nécessaire.

[26] L'appelant soutient que les motifs du juge militaire n'expliquent pas sur quel fondement il serait possible de dire hors de doute raisonnable qu'il a employé davantage que la force nécessaire. Voici comment son avocat a exposé cet argument dans la plaidoirie qu'il a prononcée :

[TRADUCTION] L'essentiel est sans doute que le juge a omis de traiter de la question centrale de savoir si les circonstances justifiaient la force utilisée pour protéger son bien et si cette force était excessive. Le juge Lutfy a succinctement évoqué cette question au paragraphe 68 où il affirme :

Le juge militaire n'a pas expliqué comment le fait d'avoir poussé et bousculé constituait en soi un usage d'une force excessive, soit objectivement soit subjectivement.

(Transcription, p. 17 (je souligne))

L'insuffisance des motifs n'est pas un moyen d'appel distinct, c'est plutôt une question liée à l'argument de l'appelant relatif au par. 39(1). L'appelant a le droit de savoir pourquoi le moyen de défense a été rejeté. Il se base sur ce que les juges de la Cour ont affirmé unanimement récemment dans *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, soit que les motifs de jugement « doivent être suffisants pour remplir leurs fonctions qui consistent à expliquer pourquoi l'accusé a été déclaré coupable ou acquitté, rendre compte devant le public et permettre un examen efficace en appel » (par. 15 (je souligne)). À mon avis, les motifs exposés par le juge militaire dans la présente affaire ne satisfaisaient pas à cette norme. Je me vois donc forcé d'être en désaccord avec le résultat auquel en arrive la juge Abella.

I. Les faits

[27] La plaignante, M^{me} Szczerbaniwicz, a reconnu que sa plainte avait son origine dans une querelle de ménage [TRADUCTION] « chargée d'émotion » (d.a., p. 60).

[28] The military judge found that both the appellant and his wife “were attempting to give the court their best recollection of the events” and that “the discrepancies in the versions they g[a]ve are likely attributable to the heightened state of emotions on both sides that were in play on the morning of the 16 August” (2008 CM 2008 (CanLII), at para. 12). He accepted the wife’s version of her fall but made no general finding of credibility in favour of Mrs. Szczerbaniwicz in preference to that of the appellant.

[29] There is no doubt that the appellant applied a measure of physical force to Mrs. Szczerbaniwicz without her consent but the question for the court under s. 39(1) was whether the Crown had established beyond a reasonable doubt that the degree of force exceeded what was reasonably necessary in the circumstances described by Mrs. Szczerbaniwicz herself as follows:

... we just continued to argue He started to go up the stairs and I followed him up the stairs. . . . I was on the landing [where] you turn to the right and go up a next level . . . [a]nd we just continued to argue. And then I looked to the right and Gary had a diploma from when he graduated from his leadership in training, his master’s. And somehow – I don’t remember what I said, but I worked it into the conversation, and I took it off the wall and threw it on the ground. . . . [A.R., at pp. 60-61]

The military judge found that at that point the diploma was “perhaps jumped on” (para. 17).

[30] Mrs. Szczerbaniwicz acknowledged in cross-examination that she appreciated at the time that the diploma was of importance to the appellant:

Q. Okay. When he went up the stairs, you followed him?

A. I did.

Q. Because you wanted to pursue the argument. You were mad. You had raised your voice at him. He

[28] Le juge militaire a conclu que l’appelant comme son épouse « ont tenté de présenter au tribunal le meilleur souvenir qu’ils avaient des événements » et que les « écarts entre les versions qu’ils ont données sont probablement attribuables [. . .] à la grande émotion qu’ils ressentaient tous les deux le matin du 16 août » (2008 CM 2008 (CanLII), par. 12). Il a accepté la version de l’épouse quant à sa chute, mais sur la question de la crédibilité, il n’a tiré aucune conclusion générale favorable à M^{me} Szczerbaniwicz plutôt qu’à l’appelant.

[29] Il ne fait aucun doute que l’appelant a employé une certaine force physique à l’endroit de M^{me} Szczerbaniwicz sans son consentement. La question que le tribunal devait trancher au regard du par. 39(1) était toutefois celle de savoir si le poursuivant avait établi hors de tout doute raisonnable que la force employée dépassait la force raisonnablement nécessaire dans les circonstances, dont M^{me} Szczerbaniwicz elle-même a donné la description suivante :

[TRADUCTION] . . . nous avons continué à nous disputer [. . .] Il a commencé à monter les marches et je l’ai suivi dans l’escalier [. . .] j’étais sur le palier [où] on tourne à droite pour monter jusqu’au prochain palier [. . .] [e]t nous avons simplement continué à nous disputer. Alors, j’ai regardé à droite et Gary avait un diplôme obtenu lorsqu’il a terminé son cours en leadership et en formation, sa maîtrise. Et là, je ne me rappelle pas ce que j’ai dit, mais j’ai introduit ce sujet dans la conversation, et j’ai décroché le diplôme du mur et je l’ai jeté par terre. . . [d.a., p. 60-61]

Le juge militaire est arrivé à la conclusion que, à ce moment-là, la plaignante « a peut-être sauté » sur le diplôme (par. 17).

[30] M^{me} Szczerbaniwicz a reconnu en contre-interrogatoire qu’elle était consciente, au moment des faits, de l’importance que revêtait le diplôme pour l’appelant :

[TRADUCTION]

Q. Bon. Lorsqu’il a monté l’escalier, vous l’avez suivi?

R. Je l’ai suivi.

Q. Parce que vous vouliez poursuivre la querelle. Vous étiez furieuse. Vous aviez élevé le ton. Il a voulu

wanted to avoid and he went upstairs and you followed him and you kept arguing with him. Isn't that right?

A. That would be fair to say. Yes.

Q. And then as he is upstairs, as you stated, or somewhat as you stated, you took the diploma.

A. Uh-huh.

Q. Would you say that this diploma was important to him?

A. I'm sure it had some value to him. Yes.

Q. Yeah. You took it, you looked at him, and you banged in on the floor.

A. Uh-huh. [A.R., at p. 79]

Mrs. Szczerbaniwicz said that she was standing on "a little landing" (A.R., at p. 60) measuring about 3 feet by 3 feet (A.R., at pp. 81-82). After she threw down the diploma, the appellant, she says, was upstairs and yelling and had "raised his fist" and Mrs. Szczerbaniwicz said to him, "Go ahead, hit me if you want to, Gary". And he just went, "Humph" (A.R., at p. 61) and she then went to a framed picture (also hanging on the landing wall)

And I flicked the corner of it, and it fell down the stairs behind and smashed. Like, the glass smashed and the frame broke, and then

i.e. *after* Mrs. Szczerbaniwicz had "flicked" down the *second* framed print

Gary came charging down the stairs at me and just – I don't know how – I don't know how, if he grabbed me or how he did it, but he basically turned me around and pushed me up the stairs . . . [A.R., at p. 61]

Mrs. Szczerbaniwicz acknowledged that her ongoing attack on his property "was intentional on [her] part" (A.R., at p. 81) and that when he came down the stairs, it seems, "[t]here wasn't enough space" for both people on the landing (A.R., at p. 81).

vous échapper et il est monté à l'étage et vous l'avez suivi et vous n'avez pas cessé de vous disputer avec lui. N'est-ce pas exact?

R. On pourrait dire ça. Oui.

Q. Et lorsqu'il était en haut, comme vous l'avez déclaré, ou c'est à peu près ce que vous avez déclaré, vous vous êtes emparée du diplôme.

R. Uh-hum.

Q. Diriez-vous que ce diplôme était important pour lui?

R. Je suis sûre qu'il revêtait une certaine valeur pour lui. Oui.

Q. Ouais. Vous l'avez pris, vous l'avez regardé et vous l'avez violemment projeté au sol.

R. Uh-hum. [d.a., p. 79]

M^{me} Szczerbaniwicz a déclaré qu'elle se trouvait sur [TRADUCTION] « un petit palier » (d.a., p. 60) mesurant environ 3 pieds sur 3 pieds (d.a., p. 81-82). Après qu'elle a lancé le diplôme au sol, l'appelant, dit-elle, était en haut de l'escalier, il hurlait et il avait [TRADUCTION] « le poing levé ». M^{me} Szczerbaniwicz lui a dit : [TRADUCTION] « "Vas-y, frappe-moi si tu veux Gary" et il a juste fait "Humph" » (d.a., p. 61) puis elle s'est dirigée vers un cadre (lui aussi accroché au mur du palier)

[TRADUCTION] Et j'ai donné un petit coup sur le coin du cadre, et il est tombé dans l'escalier derrière moi et il s'est brisé. Je veux dire, la vitre s'est fracassée et le cadre s'est brisé, et là

c'est-à-dire, *après* que M^{me} Szczerbaniwicz a « donné un petit coup » sur la *deuxième* estampe encadrée

Gary a descendu les marches vers moi à toute vitesse et juste – je ne sais pas comment – je ne sais pas comment, est-ce qu'il m'a empoignée ou comment il l'a fait, mais essentiellement il m'a fait pivoter et m'a poussée vers le haut de l'escalier . . . [d.a., p. 61]

M^{me} Szczerbaniwicz a admis que son attaque contre les biens de son mari [TRADUCTION] « était intentionnelle de [sa] part » (d.a., p. 81) et que lorsqu'il a descendu les marches, semble-t-il, [TRADUCTION] « [i]l n'y avait pas assez de place » pour les deux sur le palier (d.a., p. 81).

[31] The military judge concluded from her evidence that she had suffered bruising on her back, legs and elbow but the fact that Mrs. Szczerbaniwicz had some bruises after falling on the staircase does not itself show that the force was excessive in the sense of disproportionate to what was “necessary”. We were advised by counsel that some photographs were taken of Mrs. Szczerbaniwicz’s bruises. The photographs were disclosed to the defence. Neither the prosecution nor the defence put the photographs in evidence at trial or sought to do so on appeal.

II. Analysis

[32] If “the deficiencies in the reasons prevent meaningful appellate review of the correctness of the decision” then reversible error may result (*R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at para. 28). This is precisely the difficulty here identified by the appellant’s counsel:

. . . my friend [the Crown] has said that there were alternatives and that the trial judge had these in mind, that a person could be moved with greater or lesser levels of force and he should not have pushed her that hard. The problem is that the trial judge didn’t say anything about this. This is an area that is not covered at all in the judgment and that Justice Lutfy [dissenting in the court below] focussed on; that he [the military judge] didn’t address the circumstances of the encounter on the stairs, that’s the problem, and that’s why the alternatives were not canvassed at all.

(Transcript, at p. 43 (emphasis added))

[33] Section 39(1) is intended to protect individuals who act in defence of their personal property provided they use no more force than is reasonably “necessary”. What is necessary must not be disproportionate to the injury or harm it is intended to prevent. The accused must have a subjective belief of the necessity, and the belief must be based on reasonable grounds: *R. v. Weare* (1983), 56 N.S.R. (2d) 411 (S.C., App. Div.), at paras. 16-18, and *R. v. Little* (1998), 122 C.C.C. (3d) 365 (Ont. C.A.), at para. 14.

[31] Le juge militaire a conclu de son témoignage qu’elle avait subi des ecchymoses au dos, aux jambes et au coude. Cependant, la présence de quelques ecchymoses sur le corps de M^{me} Szczerbaniwicz après sa chute dans l’escalier n’établit pas en soi que la force était excessive — au sens de disproportionnée au regard de celle qui était « nécessaire ». Nous avons été informés à l’audience que des photos des ecchymoses de M^{me} Szczerbaniwicz avaient été prises. Ces photos ont été communiquées à la défense. Ni le ministère public ni la défense ne les ont produites en preuve lors du procès ou n’ont cherché à les produire en appel.

II. Analyse

[32] Si « les lacunes des motifs font obstacle à un examen valable en appel de la justesse de la décision », il peut en découler une erreur donnant lieu à révision (*R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 28). Il s’agit précisément de la difficulté qu’a relevée ici l’avocat de l’appelant :

[TRADUCTION] . . . mon collègue [le ministère public] a affirmé qu’il existait d’autres possibilités et que le juge du procès les avait en tête, qu’une personne pourrait être déplacée en utilisant un degré de force supérieur ou moindre et qu’il n’aurait pas dû la pousser aussi fort. Le problème, c’est que le juge du procès n’a rien dit à ce sujet. C’est une question dont ne traite pas du tout le jugement et sur laquelle s’est penché le juge Lutfy [dissident en Cour d’appel]; le problème c’est qu’il [le juge militaire] n’a pas traité des circonstances dans lesquelles ont eu lieu les contacts dans l’escalier, et c’est pourquoi il n’a pas du tout été question des autres possibilités.

(Transcription, p. 43 (je souligne))

[33] Le paragraphe 39(1) vise à protéger les personnes qui défendent leurs biens meubles, pourvu qu’elles emploient seulement la force raisonnablement « nécessaire ». La force nécessaire ne doit pas être disproportionnée par rapport au préjudice ou au tort qu’elle vise à prévenir. L’accusé doit croire subjectivement, en se fondant sur des motifs raisonnables, à la nécessité de la force employée : *R. c. Weare* (1983), 56 N.S.R. (2d) 411 (C.S., Div. app.), par. 16-18, et *R. c. Little* (1998), 122 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Ont.), par. 14.

[34] Of course, the appellant's use of force against Mrs. Szczerbaniwicz was both morally objectionable and deeply unfortunate, as was fully recognized in retrospect by the appellant himself, but the issue here is one of criminality. The law says that the appellant was entitled to go to the defence of his property. The legal question before the military judge was whether the appellant was justified under s. 39(1) in using the measure of force that he did.

[35] The prosecution accepts that the appellant was acting in defence of property that was of considerable sentimental importance to him, as Mrs. Szczerbaniwicz fully appreciated at the time. The cases are clear that in these sort of "quick response" situations an accused is not expected to "weigh to a nicety" the exact measure of a defensive action or to stop and reflect upon the precise risk of consequences from such action: *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (Ont. C.A.), at p. 111; *R. v. Kandola* (1993), 80 C.C.C. (3d) 481 (B.C.C.A.), at pp. 489-90, citing *Palmer v. The Queen* (1971), 55 Cr. App. R. 223 (P.C.), at p. 242. The principle is of long standing: *R. v. Ogal* (1928), 50 C.C.C. 71 (Alta. S.C., App. Div.); *R. v. Preston* (1953), 106 C.C.C. 135 (B.C.C.A.), at p. 140, and *R. v. Antley*, [1964] 2 C.C.C. 142 (Ont. C.A.), at p. 147.

[36] The military judge found that Mrs. Szczerbaniwicz fell because she was pushed and that as a result of the fall on a hard-surfaced staircase she suffered injuries. Mrs. Szczerbaniwicz says she weighed about 160 pounds and her husband 170-180 pounds (A.R., at p. 84). She was occupying the existing space while "angrily" taking frames off the wall one after the other and throwing or "flicking" them to the floor. It is not clear how many remained. The Crown asked the appellant in cross-examination about "picture frames" and the appellant replied that they were "kind of following the stair line. The top one would be at the landing level and the next one would have been a little bit down" (A.R., at p. 133). In any event, Mrs. Szczerbaniwicz did not suggest in her evidence that she was about to stop voluntarily. The appellant's

[34] Bien sûr, l'emploi de la force par l'appelant contre M^{me} Szczerbaniwicz était à la fois moralement répréhensible et tout à fait regrettable, comme l'a reconnu sans réserve l'appelant lui-même après coup; cela dit, ce qu'il faut décider en l'espèce, c'est si l'emploi de cette force était criminel. Selon la loi, l'appelant avait le droit de défendre ses biens. La question juridique sur laquelle le juge militaire devait statuer est celle de savoir si l'appelant était fondé, en vertu du par. 39(1), à employer la force qu'il a employée.

[35] Le poursuivant admet que l'appelant défendait un bien revêtu pour lui d'une importance sentimentale considérable, comme le comprenait parfaitement M^{me} Szczerbaniwicz au moment des faits. Il ressort clairement de la jurisprudence que, dans ces situations de « réponse rapide », on n'attend pas de l'accusé qu'il « évalue avec précision » la mesure exacte d'une action défensive ou qu'il s'arrête pour réfléchir au risque précis que cette action entraîne certaines conséquences : *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (C.A. Ont.), p. 111; *R. c. Kandola* (1993), 80 C.C.C. (3d) 481 (C.A.C.-B.), p. 489-490, citant *Palmer c. The Queen* (1971), 55 Cr. App. R. 223 (C.P.), p. 242. Le principe n'est pas nouveau : *R. c. Ogal* (1928), 50 C.C.C. 71 (C.S., Div. app. Alb.); *R. c. Preston* (1953), 106 C.C.C. 135 (C.A.C.-B.), p. 140, et *R. c. Antley*, [1964] 2 C.C.C. 142 (C.A. Ont.), p. 147.

[36] Le juge militaire est arrivé à la conclusion que M^{me} Szczerbaniwicz est tombée parce qu'elle a été poussée et que, par suite de sa chute dans un escalier à surface dure, elle a subi des blessures. M^{me} Szczerbaniwicz dit qu'elle pesait environ 160 livres et son mari, entre 170 et 180 livres (d.a., p. 84). Elle occupait l'espace existant pendant que, « dans un geste de colère », elle décrochait du mur les cadres l'un après l'autre et les lançait par terre ou leur « donnait de petits coups » qui les faisaient tomber. On ne sait pas au juste combien il en restait. En contre-interrogatoire, l'avocat du ministère public a posé des questions à l'appelant concernant « les cadres » et il a répondu qu'ils étaient [TRADUCTION] « en quelque sorte accrochés parallèlement à l'escalier. Celui qui était situé le plus haut était accroché au niveau du palier et le

intervention in defence of his property necessarily involved a physical scuffle of two people on a landing that only had room for one person. The military judge does not question the necessity of the appellant's intervention.

[37] In his reasons, the military judge did cover what *R.E.M.* labels the “what” of the case, i.e. the finding that the use of force was excessive, but he was required by the jurisprudence to go further and describe the “why” he reached the conclusion that he did:

These purposes are fulfilled if the reasons, read in context, show why the judge decided as he or she did. The object is not to show how the judge arrived at his or her conclusion, in a “watch me think” fashion. It is rather to show why the judge made that decision. . . . Doherty J.A. in *Morrissey*, at p. 525, puts it this way: “In giving reasons for judgment, the trial judge is attempting to tell the parties what he or she has decided and why he or she made that decision” (emphasis added). What is required is a logical connection between the “what” — the verdict — and the “why” — the basis for the verdict. [Underlining in original; italics deleted.]

(*R.E.M.*, at para. 17)

In my view the military judge's reasons do not disclose to the appellant or to the appellate court the “logical connection” between the “what” and the “why”. As earlier stated in *Sheppard*:

At the trial level, the reasons justify and explain the result. The losing party knows why he or she has lost. Informed consideration can be given to grounds for appeal. Interested members of the public can satisfy themselves that justice has been done, or not, as the case may be. [para. 24]

We do not know, and the appellant cannot know, *why* the military judge found the intervention disproportionate to what was reasonably required in all circumstances.

suisant un peu plus bas » (d.a., p. 133). Quoi qu'il en soit, M^{me} Szczerbaniwicz n'a pas donné à entendre, dans son témoignage, qu'elle était sur le point d'arrêter volontairement. L'intervention de l'appelant pour défendre ses biens impliquait nécessairement un affrontement corporel entre deux personnes sur un palier où il n'y avait de place que pour une personne. Le juge militaire ne remet pas en question la nécessité de l'intervention de l'appelant.

[37] Dans ses motifs, le juge militaire a indiqué ce qui est appelé dans *R.E.M.* le « résultat » de sa décision, à savoir la conclusion que l'emploi de la force était excessif, mais il était tenu selon la jurisprudence d'aller plus loin et de décrire aussi le « pourquoi » de la conclusion à laquelle il est arrivé :

Ces buts seront atteints si les motifs, considérés dans leur contexte, indiquent pourquoi le juge a rendu sa décision. Il ne s'agit pas d'indiquer comment le juge est parvenu à sa conclusion, ou d'une invitation à « suivre son raisonnement », mais plutôt de révéler pourquoi il a rendu cette décision. [. . .] Le juge Doherty affirme [dans *Morrissey*], à la p. 525 : [TRADUCTION] « En motivant sa décision, le juge de première instance essaie de faire comprendre aux parties le résultat et le pourquoi de sa décision » (je souligne). L'essentiel est d'établir un lien logique entre le « résultat » — le verdict — et le « pourquoi » — le fondement du verdict. [Soulignement dans l'original; italiques supprimés.]

(*R.E.M.*, par. 17)

Selon moi, les motifs du juge militaire n'indiquent pas à l'appelant ou à la juridiction d'appel le « lien logique » entre le « résultat » et le « pourquoi ». Comme la Cour l'avait signalé dans *Sheppard* :

En première instance, les motifs justifient et expliquent le résultat. La partie qui n'a pas gain de cause sait pourquoi elle a perdu. Un examen éclairé des moyens d'appel est alors possible. Les membres du public intéressés peuvent constater que justice a été rendue, ou non, selon le cas. [par. 24]

Nous ne savons pas, et l'appelant ne peut pas savoir, *pourquoi* le juge militaire a considéré l'intervention comme disproportionnée par rapport à ce qui était raisonnablement nécessaire compte tenu de l'ensemble des circonstances.

[38] The military judge was satisfied that the appellant had established the first two of the three elements of the s. 39(1) defence:

I am satisfied that the accused was in peaceable possession of the diploma and that his actions in assaulting his spouse were motivated by his desire to protect his personal property. To my mind, the real issue here is whether in so doing, he used no more force than was necessary to defend his possession. [para. 15]

[39] Lutfy J.A., dissenting in the court below, concluded that the military judge had impermissibly “reasoned backwards” from the injury to a finding of excessive force (2009 CMAC 4, [2009] C.M.A.J. No. 4 (QL), at para. 69), citing *R. v. Spence* (1995), 134 Sask. R. 157 (C.A.), at para. 5; *R. v. C.J.O.*, [2005] O.J. No. 5006 (QL) (S.C.J.), at para. 27, *per* Tulloch J.: “. . . when conducting the analysis of whether the force was reasonable in the circumstances, reasoning backward from the nature of the injuries is an error . . .”; *R. v. Brown*, [2005] O.J. No. 2951 (QL) (S.C.J.), at para. 17, *per* Durno J.: “. . . it would have been wrong for the trial judge to look at the consequences or injuries he accepted the complainant received, and reason back that the force was excessive . . .”; *R. v. Oakoak*, 2008 NUCJ 16 (CanLII), at para. 49, *per* Johnson J.: “. . . it is improper to determine the degree of force used by looking at the end result and then reasoning backwards.” Of course the state of Mrs. Szczerbaniwicz’s injuries was relevant to the determination, but if the military judge believed the injuries were themselves sufficient evidence of “excess” he should have said so and the proposition could then be tested on appeal.

[40] The military judge assigned considerable weight to the appellant’s admission to investigators that he acted in “the anger of the moment” (para. 17). His contrition did him credit but the legal question before the courts was: did the appellant use no more force than was reasonably necessary? It is quite possible that the appellant could meet that

[38] Le juge militaire a estimé que l’appelant avait établi les deux premiers des trois éléments du moyen de défense institué par le par. 39(1) :

Je suis d’avis que l’accusé était en possession paisible du diplôme et que l’agression qu’il a commise à l’en-droit de son épouse était motivée par le désir qu’il avait de protéger son bien personnel. À mon avis, la véritable question qui se pose est de savoir si, en agissant de la sorte, l’accusé a eu recours à une force supérieure à la force nécessaire pour protéger son bien. [par. 15]

[39] Le juge Lutfy, dissident en appel, a conclu que le juge militaire avait, par un « raisonnement inverse » inadmissible, conclu à l’emploi d’une force excessive en raison des blessures subies (2009 CACM 4, [2009] A.C.A.C. n° 4 (QL), par. 69), citant *R. c. Spence*, (1995), 134 Sask. R. 157 (C.A.), par. 5; *R. c. C.J.O.*, [2005] O.J. No. 5006 (QL) (C.S.J.), par. 27, le juge Tulloch : [TRADUCTION] « . . . dans l’analyse visant à déterminer si la force était raisonnable dans les circonstances, le fait de raisonner à l’inverse à partir de la nature des blessures constitue une erreur . . . »; *R. c. Brown*, [2005] O.J. No. 2951 (QL) (C.S.J.), par. 17, le juge Durno : [TRADUCTION] « . . . le juge du procès aurait commis une erreur s’il avait considéré les conséquences ou les blessures qui, selon lui, avaient été subies par la plaignante, et s’il avait raisonné à l’inverse pour conclure que la force était excessive . . . »; *R. c. Oakoak*, 2008 NUCJ 16 (CanLII), par. 49, le juge Johnson : [TRADUCTION] « . . . il ne convient pas de déterminer le degré de force utilisée en examinant le résultat final, et en raisonnant ensuite à l’inverse. » La nature des blessures subies par M^{me} Szczerbaniwicz était bien entendu un élément pertinent pour la détermination de la force employée, mais si le juge militaire était d’avis que les blessures constituaient, en soi, une preuve suffisante de l’« excès de force », il aurait dû le dire et l’assertion aurait pu être examinée en appel.

[40] Le juge militaire a attribué un poids considérable au fait que l’appelant avait admis devant les enquêteurs avoir agi « sous l’impulsion de la colère » (par. 17). Ses remords plaidaient en sa faveur, mais la question de droit devant être tranchée par les tribunaux était celle-ci : l’appelant n’a-t-il employé que la force raisonnablement nécessaire? Il est tout

standard despite the fact that he acted in “the anger of the moment”. If the military judge thought otherwise he should have said so.

[41] The military judge concluded that:

... as a result of his angry state of mind, Lieutenant-Colonel Szczerbaniwicz lost his self-control for a short period of time, during which he physically manhandled his spouse, causing her to fall and suffer the bruising injury I have described. [para. 18]

[42] The word “manhandle”, of course, is an evocative and pejorative term. In its definition, most favourable to the prosecution, it means to “[h]andle (a person) roughly; pull or hustle about” (*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (6th ed. 2007), vol. 1, at p. 1696). This, too, is of little assistance because the appellant was entitled to use the level of force *reasonably necessary* to protect his property. If the level of force required to get her to stop the harm to his property was to “pull” or “push” her, it was not a criminal offence for him to do so. If in the judge’s view a push could *never* be justified, such a categorical approach ought to have been stated and would then be capable of appellate review.

[43] The military judge made no specific finding about where the diploma was at the moment of the push: had it slid out of danger or was it in Mrs. Szczerbaniwicz’s hands or under her feet? The fact that after the event it was more or less undamaged does not mean the force used was excessive: not only is it possible that the lack of damage was purely fortuitous but the evidence does not disclose whether the extent of the damage was apparent by the appellant as he descended the stairs to protect it. I believe that the appellant was entitled to know the gist of the military judge’s reasoning — however skeletal — to the “why” of his conclusion. The

à fait possible que l’appelant ait été en mesure de satisfaire à cette norme tout en ayant agi « sous l’impulsion de la colère ». Si le juge militaire a jugé qu’il en était autrement, il aurait dû le dire.

[41] Le juge militaire est arrivé à la conclusion suivante :

... en raison de la colère qu’il ressentait, le lieutenant-colonel Szczerbaniwicz a perdu la maîtrise de lui-même pendant un court laps de temps et il a alors physiquement maltraité son épouse au point de la faire tomber, ce qui a provoqué les ecchymoses que j’ai décrites. [par. 18]

[42] Si la version française du jugement utilise le mot « maltraiter », la version anglaise utilise le verbe « *manhandle* ». Ces deux termes sont bien sûr évocateurs et péjoratifs. Selon la définition, très favorable au poursuivant, que donne le *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (6^e éd. 2007), vol. 1, p. 1696, de « *manhandle* », il signifie « *[h]andle (a person) roughly; pull or hustle about* » (soit « traiter (une personne) rudement; tirer ou bousculer »). Cela n’est pas non plus d’une grande utilité parce que l’appelant était en droit d’employer la force *raisonnablement nécessaire* pour défendre ses biens. Si la force nécessaire pour obliger son épouse à cesser d’endommager ses biens consistait à la « tirer » ou à la « pousser », il ne commettait pas une infraction en agissant de la sorte. Si, de l’avis du juge, il *ne* pouvait *jamais* être justifié de pousser autrui, cette approche catégorique aurait dû être énoncée et son bien-fondé aurait alors pu être examiné en appel.

[43] Il n’y a dans les motifs du juge militaire aucune conclusion spécifique sur l’endroit où se trouvait le diplôme au moment où M^{me} Szczerbaniwicz a été poussée : avait-il glissé hors de danger, ou se trouvait-il dans ses mains ou sous ses pieds? Le fait qu’il était relativement intact après l’incident ne signifie pas que la force employée était excessive : non seulement il est possible que l’absence de dommages ait été purement fortuite, mais la preuve n’indique pas si l’appelant pouvait constater l’étendue des dommages lorsqu’il a descendu l’escalier afin de protéger son diplôme. Selon moi, l’appelant avait le droit de connaître l’essentiel du raisonnement — même

“why” is not, in my view, apparent from the circumstances.

[44] On a proper application of *R.E.M.*, the appellant was entitled to an explanation of why his evidence, considered in the context of the evidence as a whole, did not raise a reasonable doubt about whether the force he applied exceeded what was reasonably necessary to accomplish the protective purpose of his intervention.

[45] On this ground I would allow the appeal and order a new trial.

Appeal dismissed, BINNIE and FISH JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Office of the Judge Advocate General, Ottawa.

squelettique — suivi par le juge militaire à l'égard du « pourquoi » de sa conclusion. À mon avis, le « pourquoi » ne ressort pas d'une façon évidente des circonstances.

[44] Il ressort de *R.E.M.*, correctement appliqué, que l'appellant avait le droit de se faire expliquer les raisons pour lesquelles les éléments de preuve qu'il a présentés, considérés dans le contexte de l'ensemble de la preuve, ne soulevaient aucun doute raisonnable sur le point de savoir si la force employée par lui était raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif de protection auquel répondait son intervention.

[45] Pour ce motif, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, les juges BINNIE et FISH sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Cabinet du Juge-avocat général, Ottawa.

National Post, Matthew Fraser and Andrew McIntosh *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Alberta, Bell GlobeMedia Inc., Canadian Broadcasting Corporation, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Civil Liberties Association, and Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Canadian Journalists for Free Expression, Canadian Association of Journalists, Professional Writers Association of Canada, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists, Magazines Canada, Canadian Publishers' Council, Book and Periodical Council, Writers' Union of Canada and PEN Canada ("Media Coalition") *Interveners*

INDEXED AS: R. v. NATIONAL POST

2010 SCC 16

File No.: 32601.

2009: May 22; 2010: May 7.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Journalist and confidential source — Document received by confidential source from anonymous sender given to journalist on condition of confidentiality — Document alleged to be forged — Search warrant and assistance order compelling production of document and envelope — Protection of confidential

National Post, Matthew Fraser et Andrew McIntosh *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de l'Alberta, Bell GlobeMedia Inc., Société Radio-Canada, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Association canadienne des libertés civiles, et Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Association canadienne des journalistes, Professional Writers Association of Canada, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Magazines Canada, Canadian Publishers' Council, Book and Periodical Council, Writers' Union of Canada et PEN Canada (« Coalition des médias ») *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. NATIONAL POST

2010 CSC 16

N° du greffe : 32601.

2009 : 22 mai; 2010 : 7 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Journaliste et source confidentielle — Document reçu par une source confidentielle d'un expéditeur anonyme et transmis au journaliste sous une condition de confidentialité — Document prétendu contrefait — Mandat de perquisition et ordonnance d'assistance exigeant la production du document et de

source — Whether guarantee of freedom of expression creates constitutionally entrenched immunity to protect journalists against compelled disclosure of confidential source — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Journalist and confidential source — Document received by confidential source from anonymous sender given to journalist on condition of confidentiality — Document alleged to be forged — Search warrant and assistance order compelling production of document and envelope — Protection of confidential source — Whether search warrant and assistance order reasonable within meaning of s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether newspaper should have been given notice of warrant application to search its premises.

Evidence — Privilege — Journalist and confidential source — Document received by confidential source from anonymous sender given to journalist on condition of confidentiality — Document alleged to be forged — Search warrant and assistance order compelling production of document and envelope — Protection of confidential source — Whether guarantee of freedom of expression creates constitutionally entrenched immunity to protect journalists against compelled disclosure of confidential source — Whether confidential source protected by common law of privilege — If so, whether journalist-confidential source privilege constituted on case-by-case basis — What elements must be established and who bears burden of proof.

Criminal law — Search warrants — Search of newspaper office — Whether newspaper should be given notice of application for search warrant.

The *National Post* employed M as a journalist. M investigated whether C, then Prime Minister of Canada, was improperly involved with a loan from a federally funded bank to a hotel in C's riding which allegedly owed a debt to C's family investment company. X, a secret source, provided M with relevant information in exchange for a blanket, unconditional promise of confidentiality. In 2001, M received a sealed envelope in the mail that contained a document which appeared to be the bank's authorization of its loan to the hotel. If genuine, it could show that C had a conflict of interest in relation to the loan. M faxed copies of the document

l'enveloppe — Protection de la source confidentielle — La garantie de la liberté d'expression accorde-t-elle aux journalistes une immunité constitutionnelle contre la divulgation forcée de leur source confidentielle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Journaliste et source confidentielle — Document reçu par une source confidentielle d'un expéditeur anonyme et transmis au journaliste sous une condition de confidentialité — Document prétendu contrefait — Mandat de perquisition et ordonnance d'assistance exigeant la production du document et de l'enveloppe — Protection de la source confidentielle — Le mandat de perquisition et l'ordonnance d'assistance sont-ils abusifs au sens de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le journal aurait-il dû être avisé de la demande de mandat de perquisition visant ses locaux?

Preuve — Privilège — Journaliste et source confidentielle — Document reçu par une source confidentielle d'un expéditeur anonyme et transmis au journaliste sous une condition de confidentialité — Document prétendu contrefait — Mandat de perquisition et ordonnance d'assistance exigeant la production du document et de l'enveloppe — Protection de la source confidentielle — La garantie de la liberté d'expression accorde-t-elle aux journalistes une immunité constitutionnelle contre la divulgation forcée de leur source confidentielle? — La source confidentielle est-elle protégée par les règles de common law régissant le privilège? — Dans l'affirmative, le privilège du secret des sources confidentielles des journalistes est-il reconnu au cas par cas? — Quels éléments doivent être établis et à qui en incombe le fardeau?

Droit criminel — Mandats de perquisition — Perquisition dans les bureaux d'un journal — Le journal aurait-il dû être avisé de la demande de mandat de perquisition visant ses locaux?

Le *National Post* employait M à titre de journaliste. M a mené une enquête visant à savoir si C, le premier ministre du Canada de l'époque, était impliqué dans un prêt consenti par une banque fédérale à un hôtel, situé dans le comté de C, qui paraissait avoir une dette envers la société d'investissement de la famille de C. X, une source secrète, a transmis des renseignements pertinents à M en échange d'une promesse générale et inconditionnelle de confidentialité. En 2001, M a reçu par la poste une enveloppe scellée contenant un document qui semblait être la copie de l'autorisation par la banque du prêt à l'hôtel. Si le document était authentique, il

to the bank, to the Prime Minister's office, and to a lawyer for the Prime Minister. All three said that the document was a forgery. Shortly thereafter, X met M. X described receiving the document anonymously in the mail, discarding the original envelope, and passing the document on to M in the belief that it was genuine. M was satisfied that X was a reliable source who did not believe that the document was a forgery when he or she forwarded it to M. X feared that fingerprint or DNA analysis might reveal his or her identity and asked M to destroy the document and the envelope. M refused but told X that his undertaking of confidentiality would remain binding as long as he believed that X had not deliberately misled him.

The bank complained to the RCMP and an officer asked the appellants to produce the document and the envelope as physical evidence of the alleged crimes i.e. the forgery itself and the "uttering" (or putting into circulation) of the doctored bank records. They refused and M declined to identify his source.

The officer applied for a search warrant and an assistance order compelling M's editor to assist the police in locating the document and the envelope. He intended to submit them for forensic testing to determine if they carried fingerprints or other identifying markings (including DNA) which might assist in identifying the source of the document. Although the Crown informed the judge that the *National Post* had requested notification of the application, the hearing proceeded *ex parte* and a search warrant and an assistance order were issued.

The warrant and the order provided the appellants with one month before the RCMP could search the *National Post*'s premises and included other terms intended to accommodate the needs of the *National Post* as a media entity. The appellants applied to quash the warrant and assistance order. The reviewing judge held that there was sufficient information to conclude the document was a forgery but that there was only a remote and speculative possibility that disclosure of the document and the envelope would advance a criminal investigation. She set aside the search warrant and the assistance order. The Court of Appeal reversed that decision and reinstated the search warrant and the assistance order. In this Court, the appellants and supporting interveners argued that the warrant and the order should be quashed because they infringe s. 2(b) or s. 8 of the

pourrait démontrer que C se trouvait en conflit d'intérêts par rapport au prêt. M a transmis des copies du document par télécopieur à la banque, au Cabinet du premier ministre et à un avocat du premier ministre. Tous trois ont répondu que le document était contrefait. Peu après, X a rencontré M. X a dit avoir reçu le document par la poste d'une source anonyme, avoir jeté l'enveloppe originale et, le croyant authentique, l'avoir transmis à M. M était convaincu que X était une source fiable qui ne croyait pas le document contrefait au moment où il ou elle l'a transmis à M. X, craignant que des empreintes digitales ou une analyse génétique ne révèlent son identité, a demandé à M de détruire le document et l'enveloppe. M a refusé, mais a dit à X que son engagement de confidentialité demeurerait valide tant qu'il croirait que X ne l'avait pas induit en erreur délibérément.

La banque a porté plainte à la GRC, et un agent a demandé aux appelants de produire le document et l'enveloppe comme éléments de preuve matérielle des prétendues infractions, soit fabrication du faux lui-même et emploi (ou mise en circulation) de documents bancaires contrefaits. Ils ont refusé, et M n'a pas révélé l'identité de sa source.

L'agent a demandé un mandat de perquisition et une ordonnance d'assistance enjoignant au rédacteur en chef de M d'aider la police à trouver le document et l'enveloppe. Il avait l'intention de soumettre ces pièces à une analyse criminalistique afin de déterminer s'ils portaient des empreintes digitales ou d'autres marques distinctives (y compris de l'ADN) pouvant servir à identifier la source du document. Bien que le ministre public ait informé le juge que le *National Post* avait demandé d'être avisé de la demande, le juge a entendu la demande *ex parte* et a décerné un mandat de perquisition et une ordonnance d'assistance.

Le mandat et l'ordonnance prévoyaient un délai d'un mois avant la perquisition par la GRC dans les locaux du *National Post* et d'autres modalités visant à tenir compte des besoins du *National Post* comme organe de presse. Les appelants ont demandé l'annulation du mandat et de l'ordonnance d'assistance. La juge siégeant en révision a conclu qu'il y avait suffisamment de renseignements pour conclure qu'il s'agissait d'un document contrefait, mais il n'existait qu'une faible possibilité hypothétique que la divulgation du document et de l'enveloppe fasse progresser une enquête criminelle. Elle a annulé le mandat de perquisition et l'ordonnance d'assistance. La cour d'appel a infirmé sa décision et rétabli le mandat de perquisition et l'ordonnance d'assistance. Devant notre Cour, les appelants et les intervenants qui les appuient ont fait valoir que le mandat

Canadian Charter of Rights and Freedoms, or because the secret sources are protected by the common law of privilege.

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

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: It is well established that freedom of expression protects readers and listeners as well as writers and speakers. It is in the context of the public right to information about matters of public interest that the legal position of the confidential source or whistleblower must be located. The public has an interest in effective law enforcement. The public also has an interest in being informed about matters of public importance that may only see the light of day through the cooperation of sources who will not speak except on condition of confidentiality. The role of investigative journalism has expanded over the years to help fill what has been described as a democratic deficit in the transparency and accountability of our public institutions. There is a demonstrated need, as well, to shine the light of public scrutiny on the dark corners of some private institutions. The appellants and their expert witnesses make a convincing case that unless the media can offer anonymity in situations where sources would otherwise dry-up, freedom of expression in debate on matters of public interest would be badly compromised. Important stories will be left untold, and the transparency and accountability of our public institutions will be lessened to the public detriment.

In appropriate circumstances, accordingly, the courts will respect a promise of confidentiality given to a secret source by a journalist or an editor. The public's interest in being informed about matters that might only be revealed by secret sources, however, is not absolute. It must be balanced against other important public interests, including the investigation of crime. In some situations, the public's interest in protecting a secret source from disclosure may be outweighed by other competing public interests and a promise of confidentiality will not in such cases justify the suppression of the evidence.

This case involves an attempt by person(s) unknown to dupe the appellants into publishing a document which, on its face, implicated a former Prime Minister

et l'ordonnance devraient être annulés au motif qu'ils portent atteinte à l'al. 2b) ou à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou que les sources secrètes sont protégées par un privilège issu de la common law.

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

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell : Il est bien reconnu que la liberté d'expression protège tant les lecteurs et les auditeurs que les rédacteurs et les orateurs. C'est dans le contexte du droit du public d'être informé des affaires d'intérêt public que doit être envisagée la situation juridique de la source confidentielle ou du dénonciateur d'irrégularités. Le public a un intérêt à l'application effective de la loi. Il a aussi un intérêt à ce que lui soit communiquée l'information sur des sujets importants susceptibles de ne pas être mis au jour sans la collaboration de sources qui ne parleront que sous le couvert de la confidentialité. Le rôle du journalisme d'enquête s'est élargi au fil des ans pour combler ce qui a été décrit comme un déficit démocratique dans la transparence et l'obligation redditionnelle de nos institutions publiques. Il a aussi été démontré qu'il est nécessaire de mettre au jour, à la faveur d'un examen public, les facettes obscures de certaines institutions privées. Les appelants et leurs témoins experts présentent des arguments convaincants pour démontrer que, si les médias ne peuvent assurer l'anonymat dans des situations où les sources se tariraient autrement, la liberté d'expression dans les débats sur des questions d'intérêt public sera grandement compromise. Des faits importants ne seront jamais relatés, et la transparence et l'obligation redditionnelle de nos institutions publiques s'en trouveront amoindries au détriment de l'intérêt public.

Par conséquent, lorsque les circonstances le requièrent, les tribunaux respectent la promesse de confidentialité faite à une source secrète par un journaliste ou un directeur de la rédaction. L'intérêt du public à ce que lui soit communiquée l'information sur des sujets susceptibles de n'être mis au jour qu'avec la collaboration de sources secrètes n'est toutefois pas absolu. Il doit être mis en balance avec d'autres intérêts publics importants, comme la conduite d'enquêtes criminelles. Dans certaines situations, des intérêts publics opposés l'emporteront sur l'intérêt public à protéger la source secrète contre toute divulgation et, en pareil cas, une promesse de confidentialité ne justifiera pas la rétention de la preuve.

L'affaire porte sur une tentative, par une ou plusieurs personnes dont on ne connaît pas l'identité, de bernier les appelants pour les amener à publier un document

of Canada in a serious financial conflict of interest. The appellants were unable to confirm the document's authenticity and the police have reasonable grounds to believe that the document is a forgery. The document and envelope that came into M's possession constitute physical evidence reasonably linked to a serious crime. The police seek to subject this material to forensic analysis. A search to retrieve the physical instrumentality by which the offence was allegedly committed would likely satisfy the test in s. 487 of the *Criminal Code*, even if (as the reviewing judge predicted) forensic analysis of the document and the envelope do not shed light on the identity of the offender. The document and the envelope are not merely pieces of evidence tending to show that a crime has been committed. They constitute the *actus reus* or *corpus delicti* of the alleged offences.

Freedom to publish the news necessarily involves a freedom to gather the news, but each of the many important news gathering techniques, including reliance on secret sources, should not itself be regarded as entrenched in the Constitution. The protection attaching to freedom of expression is not limited to the "mainstream media", but is enjoyed by "everyone" (in the words of s. 2(b) of the *Charter*) who chooses to exercise his or her freedom of expression on matters of public interest. To throw a constitutional immunity around the interactions of such a heterogeneous and ill-defined group of writers and speakers and whichever "sources" they deem worthy of a promise of confidentiality and on whatever terms they may choose to offer it (or, as here, choose to amend it with the benefit of hindsight) would blow a giant hole in law enforcement and other constitutionally recognized values such as privacy. The law needs to provide solid protection against the compelled disclosure of secret sources in appropriate situations, but the history of journalism in this country shows that the purpose of s. 2(b) can be fulfilled without the necessity of implying a constitutional immunity. Accordingly, a judicial order to compel disclosure of a secret source in accordance with the principles of common law privilege would not in general violate s. 2(b).

Although the common law does not recognize a class privilege protecting journalists from compelled disclosure of secret sources, a journalist's claim for protection of secret sources can be assessed properly using the case-by-case model of privilege. The Wigmore criteria provide a workable structure within which to assess,

qui, à première vue, impliquait le premier ministre du Canada de l'époque dans un grave conflit d'intérêts financiers. Les appelants n'ont pas pu confirmer l'authenticité du document et la police a des motifs raisonnables de croire qu'il s'agit d'un faux. Le document et l'enveloppe qui se sont retrouvés en la possession de M constituent des éléments de preuve matérielle raisonnablement liés à un crime grave. La police veut soumettre ces éléments à une analyse criminalistique. Une perquisition visant à découvrir l'instrument matériel de la perpétration de l'infraction reprochée respecterait probablement le critère établi à l'art. 487 du *Code criminel*, même si — comme la juge siégeant en révision l'a prédit — l'analyse criminalistique du document et de l'enveloppe ne révèle pas l'identité du contrevenant. Le document et l'enveloppe ne sont pas de simples éléments de preuve tendant à démontrer qu'un crime a été commis. Ils constituent l'*actus reus* même ou le *corpus delicti* des crimes reprochés.

La liberté de diffuser les informations emporte nécessairement la liberté de recueillir les informations, mais chacune des nombreuses techniques importantes de collecte d'information, dont le recours à des sources secrètes, ne doit pas être considérée en soi comme protégée par la Constitution. La protection accordée à la liberté d'expression ne se limite pas aux « médias traditionnels », mais elle est accordée à « chacun » (aux termes de l'al. 2b) de la *Charte*), soit à quiconque décide d'exercer sa liberté d'expression sur des questions d'intérêt public. Conférer une immunité constitutionnelle aux interactions entre un groupe de rédacteurs et d'orateurs aussi hétérogène et mal défini et toute « source » que ces derniers estiment digne d'une promesse de confidentialité, assortie des conditions qu'ils déterminent (ou, comme en l'espèce, modifient par la suite), aurait pour effet de miner considérablement l'application de la loi et d'autres valeurs constitutionnelles, comme le respect de la vie privée. Le droit doit offrir une solide protection contre la divulgation forcée de l'identité des sources secrètes dans les situations qui le requièrent, mais l'histoire du journalisme au pays démontre que l'objectif de l'al. 2b) peut être atteint sans qu'il soit nécessaire de reconnaître implicitement une immunité constitutionnelle. Par conséquent, une ordonnance judiciaire visant à forcer la divulgation d'une source secrète en conformité avec le privilège de common law ne va généralement pas à l'encontre de l'al. 2b).

Bien que la common law ne reconnaisse pas l'existence d'un privilège générique qui soustrairait les journalistes à l'obligation de divulguer leurs sources secrètes, la revendication par un journaliste d'une protection de ses sources secrètes peut être évaluée à bon droit selon le modèle du privilège fondé sur les circonstances de

in light of society's evolving values, the sometimes-competing interests of free expression and the administration of justice and other values that promote the public interest. This will provide the necessary flexibility and an opportunity for growth that is essential to the proper function of the common law.

The scope of the privilege will depend, as does its very existence, on a case-by-case analysis, and may be total or partial. It is capable, in a proper case, of being asserted against the issuance or execution of a search warrant. A promise of confidentiality will be respected if: the communication originates in a confidence that the identity of the informant will not be disclosed; the confidence is essential to the relationship in which the communication arises; the relationship is one which should be sedulously fostered in the public good; and the public interest in protecting the identity of the informant from disclosure outweighs the public interest in getting at the truth. This approach properly reflects *Charter* values and balances the competing public interests in a context-specific manner.

The media party asking the court to uphold a promise of confidentiality must prove all four criteria and no burden of proof shifts to the Crown. This includes, under the fourth criterion, proving that the public interest in protecting a secret source outweighs the public interest in a criminal investigation. The weighing up under this criterion will also include the nature and seriousness of the offence under investigation, and the probative value of the evidence sought to be obtained measured against the public interest in respecting the journalist's promise of confidentiality. The underlying purpose of the investigation is relevant as well. Until the media have met all four criteria, no privilege arises and the evidence is presumptively compellable and admissible. Therefore, no journalist can give a secret source an absolute assurance of confidentiality.

In this case, the first three of the four criteria are met. The communication originated in confidence and neither the journalist-source relationship nor the communication would have occurred without confidentiality. This type of journalist-source relationship ought to be sedulously fostered given the importance of investigative journalism exploring potential conflicts of interest at the highest levels of government. The appellants,

chaque cas. Le test de Wigmore fournit un cadre pratique pour l'appréciation des intérêts, parfois opposés, à la liberté d'expression et à l'administration de la justice, ainsi que d'autres valeurs d'intérêt public, au gré des changements de la société. Il offre ainsi la souplesse nécessaire et une occasion propice à l'évolution, qui est indispensable au bon fonctionnement de la common law.

Le privilège peut être absolu ou partiel et sa portée dépend, comme son existence même, d'une analyse effectuée au cas par cas. Il peut, dans certains cas, être opposable à la délivrance ou à l'exécution d'un mandat de perquisition. Une promesse de confidentialité sera honorée si : la communication a été transmise confidentiellement avec l'assurance que l'identité de l'informateur ne serait pas divulguée; le caractère confidentiel est essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise; ces rapports devraient, dans l'intérêt public, être entretenus assidûment; et l'intérêt public à protéger l'identité de l'informateur contre la divulgation l'emporte sur l'intérêt public à la découverte de la vérité. Cette façon de procéder reflète bien les valeurs consacrées dans la *Charte* et met les intérêts publics opposés en balance en fonction du contexte.

Le média qui fait valoir une promesse de confidentialité devant le tribunal doit satisfaire aux quatre critères et il n'y a pas inversion du fardeau de la preuve, qui n'incombe en rien au ministère public. Cela vaut notamment à l'égard du quatrième critère qui exige la preuve que l'intérêt public à la protection de la source secrète l'emporte sur l'intérêt public à la conduite d'une enquête criminelle. La pondération requise par ce critère englobe aussi notamment, d'un côté, la nature et la gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête et la valeur probante des éléments qu'on cherche à obtenir et, de l'autre côté, l'intérêt public à ce que la promesse de confidentialité faite par un journaliste soit respectée. Le but sous-jacent de l'enquête est aussi un facteur pertinent. Jusqu'à ce que le média ait satisfait aux quatre volets, aucun privilège ne s'applique; il y a présomption que la preuve est admissible et que le tribunal peut en ordonner la production. Par conséquent, aucun journaliste ne peut donner une garantie de confidentialité absolue à l'une de ses sources.

En l'espèce, les trois premiers des quatre critères sont remplis. La communication s'est faite sous le sceau du secret et il n'y aurait eu ni relation entre le journaliste et sa source ni communication sans garantie de confidentialité. Ce type de relation entre un journaliste et sa source devrait être entretenue assidûment, car il importe que les journalistes d'enquête puissent s'enquérir des conflits d'intérêts potentiels des décideurs au

however, have failed to establish the fourth criterion. The alleged offences are of sufficient seriousness to justify the decision of the police to investigate the criminal allegations. The physical evidence is essential to the police investigation and likely essential as well to any future prosecution. While it is appropriate under this criterion to assess the likely probative value of the evidence sought, the reviewing judge ought not to have pre-empted the forensic investigation by seemingly prejudging the outcome without first considering all the relevant factors in her assessment. DNA analysis is capable of producing results even under exceptionally unpromising circumstances. The police should not be prevented from pursuing well-established modes of forensic analysis of relevant physical evidence on the basis that in the end such analysis may prove to be unsuccessful.

The argument that there is a “fatal disconnect between the envelope, the document, the identity of X and the alleged forgery” hinges on the credibility of X’s story that he or she was not the perpetrator of the forgery, but an innocent recipient, who passed it on to M in good faith. However a denial of criminal involvement is not a sufficient ground to put an end to a serious criminal investigation, even where the intermediate (though not the ultimate) intended victim of the alleged crime happens to be a media organization. The police need not accept X’s anonymous, uncorroborated and self-exculpatory statements to a third party (M) as a reason to terminate their investigation of the physical evidence any more than they need accept the disclaimers of any other potential witness to a crime, especially when the witness may also be the perpetrator.

The media’s ss. 2(b) and 8 *Charter* interests are clearly implicated when the police seek to seize documents in their possession. Even where no privilege is found to exist, warrants and assistance orders against the media must take into account their “special position” and be reasonable in the “totality of circumstances”. It is not sufficient for the Crown merely to establish that the requirements set out in ss. 487.01 and 487.02 of the *Criminal Code* were met. In this case, the conditions governing the search ensured that the media organization would not be unduly impeded by a physical search in the publishing or dissemination of the news. The order contained the usual clause directing that any documents seized be sealed on request. The police had reasonable grounds to believe that criminal offences had been committed and that relevant information would be

plus haut niveau du gouvernement. Les appelants n’ont toutefois pas réussi en l’espèce à établir que le quatrième critère était rempli. Les infractions reprochées sont suffisamment graves pour justifier amplement la décision de la police d’enquêter sur les allégations criminelles. La preuve matérielle est essentielle à l’enquête de la police et probablement essentielle à toute poursuite à venir. Bien qu’il soit approprié, en appliquant ce critère, d’évaluer la valeur probante de la preuve recherchée, la juge siégeant en révision n’aurait pas dû anticiper l’enquête criminalistique en en préjugant apparemment le résultat sans d’abord tenir compte de tous les facteurs pertinents dans son évaluation. L’analyse génétique peut produire des résultats même dans des circonstances très peu prometteuses. La police ne devrait pas être empêchée d’appliquer des méthodes d’analyse bien établies à des éléments de preuve matérielle pertinents simplement parce que l’analyse pourrait, au bout du compte, se révéler infructueuse.

L’argument selon lequel il n’existe « aucun lien entre l’enveloppe, le document, l’identité de X et le prétendu faux, et cette absence de lien est fatale » dépend de la crédibilité du récit de X, qui nie être l’auteur du faux et prétend plutôt avoir reçu le document en toute innocence et l’avoir transmis à M de bonne foi. Toutefois, la dénégation de toute participation à une activité criminelle ne constitue pas une raison suffisante pour mettre un terme à une enquête sur une infraction grave, même si c’est un organe de presse qui est la cible intermédiaire (et non la cible ultime) du prétendu crime. La police n’est pas plus tenue de mettre fin à son enquête sur un élément de preuve matérielle sur la foi des déclarations anonymes, non corroborées et disculpatoires de X à un tiers (M) qu’elle n’est tenue d’ajouter foi aux dénégations de tout autre témoin potentiel, à plus forte raison quand ce dernier pourrait être aussi l’auteur du crime.

Les droits que l’al. 2b) et l’art. 8 de la *Charte* garantissent aux médias sont manifestement en jeu lorsque la police veut saisir des documents en leur possession. Même si l’on ne conclut pas à l’existence d’un privilège, les mandats de perquisition et les ordonnances d’assistance visant les médias doivent tenir compte de leur « situation très particulière » et être raisonnables compte tenu de « l’ensemble des circonstances ». Il ne suffit pas pour le ministère public d’établir que les exigences formelles énoncées aux art. 487.01 et 487.02 du *Code criminel* ont été respectées. En l’espèce, les conditions de la perquisition garantissaient au média qu’il ne serait pas indûment empêché par la perquisition de publier ou de diffuser les informations. L’ordonnance contenait la condition habituelle prévoyant la mise sous scellés sur demande de tout document saisi. Les policiers avaient

obtained. The search warrant was reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

On the facts of this case, the *ex parte* nature of the issuing judge's order is not a ground for setting the warrant aside. There is no jurisdictional requirement to give notice to a media entity of an application for a warrant to search its premises. The media should have an opportunity to argue against a warrant at the earliest reasonable opportunity, but whether and when to provide prior notice remain matters of judicial discretion. Where, as here, a court proceeds *ex parte*, adequate terms must be inserted in the warrant to protect the special position of the media, and to permit the media ample time and opportunity to challenge the warrant.

In this case, the issuing judge was aware that the secret source issue lay at the heart of the controversy, and the appellants' position was fully protected by the terms of the warrant. They have not demonstrated any prejudice on that account. The assistance order also was reasonable. Given the concerted action between M and his editor, it was appropriate to enlist the editor's assistance in locating and producing the concealed documents.

Accordingly, the warrant and assistance order were properly issued and must be complied with even if the result is to disclose the identity of the secret source who, the police have reasonable cause to believe, uttered (and may indeed have created) a forged document.

Per LeBel J.: Claims of journalist-source privilege should be resolved on a case-by-case basis applying the Wigmore criteria, and there is agreement with the majority's weighing of the relevant rights and interests under the fourth criterion of the analysis.

There is agreement with Abella J. that when an application for a search warrant is made against a media organization, there is a presumptive requirement to give notice of the application to the affected organization. The media play a key role in disseminating information and triggering debate on public issues. The process of applying for search warrants should be sensitive to the need to prevent undue or overly intrusive interference in media operations and affected media organizations should be able to raise their concerns at the first

des motifs raisonnables de croire que des infractions criminelles avaient été commises et que des renseignements pertinents seraient obtenus. L'ordonnance de perquisition n'était pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Le caractère *ex parte* de l'ordonnance ne justifie pas l'annulation du mandat au vu des faits de l'affaire. Il n'existe pas d'exigence juridictionnelle d'aviser un média d'une demande de mandat de perquisition visant ses locaux. Les médias devraient avoir la possibilité de faire valoir leurs arguments contre la délivrance d'un mandat à la première occasion raisonnable, mais l'absence ou l'existence et le moment d'un préavis relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge. Lorsque, comme en l'espèce, un tribunal entend une demande *ex parte*, il doit assortir le mandat de conditions adéquates pour protéger la situation très particulière du média et lui donner amplement le temps et la possibilité de justifier l'annulation du mandat.

En l'espèce, le juge qui a décerné le mandat savait que la question des sources secrètes était au cœur de la controverse et la situation des appelants était entièrement protégée par les conditions du mandat. Ils n'ont démontré aucun préjudice à cet égard. L'ordonnance d'assistance était elle aussi raisonnable. Étant donné que M et le rédacteur en chef ont agi de concert, il était approprié de requérir l'assistance du rédacteur en chef pour la recherche et la production des documents cachés.

Par conséquent, le mandat et l'ordonnance d'assistance ont été délivrés régulièrement et doivent être respectés, même au risque que soit dévoilée l'identité de la source secrète dont la police a des motifs raisonnables de croire qu'elle a mis en circulation (et peut-être effectivement créé) un document contrefait.

Le juge LeBel : La revendication du privilège du secret des sources des journalistes doit être tranchée au cas par cas par l'application du test de Wigmore. Il y a accord avec les juges majoritaires sur la pondération des droits et des intérêts pertinents au quatrième critère de l'analyse.

Il y a accord avec la juge Abella selon laquelle une demande de mandat de perquisition contre une organisation médiatique devrait être présumée emporter l'obligation de donner un préavis au média visé. Les médias jouent un rôle essentiel en diffusant l'information et en suscitant des débats sur des questions d'intérêt public. La procédure de demande de mandats de perquisition doit donc tenir compte de la nécessité d'éviter les perturbations indues ou trop envahissantes des activités des médias et permettre à ces derniers d'exprimer leurs

opportunity. The requirement to give notice may be waived in urgent situations, in which case the issuing judge should craft conditions to limit interference with the media organization's operations. In this case, since the lack of notice did not make the search unreasonable and the issuing judge proceeded on the basis of established law, the search warrant should not be quashed.

Per Abella J. (dissenting): Journalist-source privilege should be assessed on a case-by-case basis. The balancing of the interests of the press against other societal interests, such as crime prevention, prosecution and investigation, should be done in accordance with the four Wigmore criteria, infused with *Charter* values. In this case, the search warrant and assistance order should be quashed. The criteria are met, including the fourth criterion, which requires the claimant to demonstrate that the injury that would inure to the relationship by the disclosure of the communications is greater than the benefit thereby gained for the correct disposal of the litigation. The harm caused by the disclosure of the identity of the confidential source in this case is far weightier on the scales than any benefit to the investigation of the crime.

The media's role in disseminating information is pivotal in its contribution to public debate, and the use of confidential sources can be an integral part of the responsible gathering of the news and the communication of matters of public interest. Several jurisdictions have already recognized the importance of confidential sources by granting, legislatively or judicially, some form of qualified privilege to journalists. The chilling effect that could result from the compelled exposure of confidential journalistic sources also cannot be ignored. In the case before us, X's confidentiality was crucial to M's ability to write on a subject of public interest. M had prior positive experiences with X where he had been able to confirm the authenticity of information provided by X via an intermediary. He also took steps to assure himself of X's credibility and integrity in connection with the latest document by asking for a confidential affidavit and telling X that his/her confidentiality would only be protected if M were satisfied that he was not being misled. Where a journalist has taken credible and reasonable steps to determine the authenticity and reliability of a source, one should respect his or her professional judgment and pause before trespassing on the confidentiality which is the source of the relationship. In this case, demonstrable and profound injury to the journalist/source relationship

préoccupations à la première occasion. L'obligation de donner un préavis peut être levée dans des situations urgentes, auquel cas le juge saisi de la demande devrait assortir le mandat de conditions limitant les perturbations dans les activités du média visé. En l'espèce, puisque l'absence de préavis n'a pas rendu la perquisition abusive, et que le juge a appuyé sa décision sur des règles de droit établies, le mandat de perquisition ne doit pas être annulé.

La juge Abella (dissidente) : Le privilège du secret des sources des journalistes devrait être examiné au cas par cas. Il faut soulever les intérêts de la presse par rapport à d'autres intérêts sociétaux comme la prévention, les poursuites et les enquêtes en matière criminelle en fonction des quatre critères énoncés par Wigmore, de manière à refléter les valeurs consacrées par la *Charte*. En l'espèce, le mandat de perquisition et l'ordonnance d'assistance devraient être annulés. Les critères sont remplis, y compris le quatrième, où le demandeur doit démontrer que le préjudice que la divulgation des communications causerait aux rapports entre le journaliste et sa source est plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision. Le préjudice causé par la divulgation de l'identité de la source confidentielle en l'espèce pèse beaucoup plus dans la balance que n'importe quel avantage dont pourrait bénéficier l'enquête criminelle.

En tant que diffuseurs de l'information, les médias jouent un rôle capital par leur contribution au débat public, et le recours à des sources confidentielles peut faire partie intégrante du journalisme responsable dans la collecte d'informations et la communication touchant les questions d'intérêt public. Dans plusieurs États, l'importance des sources confidentielles a été confirmée par des mesures législatives ou des décisions judiciaires reconnaissant une forme quelconque de privilège du secret des sources des journalistes. L'effet de dissuasion qui pourrait découler de la divulgation forcée des sources confidentielles des journalistes ne peut non plus être ignoré. Dans la présente affaire, l'anonymat de X était crucial pour les articles de M sur un sujet d'intérêt public. M avait eu des expériences antérieures positives avec X où il avait été en mesure de confirmer l'authenticité de renseignements fournis par X par le truchement d'un intermédiaire. Il a également pris des mesures pour s'assurer de la crédibilité de X et de son intégrité à l'égard du dernier document reçu en lui demandant de signer un affidavit confidentiel et en lui disant qu'il ne garderait son identité secrète que s'il était convaincu de ne pas avoir été induit en erreur. Lorsqu'un journaliste a pris des mesures raisonnables et crédibles pour vérifier l'authenticité et la fiabilité de sa source, il faut respecter son jugement professionnel et hésiter à compromettre

will result from disclosure of the documents and potentially of the identity of the source.

On the other side of the balancing exercise, the benefits of disclosure range from speculative to negligible. While it is undisputed that the investigation of crime is an important public objective, the evidence sought by the state is of only questionable assistance in this case. The police hoped to find DNA and fingerprint evidence on the envelope and the document which they thought might reveal the identity of the source of the alleged forgery. However, there is a fatal disconnect between the envelope, the document, the identity of X and the alleged forgery. X received the document anonymously and discarded the original envelope in which he/she received the document. Since X does not know the identity of the sender, learning X's identity will yield virtually no evidence that could assist in determining who was responsible for the alleged forgery. Moreover, the more documents are manipulated, the less likely the chances of obtaining fingerprints. Both the document and the envelope had been extensively handled. X is therefore in no position to provide any information of assistance to the investigation and is, in any event, under no legal obligation to speak to the police. The benefit to the forgery investigation of getting the documents is, therefore, at best marginal. The only remaining purpose for learning the confidential source's identity is to discover who created this public controversy. This by itself is not an acceptable basis for interfering with freedom of the press. Lastly, the remote possibility of resolving the debt forgery — a crime of moderate seriousness — is far from sufficiently significant to outweigh the public benefit in protecting a rigorously thorough and responsible press.

A search warrant of media premises is a particularly serious intrusion, and a decision should not be made about its propriety without submissions from the party most affected. The operating presumption should be that the media's unique institutional character entitles it to notice when a search warrant is sought against it unless there are urgent circumstances justifying an *ex parte* hearing. No such notice was given to the *National Post* and there was no such urgency. It therefore lost the opportunity to make timely submissions on the confidential nature of the source and the serious informational gaps in the Information to Obtain. Had the fuller record and their arguments been

la confidentialité à l'origine de la relation. En l'espèce, un préjudice démontrable et grave aux rapports entre le journaliste et sa source résultera de la divulgation des documents et, éventuellement, de l'identité de la source.

De l'autre côté de la balance, les avantages à retirer de la divulgation sont négligeables, voire hypothétiques. Bien qu'il soit incontesté que la conduite d'enquêtes criminelles constitue un objectif public important, les éléments de preuve que l'État cherche à obtenir ne sont que d'une utilité discutable en l'espèce. La police espérait relever sur l'enveloppe et sur le document des empreintes digitales et génétiques susceptibles de révéler l'identité de la source du prétendu faux. Toutefois, il n'y a aucun lien entre l'enveloppe, le document, l'identité de X et le prétendu faux, et cette absence de lien est fatale. X a reçu le document par la poste d'une source anonyme et a jeté l'enveloppe originale dans laquelle il/elle avait reçu le document. Comme X ne connaît pas l'identité de l'expéditeur du document, apprendre l'identité de X ne fournira pratiquement aucune preuve pouvant aider à déterminer qui était responsable du prétendu faux. En outre, plus les documents sont manipulés, moins on a de chances d'y relever des empreintes digitales. Le document et l'enveloppe avaient été tous les deux largement manipulés. Par conséquent, X n'est pas en mesure de fournir de renseignements utiles pour l'enquête et, de toute façon, X n'a pas l'obligation, en droit, de parler à la police. L'obtention des documents représenterait donc tout au plus un avantage minime pour l'enquête sur le faux. L'identification de la source confidentielle n'aurait plus pour but que de découvrir l'identité de la personne à l'origine de cette controverse publique, ce qui ne justifie pas en soi d'entraver la liberté de la presse. Finalement, la faible possibilité de résoudre la question du faux — un crime de gravité modérée — est loin d'être suffisamment importante pour l'emporter sur les avantages pour le public de protéger une presse rigoureusement responsable, qui va au fond des choses.

La perquisition dans les locaux d'un média constitue une intrusion particulièrement grave, et la décision sur l'opportunité de l'autoriser ne devrait pas être rendue sans que le principal intéressé puisse présenter ses observations. Une présomption devrait s'appliquer selon laquelle le caractère institutionnel unique des médias leur donne le droit d'être avisés du dépôt d'une demande de mandat de perquisition les visant à moins de circonstances urgentes justifiant une audience *ex parte*. Le *National Post* n'a bénéficié d'aucun préavis, et de telles circonstances n'existaient pas en l'espèce. Il a par conséquent perdu l'occasion de présenter des observations en temps opportun en ce qui concerne la

known, the outcome of the hearing might have been different.

Cases Cited

By Binnie J.

Referred to: *St. Elizabeth Home Society v. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 230 C.C.C. (3d) 199; *Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572; *Ashworth Hospital Authority v. MGN Ltd.*, [2002] UKHL 29, [2002] 1 W.L.R. 2033; *McGuinness v. Attorney-General of Victoria* (1940), 63 C.L.R. 73; *John Fairfax & Sons Ltd. v. Cojuangco* (1988), 165 C.L.R. 346; *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972); *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *O'Neill v. Canada (Attorney General)* (2006), 213 C.C.C. (3d) 389; *R. v. Murray* (2000), 144 C.C.C. (3d) 289; *Financial Times Ltd. v. The United Kingdom*, [2009] ECHR 2065 (BAILII); *Financial Times Ltd. v. Interbrew*, [2002] EWCA Civ 274 (BAILII), leave to appeal to the House of Lords denied, 9 July 2002; E.C.H.R., *Goodwin v. The United Kingdom* judgment of 27 March 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; *John v. Express Newspapers*, [2000] 3 All E.R. 257; *Sanoma Uitgevers B.V. v. The Netherlands*, E.C.H.R., No. 38224/03, 31 March 2009 (online: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc.en>); *In re Grand Jury Subpoena, Judith Miller*, 397 F.3d 964 (2005); *R. v. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 52 O.R. (3d) 757, leave to appeal dismissed, [2001] 2 S.C.R. vii; *R. v. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 73 O.R. (3d) 241; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860.

By Abella J. (dissenting)

Moysa v. Alberta (Labour Relations Board), [1989] 1 S.C.R. 1572; *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972); *In re Grand Jury Subpoena, Judith Miller*, 397 F.3d 964 (2005); *New York Times Co. v. Gonzales*, 459 F.3d 160 (2006); *X Ltd. v. Morgan-Grampian Ltd.*, [1991] 1 A.C. 1; *Ashworth Hospital Authority v. MGN Ltd.*, [2002]

nature confidentielle de la source et les graves lacunes informationnelles dans la dénonciation en vue d'obtenir un mandat. Si le dossier amplifié et ses arguments avaient été présentés, l'issue de l'audience aurait pu être tout autre.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *St. Elizabeth Home Society c. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 230 C.C.C. (3d) 199; *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572; *Ashworth Hospital Authority c. MGN Ltd.*, [2002] UKHL 29, [2002] 1 W.L.R. 2033; *McGuinness c. Attorney-General of Victoria* (1940), 63 C.L.R. 73; *John Fairfax & Sons Ltd. c. Cojuangco* (1988), 165 C.L.R. 346; *Branzburg c. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972); *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *O'Neill c. Canada (Attorney General)* (2006), 213 C.C.C. (3d) 389; *R. c. Murray* (2000), 144 C.C.C. (3d) 289; *Financial Times Ltd. c. The United Kingdom*, [2009] ECHR 2065 (BAILII); *Financial Times Ltd. c. Interbrew*, [2002] EWCA Civ 274 (BAILII), autorisation d'appel refusée, Chambre des lords, 9 juillet 2002; C.E.D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 27 mars 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; *John c. Express Newspapers*, [2000] 3 All E.R. 257; *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas*, C.E.D.H., n° 38224/03, 31 mars 2009 (en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>); *In re Grand Jury Subpoena, Judith Miller*, 397 F.3d 964 (2005); *R. c. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 52 O.R. (3d) 757, autorisation d'appel rejetée, [2001] 2 R.C.S. vii; *R. c. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 73 O.R. (3d) 241; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Moysa c. Alberta (Labour Relations Board), [1989] 1 R.C.S. 1572; *Branzburg c. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972); *In re Grand Jury Subpoena, Judith Miller*, 397 F.3d 964 (2005); *New York Times Co. c. Gonzales*, 459 F.3d 160 (2006); *X Ltd. c. Morgan-Grampian Ltd.*, [1991] 1 A.C. 1; *Ashworth Hospital Authority c. MGN Ltd.*, [2002]

UKHL 29, [2002] 1 W.L.R. 2033; E.C.H.R., *Goodwin v. The United Kingdom* judgment of 27 March 1996, *Reports of Judgments and Decisions 1996-II*; *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *St. Elizabeth Home Society v. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 230 C.C.C. (3d) 199; *John v. Express Newspapers*, [2000] 3 All E.R. 257; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [2001] 2 A.C. 127; *Ernst v. Belgium* (2004), 39 E.H.R.R. 724; *Voskuil v. Netherlands* (2007), 24 B.H.R.C. 306; *Prosecutor v. Brdjanin and Talic*, ICTY, No. IT-99-36-AR73.9, 11 December 2002; *Van den Biggelaar v. Dohmen/Langenberg*, Hoge Raad der Nederlanden, Judgment of 10 May 1996, NJ 1996/578; *British Steel Corp. v. Granada Television Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 417; *Financial Times Ltd. v. The United Kingdom*, [2009] ECHR 2065 (BAILII); *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Turcotte*, 2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519; *O'Neill v. Canada (Attorney General)* (2006), 213 C.C.C. (3d) 389; *Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487.

Statutes and Regulations Cited

28 C.F.R. § 50.10(a) (2009).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 3, 7, 8, 24(2).
Contempt of Court Act 1981 (U.K.), 1981, c. 49, s. 10.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487, 487.01, 487.02.
Criminal Procedure Act (S. Afr.), No. 51 of 1977, ss. 189, 205.
Free Flow of Information Act of 2009, H.R. 985, 111th Congr. (2009).

Treaties and Other International Instruments

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, art. 10.

Authors Cited

Abramowicz, David. "Calculating the Public Interest in Protecting Journalists' Confidential Sources" (2008), 108 *Colum. L. Rev.* 1949.
 Article 19 and Interights. *Briefing Paper on Protection of Journalists' Sources: Freedom of Expression Litigation Project*, May 1998 (online: www.article19.org/pdfs/publications/right-to-protect-sources.pdf).

UKHL 29, [2002] 1 W.L.R. 2033; C.E.D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 27 mars 1996, *Recueil des arrêts et décisions 1996-II*; *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *St. Elizabeth Home Society c. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 230 C.C.C. (3d) 199; *John c. Express Newspapers*, [2000] 3 All E.R. 257; *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [2001] 2 A.C. 127; *Ernst c. Belgique*, C.E.D.H., n° 33400/96, 15 juillet 2003 (en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>); *Voskuil c. Netherlands* (2007), 24 B.H.R.C. 306; *Procureur c. Brdjanin et Talic*, TPIY, n° IT-99-36-AR73.9, 11 décembre 2002; *Van den Biggelaar v. Dohmen/Langenberg*, Hoge Raad der Nederlanden, jugement du 10 mai 1996, NJ 1996/578; *British Steel Corp. c. Granada Television Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 417; *Financial Times Ltd. c. The United Kingdom*, [2009] ECHR 2065 (BAILII); *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Turcotte*, 2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519; *O'Neill c. Canada (Attorney General)* (2006), 213 C.C.C. (3d) 389; *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487.

Lois et règlements cités

28 C.F.R. § 50.10(a) (2009).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 3, 7, 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487, 487.01, 487.02.
Contempt of Court Act 1981 (R.-U.), 1981, ch. 49, art. 10.
Criminal Procedure Act (Afr. S.), No. 51 of 1977, art. 189, 205.
Free Flow of Information Act of 2009, H.R. 985, 111th Congr. (2009).

Traité et autres instruments internationaux

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 10.

Doctrine citée

Abramowicz, David. « Calculating the Public Interest in Protecting Journalists' Confidential Sources » (2008), 108 *Colum. L. Rev.* 1949.
 Article 19 and Interights. *Briefing Paper on Protection of Journalists' Sources : Freedom of Expression Litigation Project*, May 1998 (online : www.article19.org/pdfs/publications/right-to-protect-sources.pdf).

- Bartlett, Peter. "Australia", in Charles J. Glasser Jr., ed., *International Libel and Privacy Handbook*, 2nd ed. New York: Bloomberg, 2009.
- Brabyn, Janice. "Protection Against Judicially Compelled Disclosure of the Identity of News Gatherers' Confidential Sources in Common Law Jurisdictions" (2006), 69 *Mod. L. Rev.* 895.
- Canadian Association of Journalists. *Guidelines for Investigative Journalism*, approved at the 2004 Annual General Meeting (online: <http://www.eagle.ca/caj/principles/principles-statement-investigative-2004.htm>).
- Editorial. "Shielding a Basic Freedom", *The New York Times*, September 12, 2005, p. A20.
- Freedman, Eric M. "Reconstructing Journalists' Privilege" (2008), 29 *Cardozo L. Rev.* 1381.
- Gora, Joel M. "The Source of the Problem of Sources: The First Amendment Fails the Fourth Estate" (2008), 29 *Cardozo L. Rev.* 1399.
- New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 6th ed., vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 2007, "sedulous".
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
- Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. by Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. Markham, Ont.: Lexis-Nexis, 2009.
- United States. Congressional Research Service. CRS Report for Congress. *Journalists' Privilege to Withhold Information in Judicial and Other Proceedings: State Shield Statutes*, June 27, 2007.
- Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed. Boston: Little, Brown and Co., 1923.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.
- Youm, Kyu Ho. "International and Comparative Law on the Journalist's Privilege: The *Randal* Case as a Lesson for the American Press" (2006), 1 *J. Int'l Media & Ent. L.* 1.
- Association canadienne des journalistes. *Guidelines for Investigative Journalism*, approved at the 2004 Annual General Meeting (online: <http://www.eagle.ca/caj/principles/principles-statement-investigative-2004.htm>).
- Bartlett, Peter. « Australia », in Charles J. Glasser Jr., ed., *International Libel and Privacy Handbook*, 2nd ed. New York : Bloomberg, 2009.
- Brabyn, Janice. « Protection Against Judicially Compelled Disclosure of the Identity of News Gatherers' Confidential Sources in Common Law Jurisdictions » (2006), 69 *Mod. L. Rev.* 895.
- Editorial. « Shielding a Basic Freedom », *The New York Times*, September 12, 2005, p. A20.
- États-Unis. Congressional Research Service. CRS Report for Congress. *Journalists' Privilege to Withhold Information in Judicial and Other Proceedings : State Shield Statutes*, June 27, 2007.
- Freedman, Eric M. « Reconstructing Journalists' Privilege » (2008), 29 *Cardozo L. Rev.* 1381.
- Gora, Joel M. « The Source of the Problem of Sources : The First Amendment Fails the Fourth Estate » (2008), 29 *Cardozo L. Rev.* 1399.
- New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 6th ed., vol. 2. Oxford : Clarendon Press, 2007, « sedulous ».
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto : Irwin Law, 2008.
- Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. by Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. Markham, Ont. : Lexis-Nexis, 2009.
- Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed. Boston : Little, Brown and Co., 1923.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown & Co., 1961.
- Youm, Kyu Ho. « International and Comparative Law on the Journalist's Privilege : The *Randal* Case as a Lesson for the American Press » (2006), 1 *J. Int'l Media & Ent. L.* 1.
- APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Simmons and Gillese JJ.A.), 2008 ONCA 139, 230 C.C.C. (3d) 472, 290 D.L.R. (4th) 655, 56 C.R. (6th) 163, 168 C.R.R. (2d) 193, 234 O.A.C. 101, 89 O.R. (3d) 1, [2008] O.J. No. 744 (QL), 2008 CarswellOnt 1104, setting aside a decision of Benotto J. (2004), 69 O.R. (3d) 427, 19 C.R. (6th) 393, 115 C.R.R. (2d) 65, [2004] O.T.C. 50,
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Simmons et Gillese), 2008 ONCA 139, 230 C.C.C. (3d) 472, 290 D.L.R. (4th) 655, 56 C.R. (6th) 163, 168 C.R.R. (2d) 193, 234 O.A.C. 101, 89 O.R. (3d) 1, [2008] O.J. No. 744 (QL), 2008 CarswellOnt 1104, qui a annulé la décision de la juge Benotto (2004), 69 O.R. (3d) 427, 19 C.R. (6th) 393, 115 C.R.R. (2d) 65, [2004] O.T.C.

[2004] O.J. No. 178 (QL), 2004 CarswellOnt 173. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

Marlys A. Edwardh, John Norris and Jessica Orkin, for the appellants.

Robert Hubbard and Susan Magotiaux, for the respondent.

Cheryl J. Tobias, Q.C., Jeffrey G. Johnston and Robert J. Frater, for the intervener the Attorney General of Canada.

Written submissions only by *Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Jolaine Antonio, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Peter M. Jacobsen and Tae Mee Park, for the intervener Bell GlobeMedia Inc.

Daniel J. Henry, for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation.

Tim Dickson, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Jamie Cameron and Matthew Milne-Smith, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Brian MacLeod Rogers and Iain A. C. MacKinnon, for the interveners the Canadian Newspaper Association, AdIDEM/Canadian Media Lawyers Association, the Canadian Journalists for Free Expression, the Canadian Association of Journalists, the Professional Writers Association of Canada, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists, Magazines Canada, the Canadian Publishers' Council, the Book and Periodical Council, the Writers' Union of Canada and PEN Canada.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] BINNIE J. — The public has the right to every person's evidence. That is the general rule. The

50, [2004] O.J. No. 178 (QL), 2004 CarswellOnt 173. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

Marlys A. Edwardh, John Norris et Jessica Orkin, pour les appelants.

Robert Hubbard et Susan Magotiaux, pour l'intimée.

Cheryl J. Tobias, c.r., Jeffrey G. Johnston et Robert J. Frater, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Gaétan Migneault*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Jolaine Antonio, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Peter M. Jacobsen et Tae Mee Park, pour l'intervenante Bell GlobeMedia Inc.

Daniel J. Henry, pour l'intervenante la Société Radio-Canada.

Tim Dickson, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Jamie Cameron et Matthew Milne-Smith, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Brian MacLeod Rogers et Iain A. C. MacKinnon, pour les intervenants l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, les Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, l'Association canadienne des journalistes, Professional Writers Association of Canada, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Magazines Canada, Canadian Publishers' Council, Book and Periodical Council, Writers' Union of Canada et PEN Canada.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Le public a droit à la preuve émanant de toutes les sources. Voilà la règle

question raised by this appeal is whether the appellants can exempt themselves from this obligation on the basis of a journalistic privilege rooted either in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which guarantees freedom of expression, “including freedom of the press and other media of communication”, or in the common law.

[2] Specifically, the *National Post*, its editor-in-chief and one of its journalists apply to set aside a search warrant obtained from the Ontario Court of Justice authorizing the police to seize what are alleged to be forged bank records and the envelope in which the appellants received the records from secret source(s). The police believe that seizure of the physical documents is essential to proof of the forgery, and that forensic analysis may lead them directly or indirectly to the identity of the perpetrators. The appellants, for their part, seek to protect the identity of their secret source(s), who may or may not be directly implicated in the forgery. If the police are correct, therefore, the documents in the control of the *National Post* and its co-appellants are not merely links in the chain of criminal investigation but constitute in themselves the essential physical evidence of alleged crimes — the forgery itself and the “uttering” (or putting into circulation) of the doctored bank records in the plain brown envelope.

[3] The courts should strive to uphold the special position of the media and protect the media’s secret sources where such protection is in the public interest, but this is not the usual case of journalists seeking to avoid testifying about their secret sources. This is a physical evidence case. It involves what is reasonably believed to be a forged document. Forgery is a serious crime. For the reasons that follow I agree with the Ontario Court of Appeal that the media claim to immunity from production of the physical evidence is not justified in the circumstances disclosed in the evidence before the court even if the end result proves to be information that may lead to the identification

générale. La question soulevée dans le présent pourvoi est celle de savoir si les appelants peuvent se soustraire à leur obligation de fournir un élément de preuve en invoquant un privilège journalistique fondé sur l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* — qui garantit la liberté d’expression, « y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication » — ou issu de la common law.

[2] Plus précisément, le *National Post*, son rédacteur en chef et l’un de ses journalistes demandent l’annulation d’un mandat de perquisition décerné par la Cour de justice de l’Ontario qui autorise les policiers à saisir des documents bancaires qui seraient contrefaits et l’enveloppe dans laquelle une ou des sources secrètes ont transmis ces documents aux appelants. La police estime que la saisie des documents matériels est essentielle pour la preuve de l’infraction de faux et qu’une analyse criminalistique est susceptible de révéler, directement ou indirectement, l’identité des contrevenants. Les appelants, pour leur part, cherchent à protéger l’identité de leur ou leurs sources secrètes, dont on ne sait pas si elles sont directement impliquées dans la commission du faux. Par conséquent, si la police a raison, les documents détenus par le *National Post* et ses co-appellants ne constituent pas seulement un chaînon dans l’enquête criminelle; ils constituent la preuve matérielle essentielle des crimes reprochés — le faux et l’emploi (ou la mise en circulation) des documents bancaires falsifiés dans l’enveloppe brune ordinaire.

[3] Les tribunaux devraient s’efforcer de reconnaître la situation très particulière des médias et protéger leurs sources secrètes lorsqu’une telle protection sert l’intérêt public. Toutefois, il ne s’agit pas en l’espèce d’une affaire typique où des journalistes cherchent à éviter de témoigner sur leurs sources secrètes. Il s’agit d’une affaire portant sur les éléments de preuve matérielle d’une infraction, soit sur un document que l’on a des motifs raisonnables de croire contrefait. Commettre un faux est un crime grave. Pour les motifs qui suivent, je conviens avec la Cour d’appel de l’Ontario que la revendication par les médias d’une immunité les soustrayant à l’obligation de produire la

of the secret source(s). I would dismiss the appeal.

I. Overview

[4] This dispute is a controversy of undoubted public importance. It involves an attempt by a person or persons unknown to dupe the *National Post* into publishing an allegedly forged bank document which, on its face, implicated the then Prime Minister of Canada, Jean Chrétien, in a serious financial conflict of interest. The courts below concluded that the police possess reasonable and probable grounds to believe that the inculpatory entries on the “leaked” document are false. The document, if authentic, would have suggested that at the same time the Prime Minister was said to be exerting influence on the federal Business Development Bank of Canada (“BDBC”) to grant a \$615,000 loan to the Auberge Grand-Mère, a private business in his riding, the Auberge Grand-Mère allegedly owed the Chrétien family investment company \$23,040. Unless the Auberge Grand-Mère could be saved from insolvency, the story went, the debt would likely go unpaid. The Prime Minister’s private financial interest, on this theory of events, conflicted with his public duty. Some in the media referred to cluster of events around the loan controversy as “Shawinigate”.

[5] The public interest in freedom of expression is of immense importance but it is not absolute and in circumstances such as the present it must be balanced against other important public interests, including the investigation and suppression of crime. The courts understand the need in appropriate circumstances to protect from disclosure the identity of secret sources who provide the media, on condition of confidentiality, with information of public interest, but even the journalist Andrew

preuve matérielle n’est pas justifiée dans les circonstances telles qu’elles ont été établies en preuve, même si sa production a pour effet de révéler de l’information susceptible de permettre d’identifier la ou les sources secrètes. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Aperçu

[4] Le litige dont nous sommes saisis est une controverse d’une importance indéniable pour le public. Une ou plusieurs personnes dont on ne connaît pas l’identité auraient tenté de bernier le *National Post* pour l’amener à publier un document bancaire qui aurait été contrefait et qui, à première vue, impliquait le premier ministre du Canada de l’époque, Jean Chrétien, dans un grave conflit d’intérêts financiers. Les juridictions inférieures ont conclu que les policiers ont des motifs raisonnables et probables de croire que les renseignements incriminants figurant dans le document « divulgué clandestinement » sont faux. Le document, s’il était authentique, donnait à croire que le premier ministre aurait cherché à influencer la Banque de développement du Canada (« BDC ») pour qu’elle accorde un prêt de 615 000 \$ à l’Auberge Grand-Mère, une entreprise privée de son comté, à un moment où cette même auberge devait 23 040 \$ à la société d’investissement de la famille Chrétien. On disait aussi que cette dette allait probablement demeurer impayée, à moins qu’on parvienne à préserver l’Auberge Grand-Mère de l’insolvabilité. Selon cette version des faits, les intérêts financiers privés du premier ministre entraient en conflit avec la charge publique qu’il occupait. Certains médias ont employé le terme « Shawinigate » pour désigner les faits entourant le prêt controversé.

[5] L’intérêt public à la liberté d’expression est d’une importance considérable, mais il n’est pas absolu et, dans une situation comme celle-ci, il doit être mis en balance avec d’autres intérêts publics importants, comme la conduite d’enquêtes criminelles et la répression du crime. Les tribunaux reconnaissent la nécessité, dans certaines circonstances, de préserver l’anonymat des personnes qui fournissent des renseignements d’intérêt public aux médias à la condition d’être protégées par une

McIntosh recognized that if his source had provided the document “to deliberately mislead me” the source would no longer be worthy of protection (A.R., vol. 4, p. 1, McIntosh Affidavit, at para. 227). It is true that Mr. McIntosh believed his source to be sincere. Nevertheless, according to Mr. McIntosh, the source acknowledged participation (he or she says innocently) in forwarding the alleged forgery. There would not be many successful criminal investigations if the police were required to accept at face value protestations of innocence by unknown persons relayed at third hand.

[6] The reviewing judge, Benotto J., quashed the warrant in part because she considered it unlikely that the outcome of the forensic analysis of the appellants’ documents would be successful ((2004), 69 O.R. (3d) 427). With respect, I do not think the possibility of failure is a reason to prevent the police from undertaking forensic inquiry by well-established techniques such as DNA analysis of documents which the appellants concede are reasonably linked to the alleged criminal offences. A search to retrieve the physical instrumentality by which the offence was allegedly committed would likely satisfy the test in s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, even if the documents did not shed light on the identity of the offender. Moreover, if Benotto J. is correct, and the envelope is unlikely to identify the confidential source, then there is little public interest in refusing its production to the police.

[7] In terms of the *Charter*, the appellants go too far in claiming a broad immunity from production of physical evidence. A claim that secret sources may be disclosed is not a complete answer to a criminal investigation. I conclude that the warrant in question does not infringe the appellants’ s. 2(b) *Charter* freedom of expression. Nor, in my view, are the documents in question protected by a common law journalistic privilege. Nor, for the reasons to be discussed, does the warrant at issue in this case give rise to an unreasonable search or seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

entente de confidentialité. Toutefois, même le journaliste, Andrew McIntosh, a reconnu que sa source ne mériterait plus d’être protégée si elle lui avait fourni le document [TRADUCTION] « dans le but délibéré de [l]’induire en erreur » (d.a., vol. 4, p. 1, affidavit de M. McIntosh, par. 227). M. McIntosh croyait en la sincérité de sa source. Cependant, aux dires de ce dernier, la source a admis avoir participé (en toute innocence, à ce qu’elle dit) à la transmission du prétendu document contrefait. Peu d’enquêtes criminelles aboutiraient si les policiers étaient tenus d’ajouter foi d’emblée aux protestations d’innocence d’une personne inconnue qui leur sont transmises de troisième main.

[6] La juge Benotto, siégeant en révision, a annulé le mandat notamment parce qu’elle doutait du succès d’une analyse criminalistique des documents détenus par les appelants ((2004), 69 O.R. (3d) 427). Avec égards, je ne crois pas que la possibilité d’un échec soit une raison valable d’empêcher la police de procéder à une analyse criminalistique par des techniques reconnues comme l’analyse génétique d’échantillons prélevés sur des documents dont les appelants ne nient pas le rapport raisonnable avec les infractions reprochées. Une perquisition visant à découvrir l’instrument matériel de la perpétration de l’infraction reprochée respecterait probablement le critère établi à l’art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et ce, même si les documents ne révélaient pas l’identité du contrevenant. En outre, si la juge Benotto a vu juste et qu’il est peu probable que l’enveloppe permette d’identifier la source confidentielle, l’intérêt public ne justifie guère le refus de la remettre à la police.

[7] Au regard de la *Charte*, les appelants vont trop loin en revendiquant une immunité générale les soustrayant à l’obligation de produire des éléments de preuve matérielle. La prétention que des sources secrètes risquent d’être divulguées ne constitue pas une parade complète à une enquête criminelle. Je conclus que le mandat contesté ne porte pas atteinte à la liberté d’expression conférée aux appelants par l’al. 2b) de la *Charte*. De plus, les documents ne sont protégés selon moi par aucun privilège journalistique issu de la common law. Enfin, pour les motifs que j’expliquerai, le mandat en l’espèce n’a

Journalistic privilege is very context specific. The appellants have not, in my view, made out their claim on the facts. The warrant is valid.

II. Facts

[8] The appellant Andrew McIntosh was employed by the *National Post* from August 1998 until February 2005. He took an interest in then Prime Minister Jean Chrétien's involvement with the Grand-Mère Golf Club located in Mr. Chrétien's home riding of St-Maurice, Quebec. His investigation led him to suspect Mr. Chrétien's involvement with a 1997 loan from the BDBC to the Auberge Grand-Mère, a hotel located next to the golf club, and with other federal grants in the riding. During his investigations, Mr. McIntosh contacted a person known to us only as X, but at that time X was unwilling to talk to Mr. McIntosh, even on a confidential basis.

A. *The Secret Source*

[9] However, in the Fall of 2000, another individual known only as Y contacted Mr. McIntosh and indicated that he or she had important information but would only disclose it in return for a promise of confidentiality. Mr. McIntosh was generally authorized by the then editor-in-chief of the *National Post* to give promises of confidentiality and he routinely did so. The editor-in-chief testified that he considers himself a party to such promises of confidentiality. Indeed, the reviewing judge found that “[a]ll of Mr. McIntosh’s work was done with the support of the then Editor-in-Chief” (para. 8).

[10] Mr. McIntosh testified that “[t]he condition I agreed to in order to gain access to these materials was that I would . . . give a blanket, unconditional promise of confidentiality to protect the identity of both X and Y” (McIntosh Affidavit, at para. 156).

entraîné aucune fouille, perquisition ni saisie abusive au sens de l’art. 8 de la *Charte*. Le privilège journalistique est étroitement lié au contexte. Au vu des faits de l’affaire, j’estime que les appelants n’ont pas établi le bien-fondé de leur revendication. Le mandat est donc valide.

II. Les faits

[8] L’appelant, Andrew McIntosh, était employé par le *National Post* du mois d’août 1998 au mois de février 2005. Il s’est alors intéressé au rapport entre le premier ministre de l’époque, Jean Chrétien, et le club de golf Grand-Mère situé dans le comté de M. Chrétien, St-Maurice (Québec). Son enquête l’a amené à soupçonner M. Chrétien d’avoir joué un rôle dans un prêt consenti en 1997 par la BDC à l’Auberge Grand-Mère, un hôtel situé à côté du club de golf, et dans l’octroi d’autres subventions fédérales dans son comté. Au cours de son enquête, M. McIntosh a communiqué avec X, une personne dont nous ne connaissons pas l’identité, mais X ne voulait pas lui parler à cette époque, même à titre confidentiel.

A. *La source secrète*

[9] Toutefois, à l’automne 2000, une autre personne connue seulement comme Y a communiqué avec M. McIntosh et lui a dit détenir des renseignements importants, qu’elle ne divulguerait qu’en échange d’une promesse de confidentialité. Le rédacteur en chef du *National Post* de l’époque avait donné à M. McIntosh l’autorisation générale de promettre la confidentialité et ce dernier le faisait régulièrement. Dans son témoignage, le rédacteur en chef a dit qu’il se considérait lié par ces promesses de confidentialité. En effet, la juge siégeant en révision a conclu que [TRADUCTION] « [t]out le travail de M. McIntosh avait l’aval du rédacteur en chef de l’époque » (par. 8).

[10] M. McIntosh a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Afin d’avoir accès à ces documents, j’ai consenti à donner une promesse générale et inconditionnelle de confidentialité pour protéger l’identité de X et de Y » (affidavit de M. McIntosh, par. 156).

[11] Y told Mr. McIntosh that he was acting on X's behalf and explained that X was willing to provide McIntosh with documents and information concerning the Auberge Grand-Mère loan. Based on materials received from Y, including what appeared to be copies of original documents from BDBC files and information received from other sources, Mr. McIntosh reported in the *National Post* that Mr. Chrétien had called the president of the BDBC and urged approval of the bank loan to Auberge Grand-Mère. When asked by reporters to comment, Mr. Chrétien acknowledged that the story was accurate. Numerous articles followed.

B. *The Plain Brown Envelope*

[12] On April 5, 2001, Mr. McIntosh received a sealed plain brown envelope at the Ottawa Bureau of the *National Post*. The envelope contained a document that appeared to be a copy of a BDBC internal loan authorization for a \$615,000 mortgage to Les Entreprises Yvon Duhaime Inc. (Auberge Grand-Mère) in August 1997. On the face of it, the document purported to show that, at the time it applied for and received the loan, Auberge Grand-Mère listed an outstanding debt of \$23,040 to "JAC Consultants", a Chrétien family investment company. Mr. McIntosh concluded that if the document were genuine, it would represent a major escalation in the Shawinigate story.

[13] To check the authenticity of the document, Mr. McIntosh faxed copies to the BDBC, the Prime Minister's office, and to a lawyer for the Prime Minister. All three said that the document was a forgery. The BDBC sent two letters to the *National Post* on April 6, 2001. The first claimed that the BDBC's records showed no indication of a debt owed to JAC Consultants. In the second letter, the BDBC warned the *National Post* that bank documents were confidential and should not be disclosed. A short time after receiving these letters, Mr. McIntosh put the document and its envelope somewhere, he claims, only he is able to access them.

[11] Y a dit à M. McIntosh qu'il agissait au nom de X et a expliqué que X était disposé à donner à M. McIntosh des documents et des renseignements relatifs au prêt consenti à l'Auberge Grand-Mère. Sur la foi des documents fournis par Y, notamment ce qui semblait être des copies de documents originaux provenant des dossiers de la BDC et des renseignements fournis par d'autres sources, M. McIntosh a écrit dans le *National Post* que M. Chrétien avait téléphoné au président de la BDC et l'avait exhorté à approuver le prêt à l'Auberge Grand-Mère. Questionné par des journalistes à ce propos, M. Chrétien a reconnu la véracité de l'information. De nombreux articles sont parus par la suite.

B. *L'enveloppe brune ordinaire*

[12] Le 5 avril 2001, M. McIntosh a reçu, au bureau du *National Post* à Ottawa, une enveloppe brune ordinaire scellée. L'enveloppe contenait un document qui semblait être la copie d'une autorisation de prêt de la BDC concernant un emprunt hypothécaire de 615 000 \$ consenti à Les Entreprises Yvon Duhaime Inc. (Auberge Grand-Mère) en août 1997. À première vue, le document paraissait démontrer que, au moment où elle a demandé et reçu le prêt, l'Auberge Grand-Mère devait 23 040 \$ à « JAC Consultants », une société d'investissement de la famille Chrétien. M. McIntosh a conclu que, si le document était authentique, il ferait prendre un tournant significatif à l'affaire Shawinigate.

[13] Pour vérifier l'authenticité du document, M. McIntosh en a transmis des copies par télécopieur à la BDC, au Cabinet du premier ministre et à un avocat du premier ministre. Tous ont répondu que le document était contrefait. Le 6 avril 2001, la BDC a envoyé deux lettres au *National Post*. Dans la première, elle indiquait que ses dossiers ne révélaient l'existence d'aucune dette envers JAC Consultants. Dans la seconde, elle avertissait le *National Post* que les documents bancaires étaient confidentiels et ne devaient pas être divulgués. Peu de temps après avoir reçu ces lettres, M. McIntosh a rangé le document et l'enveloppe dans un endroit où, dit-il, lui seul peut y avoir accès.

[14] The Bloc Québécois also received a copy of the BDBC “document” which it photocopied and distributed to its members and others. The story was picked up by some news sources. The police believe, however, that only the *National Post* has an envelope and document that could disclose fingerprint or DNA evidence that might in turn lead to identification of the perpetrator(s) and provide physical evidence of the alleged crime(s).

[15] Since it was unable to confirm the document’s authenticity, the *National Post* hesitated to publish the allegations. However, other news organizations published details about the leaked document and the reference to the alleged \$23,040 loan and eventually the *National Post* picked up the story and reported that the *Globe and Mail*, SunMedia and CTV had already published some details of the alleged bank document, as had the *Ottawa Citizen*.

C. *The Modified Undertaking of Confidentiality*

[16] Sometime during the week after the receipt of the document, X sought a meeting with Mr. McIntosh, who then consulted legal counsel and editors. X confirmed that it was he or she who had sent the envelope and asked that it be destroyed. X expressed concern that the police might try to use it to identify him or her through fingerprint or DNA analysis, and feared that the envelope might link him or her to the bank document now alleged to be a forgery. Mr. McIntosh testified that he told X “that I would not dispose of them. I said this would be both improper and highly unethical given the serious allegation that the document had been forged” (McIntosh Affidavit, at para. 225).

[17] However, as stated earlier, Mr. McIntosh also told X that so long as “I believed that [X] had not provided the document to deliberately mislead me, my undertaking of confidentiality would remain binding. I also told Confidential Source X that

[14] Une copie du « document » de la BDC a également été envoyée au Bloc québécois. Le document a été photocopie et distribué à ses membres et à d’autres personnes. La nouvelle a été reprise par quelques médias. La police croit toutefois que seul le *National Post* détient une enveloppe et un document susceptibles de fournir des éléments de preuve — empreintes digitales ou génétiques — qui pourraient permettre d’identifier le ou les contrevenants et servir de preuve matérielle du crime ou des crimes reprochés.

[15] N’étant pas en mesure de confirmer l’authenticité du document, le *National Post* a hésité à publier les allégations. Toutefois, d’autres organes de presse ont publié certains détails à propos du document divulgué clandestinement et de la mention du prétendu prêt de 23 040 \$. Finalement, le *National Post* a repris la nouvelle et relaté que le *Globe and Mail*, SunMedia et CTV avaient déjà publié certains détails du prétendu document bancaire, tout comme l’*Ottawa Citizen*.

C. *L’engagement de confidentialité modifié*

[16] Au cours de la semaine suivant la réception du document, X a demandé à rencontrer M. McIntosh, lequel a ensuite consulté un avocat et des directeurs de la rédaction. X a confirmé avoir envoyé l’enveloppe et a demandé qu’elle soit détruite. X a dit craindre que la police tente de l’utiliser pour l’identifier par des empreintes digitales ou une analyse génétique et que l’enveloppe puisse le ou la relier au document bancaire que l’on disait maintenant contrefait. Dans son témoignage, M. McIntosh a déclaré : [TRADUCTION] « [J’ai dit à X] que je ne m’en débarrasserais pas. Je lui ai dit que ce serait inapproprié et tout à fait contraire à l’éthique compte tenu de la grave allégation, à savoir que le document était contrefait » (affidavit de M. McIntosh, par. 225).

[17] Rappelons toutefois que M. McIntosh a également dit : [TRADUCTION] « J’ai affirmé [à X] qu’aussi longtemps que je croirais qu’il/elle n’avait pas fourni le document dans le but délibéré de m’induire en erreur, mon engagement de

should irrefutable evidence to the contrary emerge, our agreement of confidentiality would become null and void. X agreed to these terms” (McIntosh Affidavit, at para. 227).

[18] Mr. McIntosh testified that X explained that he or she had received the document in the mail anonymously and had passed it on to Mr. McIntosh in the belief that it was genuine. On at least one other occasion, Mr. McIntosh had been able to confirm the authenticity of documents that X claimed to have received in the same way. In his evidence, Mr. McIntosh said he was satisfied that X was a reliable source and that the loan authorization was genuine. If the loan authorization was a forgery, Mr. McIntosh did not believe X knew that.

D. *The Police Investigation*

[19] In the meantime, the BDBC had complained to the RCMP about the alleged forgery. On June 7, 2001, RCMP Corporal Roland Gallant met with Mr. McIntosh, his editor-in-chief, another editor of the *National Post*, and its legal counsel. Counsel for the *National Post* refused Corporal Gallant’s request to produce the documents. The police officer was told that before becoming aware of the police investigation, Mr. McIntosh had placed the document and envelope in a secure location not on *National Post* premises. Mr. McIntosh declined to identify the secret source.

[20] Corporal Gallant indicated that he would have to apply for a search warrant and assistance order in relation to two offences — forgery (creation of a false document with the intent that it be acted upon as genuine) and uttering a forged document (attempting to cause Mr. McIntosh and the *National Post* to act on the forged loan authorization as if it were genuine). The *National Post* expressed “grave concerns” about the constitutionality of a warrant to disclose a confidential source and requested an *inter partes* hearing on the warrant application.

confidentialité demeurerait valide. J’ai ajouté que si une preuve contraire irréfutable devait apparaître, notre entente de confidentialité serait nulle et sans effet. X a accepté ces conditions » (affidavit de M. McIntosh, par. 227).

[18] Selon la déposition de M. McIntosh, X a expliqué avoir reçu le document par la poste d’une source anonyme et, le croyant authentique, l’avoir ensuite transmis à M. McIntosh. Ce dernier avait déjà pu, au moins une fois, confirmer l’authenticité de documents que X affirmait avoir reçus de la même façon. M. McIntosh a affirmé être convaincu que X était une source fiable et que l’autorisation de prêt était authentique. Si l’autorisation de prêt était un document contrefait, M. McIntosh ne croyait pas que X le savait.

D. *L’enquête policière*

[19] Entre-temps, la BDC avait porté plainte à la GRC au sujet du prétendu document contrefait. Le 7 juin 2001, le caporal Roland Gallant de la GRC a rencontré M. McIntosh, son rédacteur en chef, un autre directeur de la rédaction et l’avocat du *National Post*. L’avocat a refusé de communiquer les documents que le caporal Gallant demandait. Le policier a été informé que M. McIntosh, avant d’apprendre qu’une enquête policière était en cours, avait mis le document et l’enveloppe en lieu sûr, hors des locaux du *National Post*. M. McIntosh a refusé de révéler l’identité de la source secrète.

[20] Le caporal Gallant a indiqué qu’il devrait demander un mandat de perquisition et une ordonnance d’assistance relativement à deux infractions — faux (fabrication d’un faux document avec l’intention qu’on y donne suite comme authentique) et emploi d’un document contrefait (tentative de faire agir M. McIntosh et le *National Post* à l’égard de l’autorisation de prêt contrefaite comme si elle était authentique). Le *National Post* a exprimé « d’importantes réserves » à propos de la constitutionnalité d’un mandat l’obligeant à révéler l’identité d’une source confidentielle et a demandé l’audition *inter partes* de la demande de mandat.

E. *The Search Warrant and Assistance Order*

[21] On July 4, 2002, Corporal Gallant applied to the Ontario Court of Justice for a warrant assistance order stating that the evidence he wished to seize was not available from any other source because the document and envelope formed part of the *actus reus* of these offences and would be required to substantiate any charges. He intended to submit the document and envelope for forensic testing to determine if they had “fingerprints or other identifying markings which might assist in identifying the source of the document”. These other possible identifying markers included saliva, from which a DNA sample could be obtained.

[22] Khawly J. was advised of the desire of the *National Post* for notice and a hearing but decided to proceed *ex parte*. The search warrant and assistance order were issued without written reasons. The intended effect of the assistance order was to require the editor-in-chief of the *National Post* to assist in locating the two documents in question and to make them available to Corporal Gallant.

[23] In relation to procedural protection, the terms of the orders attempted to accommodate the special position of the media. It was provided that the orders were to be served on July 5, 2002. The appellants would thereafter be given a month to consider their position. On August 9, 2002 (or such earlier date as the appellants agreed to) Corporal Gallant was again to attend at the offices of the *National Post* and request production of the BDBC loan authorization and the “associated” brown envelope. The warrant then provided that after waiting two hours (to give the appellants an opportunity for voluntary compliance without prejudice to any subsequent challenge they might see fit to make to the issuance or execution of the warrant) the police officer would then be free to search the *National Post* premises. The police were directed to interfere “as little as possible with the operations of the place being searched and avoid, to the extent

E. *Le mandat de perquisition et l’ordonnance d’assistance*

[21] Le 4 juillet 2002, le caporal Gallant a présenté une demande à la Cour de justice de l’Ontario en vue d’obtenir un mandat et une ordonnance d’assistance, affirmant qu’il ne pouvait obtenir d’une autre source la preuve qu’il désirait saisir parce que le document et l’enveloppe faisaient partie de l’*actus reus* des infractions et étaient nécessaires pour prouver les accusations. Il avait l’intention de soumettre le document et l’enveloppe à une analyse criminalistique afin de déterminer s’ils portaient [TRADUCTION] « des empreintes digitales ou d’autres marques distinctives pouvant servir à identifier la source du document ». Ces autres marques distinctives comprenaient la salive, susceptible de contenir de l’ADN.

[22] Le juge Khawly savait que le *National Post* souhaitait être avisé de la tenue de l’audience et être entendu, mais il a décidé d’entendre la demande *ex parte*. Le mandat de perquisition et l’ordonnance d’assistance ont été décernés sans motifs écrits. L’ordonnance visait à enjoindre au rédacteur en chef du *National Post* d’aider à trouver les deux documents en question et de permettre au caporal Gallant d’y avoir accès.

[23] En fait de protection procédurale, le juge a tenté de tenir compte de la situation très particulière des médias en rédigeant les modalités des ordonnances. Les ordonnances devaient être signifiées le 5 juillet 2002. Les appelants avaient ensuite un mois pour décider comment ils y réagiraient. Le 9 août 2002 (ou à une date antérieure convenue par les appelants), le caporal Gallant devait de nouveau se présenter aux bureaux du *National Post* et demander la production de l’autorisation de prêt de la BDC et de l’enveloppe brune s’y rapportant. Le mandat permettait au policier, après avoir attendu deux heures (pour donner aux appelants la possibilité de se conformer volontairement aux ordonnances sans qu’il soit porté atteinte à leur droit de contester la délivrance ou l’exécution du mandat comme ils le jugeraient indiqué), de fouiller librement les locaux du *National Post*. Les policiers avaient reçu la directive d’entraver [TRADUCTION]

possible, examining any notes, documents, records or lists unconnected with securing the location of the things subject to seizure”. If found, the documents would on request be marked for identification and sealed in a package and delivered for safekeeping to the Ontario Court of Justice. The appellants would then have 14 days to apply “for the continued sealing and return of any things sealed”.

[24] The appellants duly applied to quash the warrant and assistance order. Relying upon a considerably amplified record which included the cross-examination of Mr. McIntosh and the filing of 15 affidavits from experienced journalists on the use and importance of secret sources, Benotto J., the reviewing judge, concluded that while there was “sufficient information to conclude the document was a forgery” (para. 22), there was “only a remote and speculative possibility that the fingerprints were those of the alleged forger” and “[d]isclosure of the document will minimally, if at all, advance the investigation while at the same time damage freedom of expression” (para. 79). Accordingly, she set aside the search warrant and assistance order. Her decision was reversed by the Ontario Court of Appeal on February 29, 2008 in reasons jointly authored by Justices Laskin and Simmons (2008 ONCA 139, 89 O.R. (3d) 1). References will be made in what follows to the reasons of the reviewing judge and the Court of Appeal.

III. Statutory Provisions

[25] *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

« le moins possible les activités du lieu de la perquisition et [d']éviter, dans la mesure du possible, d'examiner des notes, documents, dossiers ou listes sans rapport avec la recherche des objets à saisir ». Sur demande, les documents trouvés devaient être identifiés, placés dans un paquet scellé et confiés à la Cour de justice de l'Ontario. Les appelants disposaient ensuite d'un délai de 14 jours pour demander [TRADUCTION] « que la mise sous scellés soit maintenue et que les objets mis sous scellés soient retournés ».

[24] Les appelants ont demandé en bonne et due forme l'annulation du mandat et de l'ordonnance d'assistance. Après une amplification considérable du dossier, notamment par le contre-interrogatoire de M. McIntosh et le dépôt de 15 affidavits de journalistes d'expérience sur l'utilisation et l'importance de sources secrètes, la juge Benotto, siégeant en révision, a conclu qu'il y avait [TRADUCTION] « suffisamment de renseignements pour conclure qu'il s'agissait d'un document contrefait » (par. 22), mais qu'il n'existait « qu'une faible possibilité hypothétique que les empreintes digitales soient celles de l'auteur du prétendu faux » et que « [l]a divulgation du document ne fera que très peu, voire aucunement, progresser l'enquête, tout en portant atteinte à la liberté d'expression » (par. 79). Par conséquent, elle a annulé le mandat de perquisition et l'ordonnance d'assistance. Sa décision a été infirmée le 29 février 2008 par la Cour d'appel de l'Ontario, dont les motifs ont été rédigés par les juges Laskin et Simmons (2008 ONCA 139, 89 O.R. (3d) 1). Je me reporterai ci-après aux motifs de la juge siégeant en révision et à ceux de la Cour d'appel.

III. Dispositions législatives

[25] *Charte canadienne des droits et libertés*

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

487.01 (1) [Information for general warrant] A provincial court judge, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 may issue a warrant in writing authorizing a peace officer to, subject to this section, use any device or investigative technique or procedure or do any thing described in the warrant that would, if not authorized, constitute an unreasonable search or seizure in respect of a person or a person's property if

(a) the judge is satisfied by information on oath in writing that there are reasonable grounds to believe that an offence against this or any other Act of Parliament has been or will be committed and that information concerning the offence will be obtained through the use of the technique, procedure or device or the doing of the thing;

(b) the judge is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to issue the warrant; and

(c) there is no other provision in this or any other Act of Parliament that would provide for a warrant, authorization or order permitting the technique, procedure or device to be used or the thing to be done.

487.02 [Assistance Order] Where an authorization is given under section 184.2, 184.3, 186 or 188, a warrant is issued under this Act or an order is made under subsection 492.2(2), the judge or justice who gives the authorization, issues the warrant or makes the order may order any person to provide assistance, where the person's assistance may reasonably be considered to be required to give effect to the authorization, warrant or order.

IV. Analysis

[26] The investigation and punishment of crime is vital in a society based on the rule of law but so is the freedom of the press and other media of communication. The general principle that the public has the right to every person's evidence is not absolute. Narrow exceptions have been recognized as necessary to further precisely defined and overriding public interests. Thus the identity of the police informant is shielded from an accused. A civil litigant has no right to know what the opposing party

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

487.01 (1) [Dénonciation pour mandat général] Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l'article 552 peut décerner un mandat par écrit autorisant un agent de la paix, sous réserve du présent article, à utiliser un dispositif ou une technique ou une méthode d'enquête, ou à accomplir tout acte qui y est mentionné, qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive à l'égard d'une personne ou d'un bien :

a) si le juge est convaincu, à la suite d'une dénonciation par écrit faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise et que des renseignements relatifs à l'infraction seront obtenus grâce à une telle utilisation ou à l'accomplissement d'un tel acte;

b) s'il est convaincu que la délivrance du mandat servirait au mieux l'administration de la justice;

c) s'il n'y a aucune disposition dans la présente loi ou toute autre loi fédérale qui prévoit un mandat, une autorisation ou une ordonnance permettant une telle utilisation ou l'accomplissement d'un tel acte.

487.02 [Ordonnance d'assistance] Le juge ou le juge de paix qui a accordé une autorisation en vertu des articles 184.2, 184.3, 186 ou 188, décerné un mandat en vertu de la présente loi ou rendu une ordonnance en vertu du paragraphe 492.2(2) peut ordonner à toute personne de prêter son assistance si celle-ci peut raisonnablement être jugée nécessaire à l'exécution des actes autorisés, du mandat ou de l'ordonnance.

IV. Analyse

[26] La conduite d'enquêtes criminelles et la sanction des crimes sont essentielles dans une société fondée sur la primauté du droit, mais la liberté de la presse et des autres moyens de communication l'est tout autant. Le principe général selon lequel le public a droit à la preuve émanant de toutes les sources n'est pas absolu. Des exceptions restreintes ont été jugées nécessaires au nom d'intérêts publics rigoureusement définis et prépondérants. Par exemple, l'identité de l'indicateur

privately confided to its lawyer. Spouses cannot generally be compelled to testify against each other. Information pertaining to national security and Cabinet confidences may be withheld on the basis of what is called public interest immunity.

[27] The appellants say that the public interest in getting the Shawinigate story before Canadians, which in part relied on the use of confidential sources, outweighs the public interest in pursuing this particular criminal investigation which they imply may have more to do with avenging political embarrassment than vindicating the rule of law. They ask that this Court quash the general warrant and assistance order issued against them, either because it infringes their freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*, or because it is otherwise unreasonable under s. 8, which guarantees “the right to be secure against unreasonable search or seizure”. In any event, they say, the secret sources are protected by the common law of privilege.

A. *The Importance of Confidential Sources*

[28] It is well established that freedom of expression protects readers and listeners as well as writers and speakers. It is in the context of the *public* right to knowledge about matters of public interest that the legal position of the confidential source or whistleblower must be located. The public has an interest in effective law enforcement. The public also has an interest in being informed about matters of importance that may only see the light of day through the cooperation of sources who will not speak except on condition of confidentiality. Benotto J. accepted the evidence that many important controversies were unearthed only because of secret sources (often internal whistleblowers) including:

1. The tainted tuna scandal, that led to the resignation of the Minister of Fisheries in Canada.

de police n'est pas communiquée à un accusé. Une partie à une instance civile n'a pas le droit de savoir ce que la partie adverse a confié à son avocat. En général, les conjoints ne peuvent être contraints à témoigner l'un contre l'autre. L'exception d'intérêt public permet de refuser de divulguer des renseignements relatifs à la sécurité nationale et des documents confidentiels du Cabinet.

[27] Les appelants prétendent que l'intérêt public à ce que l'affaire Shawinigate soit révélée aux Canadiens, ce qui a été fait en partie grâce à des sources confidentielles, l'emporte sur l'intérêt public à la conduite de l'enquête criminelle qui, selon eux, tient peut-être davantage des représailles pour une situation politique embarrassante que de la défense de la primauté du droit. Ils demandent à la Cour d'annuler le mandat général ainsi que l'ordonnance d'assistance délivrés contre eux parce qu'ils portent atteinte à leur liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte* ou parce qu'ils sont par ailleurs abusifs au sens de l'art. 8, qui leur garantit le « droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Quoi qu'il en soit, à leur avis, les sources secrètes sont protégées par un privilège issu de la common law.

A. *L'importance des sources confidentielles*

[28] Il est bien reconnu que la liberté d'expression protège tant les lecteurs et les auditeurs que les rédacteurs et les orateurs. C'est dans le contexte du droit du *public* d'être informé des affaires d'intérêt public que doit être envisagée la situation juridique de la source confidentielle ou du dénonciateur d'irrégularités. Le public a un intérêt à l'application effective de la loi. Il a aussi un intérêt à ce que lui soit communiquée l'information sur des sujets importants susceptibles de n'être mis au jour qu'avec la collaboration de sources qui ne parleront que sous le couvert de la confidentialité. La juge Benotto a retenu la preuve selon laquelle plusieurs controverses importantes ont été mises au jour uniquement grâce à des sources secrètes (souvent, des employés dénonciateurs), notamment :

1. Le scandale du thon avarié, qui a entraîné la démission du ministre des Pêches du Canada.

- | | |
|--|--|
| <p>2. The story that Airbus Industrie paid secret commissions in the sale of Airbus aircraft.</p> <p>3. The book <i>For Services Rendered</i> about the search for a suspected KGB mole in the RCMP Security Service, and CBC's <i>The Fifth Estate</i> program on that mole, code-named "Long Knife".</p> <p>4. Stories dealing with the City of Toronto's health inspection system for restaurants.</p> <p>5. A story describing the operation of an illegal slaughterhouse that created a major health hazard.</p> <p>6. Stories about the fall of Nortel Networks that contrasted optimistic public forecasts by Nortel executives with internal Nortel discussions warning of a potential devastating market downturn.</p> <p>7. Stories about wrongdoing by members of the RCMP security service in early 1977, including a break-in to obtain documents from a left-wing news agency in Montreal, Agence Presse Libre du Québec, illegal wiretaps in Vancouver and pen-registers.</p> | <p>2. L'information selon laquelle Airbus Industrie a payé des commissions secrètes dans le cadre de la vente d'appareils Airbus.</p> <p>3. Le livre intitulé <i>For Services Rendered</i> relatant l'enquête sur un employé du Service de sécurité de la GRC soupçonné d'être un espion au service du KGB et l'émission <i>The Fifth Estate</i> à CBC sur cet espion, dont le nom de code était « Long Knife ».</p> <p>4. Les informations concernant le système d'inspection sanitaire des restaurants de la ville de Toronto.</p> <p>5. L'information décrivant les activités d'un abattoir illégal qui représentait de graves risques pour la santé.</p> <p>6. Les informations sur la chute de Nortel Networks, lesquelles opposaient les prévisions publiques optimistes des dirigeants de Nortel et les discussions au sein de l'entreprise qui appréhendait un repli éventuel dévastateur du marché.</p> <p>7. Les informations sur le comportement répréhensible de membres du Service de sécurité de la GRC au début de 1977, notamment sur une introduction par effraction dans les locaux d'une agence de presse de gauche située à Montréal, l'Agence Presse Libre du Québec, dans le but de découvrir des documents et sur l'utilisation illégale de dispositifs d'écoute à Vancouver et d'enregistreurs de numéros.</p> |
|--|--|

It is important, therefore, to strike the proper balance between two public interests — the public interest in the suppression of crime and the public interest in the free flow of accurate and pertinent information. Civil society requires the former. Democratic institutions and social justice will suffer without the latter.

[29] The media perspective was forcefully put in a 2005 editorial in *The New York Times*:

In such [whistleblowing] cases, press secretaries and public relations people are paid not to give out the

Il est donc important de trouver le juste équilibre entre deux intérêts publics — l'intérêt public à la répression du crime, qu'exige la société civile, et l'intérêt public à la libre circulation d'informations exactes et pertinentes, sans laquelle les institutions démocratiques et la justice sociale seraient affectées.

[29] Le point de vue des médias a été vigoureusement exprimé dans un article du *New York Times* daté de 2005 :

[TRADUCTION] En pareil cas [de dénonciation d'irrégularités], les attachés de presse et les agents des relations

whole story. Instead, inside sources trust reporters to protect their identities so they can reveal more than the official line. Without that agreement and that trust between reporter and source, the real news simply dries up, and the whole truth steadily recedes behind a wall of image-mongering, denial and even outright lies.

(Editorial, “Shielding a Basic Freedom”, *The New York Times*, September 12, 2005, at p. A20)

[30] If a reporter, usually in consultation with an editor, gives an assurance of confidentiality, professional journalistic ethics understandably command that the promise be kept. The courts have long accepted the desirability of avoiding where possible putting a journalist in the position of breaking a promise of confidentiality or being held in contempt of court. See, e.g., *St. Elizabeth Home Society v. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 230 C.C.C. (3d) 199. Nevertheless, most journalistic codes of ethics recognize that the promise of confidentiality cannot be absolute, see, e.g., the Canadian Association of Journalists’ *Guidelines for Investigative Journalism* regarding “[u]se of confidential and anonymous sources”.

[31] Our Court has previously recognized the special position of the news media in two search warrant cases that did not involve secret sources, namely *Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, and *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459. In these cases, Cory J., for the majority, emphasized that a justice of the peace or judge must “consider all of the circumstances in determining whether to exercise his or her discretion to issue a warrant” (*Lessard*, at p. 445 (emphasis added)). The majority of the Court laid down nine principles applicable to media cases, and in particular:

The justice of the peace should ensure that a balance is struck between the competing interests of the state in the investigation and prosecution of crimes and the right to privacy of the media in the course of their news

publiques sont payés pour ne pas dévoiler toute l’information. À l’inverse, les sources internes comptent sur les journalistes pour protéger leur identité de façon à pouvoir faire des révélations qui vont au-delà de la version officielle. Sans cette entente et sans la confiance qui unit un journaliste et sa source, les vraies nouvelles se tarissent, et la vérité cède de plus en plus le pas au jeu de l’image, au déni et même aux mensonges éhontés.

(Éditorial, « Shielding a Basic Freedom », *The New York Times*, 12 septembre 2005, p. A20)

[30] Lorsqu’un journaliste s’engage à préserver la confidentialité, habituellement après avoir consulté le rédacteur en chef, la déontologie journalistique exige naturellement qu’il honore sa promesse. Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps l’opportunité d’éviter, si possible, au journaliste le choix délicat de violer une promesse de confidentialité ou d’être reconnu coupable d’outrage. Voir p. ex. *St. Elizabeth Home Society c. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 230 C.C.C. (3d) 199. Néanmoins, la plupart des codes de déontologie des journalistes reconnaissent que la promesse de confidentialité ne peut être absolue, voir p. ex. *Guidelines for Investigative Journalism* de l’Association canadienne des journalistes à propos du [TRADUCTION] « [r]ecours à des sources confidentielles et anonymes ».

[31] La Cour a déjà reconnu la situation très particulière des médias dans deux affaires concernant des mandats de perquisition auxquelles n’était mêlée aucune source secrète, à savoir *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, et *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459. Dans ces arrêts, le juge Cory, au nom de la majorité, a souligné qu’un juge de paix ou un juge doit « examiner toutes les circonstances pour déterminer s’il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de décerner un mandat » (*Lessard*, p. 445 (je souligne)). Les juges majoritaires de la Cour ont énoncé neuf principes applicables aux affaires concernant les médias, dont les suivants :

Le juge de paix doit s’assurer qu’on a bien pondéré l’intérêt de l’État à découvrir et à poursuivre les criminels et le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans le processus de collecte et de diffusion

gathering and news dissemination. It must be borne in mind that the media play a vital role in the functioning of a democratic society. Generally speaking, the news media will not be implicated in the crime under investigation. They are truly an innocent third party. This is a particularly important factor to be considered in attempting to strike an appropriate balance, including the consideration of imposing conditions on that warrant.

... Although it is not a constitutional requirement, the affidavit material should ordinarily disclose whether there are alternative sources from which the information may reasonably be obtained and, if there is an alternative source, that it has been investigated and all reasonable efforts to obtain the information have been exhausted. [p. 445]

[32] The appellants and their media supporters argue that these principles are too general. The media interest, they say, is not just one of many factors to be taken into account in “all of the circumstances”. The *Charter*, they contend, entitles them to greater protection than *Lessard* and *New Brunswick* provide. Thus, armed with ss. 2(b) and 8 of the *Charter*, the appellants seek a re-examination of the existing law. The Court of Appeal in this case, they say, focussed too narrowly on the needs of law enforcement while downplaying, if not effectively ignoring, the broader public interest in the media being able to play its important role as public watchdog. This skewed perspective led the court, the appellants argue, to relieve the Crown of the usual and appropriate onus of establishing that compelled disclosure in this case was a demonstrable limit on the constitutionally guaranteed freedom of expression in a free and democratic society.

[33] In *Lessard* and *New Brunswick*, the Court accepted that freedom to publish the news necessarily involves a freedom to gather the news. We should likewise recognize in this case the further step that an important element in the news gathering function (especially in the area of investigative

des informations. Il faut se rappeler que les médias jouent un rôle primordial dans le fonctionnement d’une société démocratique. En règle générale, les médias ne sont pas impliqués dans l’acte criminel faisant l’objet de l’enquête. Ils sont vraiment des tiers innocents. C’est un facteur tout particulièrement important à prendre en considération pour essayer de trouver un bon équilibre, notamment en étudiant la possibilité d’assortir ce mandat de certaines conditions.

... Bien qu’il ne s’agisse pas d’une exigence constitutionnelle, l’affidavit devrait ordinairement indiquer s’il y a d’autres sources de renseignements raisonnables et, le cas échéant, qu’elles ont été consultées et que tous les efforts raisonnables pour obtenir les renseignements ont été épuisés. [p. 445]

[32] Les appelants et les médias qui les appuient soutiennent que ces principes sont trop généraux. Selon eux, l’intérêt des médias ne constitue pas seulement l’un des nombreux facteurs parmi « toutes les circonstances » à prendre en considération. Ils prétendent que la *Charte* leur donne droit à une protection supérieure à celle qui leur est accordée suivant *Lessard* et *Nouveau-Brunswick*. Par conséquent, invoquant l’al. 2b) et l’art. 8 de la *Charte*, les appelants demandent le réexamen du droit en vigueur. Selon eux, la Cour d’appel a trop centré son examen sur les exigences de l’application de la loi et a minimisé, voire ignoré dans les faits, l’intérêt public général à ce que les médias puissent jouer leur important rôle d’observateur critique. Les appelants affirment que cette vision tronquée a amené la cour, en l’espèce, à relever le ministère public de la charge qui lui revient habituellement et à juste titre de démontrer que la divulgation forcée, qui porte atteinte à la liberté d’expression garantie par la Constitution, est justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique.

[33] Dans *Lessard* et *Nouveau-Brunswick*, la Cour a reconnu que la liberté de diffuser les informations emporte nécessairement la liberté de recueillir les informations. Dans la présente affaire, nous devrions faire un pas de plus et reconnaître, de la même façon, que la capacité des médias de

journalism) is the ability of the media to make use of confidential sources. The appellants and their expert witnesses make a convincing case that unless the media can offer anonymity in situations where sources would otherwise dry-up, freedom of expression in debate on matters of public interest would be badly compromised. Important stories will be left untold, and the transparency and accountability of our public institutions will be lessened to the public detriment.

[34] Viewed in this light, the law should and does accept that in some situations the public interest in protecting the secret source from disclosure outweighs other competing public interests — including criminal investigations. In those circumstances the courts will recognize an immunity against disclosure of sources to whom confidentiality has been promised.

[35] In light of these preliminary observations I propose to address the relevant questions with respect to the claim of journalist-confidential source privilege in this case in the following order:

- Firstly, how should the journalists' claim for protection of secret sources be characterized in law? In particular, does s. 2(b) of the *Charter* create a constitutionally entrenched immunity to protect journalists against the compelled disclosure of secret sources, and if so, in what circumstances may breaches of such an immunity be justified under s. 1?
- Secondly, if there is no such s. 2(b) immunity, is there nevertheless a common law privilege, to be applied in light of the important public interest in freedom of expression, and if so, is it properly conceived of as a class privilege or a case-by-case privilege?

recourir à des sources confidentielles constitue un élément important de la collecte de l'information (surtout dans le domaine du journalisme d'enquête). Les appelants et leurs témoins experts présentent des arguments convaincants pour démontrer que, si les médias ne peuvent assurer l'anonymat dans des situations où les sources se tariraient autrement, la liberté d'expression dans les débats sur des questions d'intérêt public sera grandement compromise. Des faits importants ne seront jamais relatés, et la transparence et l'obligation redditionnelle de nos institutions publiques s'en trouveront amoindries au détriment du public.

[34] Compte tenu de ce qui précède, le droit devrait accepter — et accepte effectivement — que, dans certaines situations, l'intérêt public à protéger la source secrète contre toute divulgation l'emporte sur les autres intérêts publics — y compris la conduite d'enquêtes criminelles. Dans de telles situations, les tribunaux reconnaissent l'existence d'une immunité contre la divulgation des sources auxquelles on a garanti la confidentialité.

[35] À la lumière de ces observations préliminaires, je propose d'aborder dans l'ordre suivant les questions pertinentes concernant la revendication du privilège du secret des sources des journalistes dans le présent dossier.

- Premièrement, comment doit-on caractériser sur le plan juridique le droit revendiqué par les journalistes de protéger leurs sources secrètes? En particulier, l'al. 2b) de la *Charte* accorde-t-il aux journalistes une immunité constitutionnelle contre la divulgation forcée de leurs sources secrètes et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances une atteinte à cette immunité serait-elle justifiée au sens de l'article premier?
- Deuxièmement, si l'al. 2b) ne confère aucune immunité de la sorte, existe-t-il néanmoins en common law un privilège applicable en raison de l'importance de l'intérêt public à la liberté d'expression et, dans l'affirmative, s'agit-il d'un privilège générique ou d'un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas?

- Thirdly, if the journalist-confidential source privilege is constituted on a case-by-case basis, what are the elements that must be established, and who has the onus to do so? This was the main battleground of this appeal.
- Fourthly, were the elements of a case-by-case privilege established on the expanded record before the reviewing judge here in relation to suppression of the physical evidence described in the general warrant and assistance order?

B. *How Should Journalists' Claims for Protection of Secret Sources Be Characterized in Law?*

[36] The appellants and supporting interveners put forward a number of conceptual models by which to protect the identity of secret sources. None of the parties or interveners asserts an *absolute* protection of sources, but there is a difference of opinion about the provenance of a qualified privilege and its limitations.

(1) The Constitutional Model

[37] The broadest conception was put forward by the intervener Canadian Civil Liberties Association (“CCLA”) supported in part by the intervener the British Columbia Civil Liberties Association (“BCCLA”). In their view, the applicable concept is not a common law privilege but some form of constitutional immunity against compelled disclosure of secret sources. The CCLA argues that a s. 2(b) immunity is established by a claimant showing (i) that he or she is a journalist; (ii) engaged in news gathering activity; (iii) who has acquired information under a promise of confidentiality (transcript, at p. 42). At that point, the CCLA submits, testimonial immunity against disclosure of the source is constitutionally guaranteed subject to the Crown being able to show a countervailing and fact-specific overriding public interest through what the CCLA called “a full press

- Troisièmement, si le privilège du secret des sources confidentielles des journalistes est reconnu au cas par cas, quels éléments doivent être établis et à qui en incombe le fardeau? Il s’agit là de la principale question en litige dans le pourvoi.

- Quatrièmement, les éléments d’un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas ont-ils été établis au vu du dossier amplifié dont disposait la juge siégeant en révision relativement à la rétention des éléments de preuve matérielle décrits dans le mandat général et l’ordonnance d’assistance?

B. *Comment doit-on caractériser sur le plan juridique le droit revendiqué par les journalistes de protéger leurs sources secrètes?*

[36] Les appelants et les intervenants qui les appuient ont présenté plusieurs modèles conceptuels pour la protection de l’identité des sources secrètes. Aucune des parties ni aucun des intervenants ne prétend que les sources bénéficient d’une protection *absolue*, mais les opinions diffèrent sur le fondement et les limites d’une immunité relative.

(1) Le modèle constitutionnel

[37] La conception la plus large a été présentée par l’Association canadienne des libertés civiles (« ACLC »), appuyée en partie par l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (« ALCCB »), intervenantes en l’espèce. À leur avis, le concept applicable n’est pas un privilège issu de la common law, mais une forme d’immunité constitutionnelle contre la divulgation forcée des sources secrètes. L’ACLC fait valoir qu’une immunité fondée sur l’al. 2b) est établie lorsque celui qui la revendique démontre (i) qu’il est journaliste; (ii) qu’il recueille de l’information; (iii) qu’il a obtenu de l’information en promettant la confidentialité (transcription, p. 42). Selon elle, l’immunité testimoniale contre la divulgation de la source est alors garantie par la Constitution, à moins que le ministère public réussisse à démontrer, par ce que l’ACLC appelle [TRADUCTION] « une analyse

Section 1 analysis” (p. 45). Reliance is placed on *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, which recognized the importance of free expression even in the context of ensuring trial fairness. The BCCLA advances a similar series of propositions derived, it argues, from the dissent of McLachlin J. (now Chief Justice) in *Lessard*.

[38] The position of the CCLA and the BCCLA is built on the premise that protection of confidential sources should be treated as if it were an enumerated *Charter* right or freedom. But this is not so. What is protected by s. 2(b) is freedom of expression. News gathering, while not specifically mentioned in the text of s. 2(b) is implicit in news publication, but there are many techniques of news gathering and it carries the argument too far, in my view, to suggest that each of those news gathering techniques (including reliance on secret sources) should itself be regarded as entrenched in the Constitution. Chequebook journalism is also a routine method of gathering the news, but few would suggest that this too should be constitutionalized. Journalists are quick to use long-range microphones, telephoto lenses or electronic means to hear and see what is intended to be kept private (as in the case of then Finance Minister Marc Lalonde whose budget had to be amended because a cameraman captured parts of what were intended to be secret budget documents on Mr. Lalonde’s desk). Such techniques may be important for journalists (who, unlike prosecutors, have to get along without the power of subpoena), but this is not to say that just because they *are* important that news gathering techniques as such are entrenched in the Constitution.

[39] The courts have leaned against conferring constitutional status on testimonial immunities. Even solicitor-client privilege, one of the most ancient and powerful privileges known to our jurisprudence, is generally seen as a “fundamental and substantive rule of law” (*R. v. McClure*, 2001 SCC

de fond en comble en application de l’article premier » (p. 45), qu’un intérêt public prépondérant lié aux faits s’y oppose. Elle s’appuie sur *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, qui a reconnu l’importance de la liberté d’expression même lorsque la garantie d’un procès équitable est en cause. L’ALCCB fait valoir des arguments semblables, qui découlent elle des motifs dissidents de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Lessard*.

[38] La position de l’ACLC et de l’ALCCB repose sur la prémisse que la protection des sources confidentielles devrait être traitée comme s’il s’agissait d’un droit ou d’une liberté expressément visé par la *Charte*. Or, ce n’est pas le cas. C’est la liberté d’expression qui est garantie à l’al. 2b). Même si elle n’est pas expressément mentionnée à l’al. 2b), la collecte de l’information fait implicitement partie de la publication de l’information. Cependant, il existe de nombreuses façons de recueillir l’information et j’estime que la thèse selon laquelle chacune d’elles (y compris le recours à des sources secrètes) serait protégée par la Constitution pousse l’argument trop loin. La pratique qui consiste à rémunérer les sources est aussi une méthode courante de collecte de l’information, mais rares sont ceux qui diraient que cette méthode devrait également être consacrée dans la Constitution. Les journalistes n’hésitent pas à utiliser des micros longue portée, des téléobjectifs ou des appareils électroniques permettant d’entendre et de voir ce qui est censé être privé (comme le budget du ministre des Finances de l’époque, M. Marc Lalonde, qui avait dû être modifié parce qu’un caméraman avait filmé des extraits de documents budgétaires secrets sur le bureau du ministre). De telles techniques sont peut-être importantes pour les journalistes (qui, contrairement aux poursuivants, ne disposent pas du pouvoir de sommation), mais ce n’est pas parce qu’elles le *sont* qu’elles sont protégées par la Constitution.

[39] Les tribunaux ont hésité à élever les immunités testimoniales au rang de protections constitutionnelles. Même le secret professionnel de l’avocat, l’un des privilèges les plus anciens et les plus puissants reconnus dans notre jurisprudence, est en général considéré comme une « règle de droit

14, [2001] 1 S.C.R. 445, at para. 17), rather than as “constitutional” even though solicitor-client privilege is supported by and impressed with the values underlying s. 7 of the *Charter*.

[40] There are cogent objections to the creation of such a “constitutional” immunity. As recently pointed out in *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, the protection attaching to freedom of expression is not limited to the “traditional media”, but is enjoyed by “everyone” (in the words of s. 2(b) of the *Charter*) who chooses to exercise his or her freedom of expression on matters of public interest whether by blogging, tweeting, standing on a street corner and shouting the “news” at passing pedestrians or publishing in a national newspaper. To throw a constitutional immunity around the interactions of such a heterogeneous and ill-defined group of writers and speakers and whichever “sources” they deem worthy of a promise of confidentiality and on whatever terms they may choose to offer it (or, as here, choose to amend it with the benefit of hindsight) would blow a giant hole in law enforcement and other constitutionally recognized values such as privacy.

[41] The law needs to provide solid protection against the compelled disclosure of secret source identities in appropriate situations but the history of journalism in this country shows that the purpose of s. 2(b) can be fulfilled without the necessity of implying a constitutional immunity. Accordingly, a judicial order to compel disclosure of a secret source would not in general violate s. 2(b). There is thus no need on this branch of the case to consider a s. 1 justification.

(2) Class Privilege Model

[42] At common law, privilege is classified as either relating to a class (e.g. solicitor and client privilege) or established on a case-by-case basis. In

fondamentale et substantielle » (*R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 17), plutôt que comme une règle « constitutionnelle », et ce, même si le secret professionnel de l’avocat découle et est empreint des valeurs qui sous-tendent l’art. 7 de la *Charte*.

[40] La reconnaissance d’une telle immunité « constitutionnelle » suscite des objections convaincantes. Comme l’a récemment souligné la Cour dans *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, la protection accordée à la liberté d’expression ne se limite pas aux « médias traditionnels », mais elle est accordée à « chacun » (aux termes de l’al. 2b) de la *Charte*, soit à quiconque décide d’exercer sa liberté d’expression sur des questions d’intérêt public, que ce soit en bloguant ou en microbloguant, en criant les « nouvelles » aux passants ou en publiant un article dans un journal national. Conférer une immunité constitutionnelle aux interactions entre un groupe de rédacteurs et d’orateurs aussi hétérogène et mal défini et toute « source » que ces derniers estiment digne d’une promesse de confidentialité, assortie des conditions qu’ils déterminent (ou, comme en l’espèce, modifient rétrospectivement), aurait pour effet de miner considérablement l’application de la loi et d’autres valeurs constitutionnelles, comme le respect de la vie privée.

[41] Le droit doit offrir une solide protection contre la divulgation forcée de l’identité des sources secrètes dans les situations qui le requièrent, mais l’histoire du journalisme au pays démontre que l’objectif de l’al. 2b) peut être atteint sans qu’il soit nécessaire de reconnaître implicitement une immunité constitutionnelle. Ainsi, une ordonnance judiciaire visant à forcer la divulgation d’une source secrète ne va généralement pas à l’encontre de l’al. 2b). Par conséquent, point n’est besoin, pour trancher cet aspect du pourvoi, d’examiner la question de la justification au sens de l’article premier.

(2) Le modèle du privilège générique

[42] En common law, un privilège est soit générique (p. ex. le secret professionnel de l’avocat) soit reconnu au cas par cas. Dans le cas d’un privilège

a class privilege what is important is not so much the content of the particular communication as it is the protection of the type of relationship. Once the relevant relationship is established between the confiding party and the party in whom the confidence is placed, privilege presumptively cloaks in confidentiality matters properly within its scope without regard to the particulars of the situation. Class privilege necessarily operates in derogation of the judicial search for truth and is insensitive to the facts of the particular case. Anything less than this blanket confidentiality, the cases hold, would fail to provide the necessary assurance to the solicitor's client or the police informant to do the job required by the administration of justice. The law recognizes very few "class privileges" and as Lamer C.J. observed in rejecting the existence of a class privilege for communications passing between pastor and penitent in *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263:

Unless it can be said that the policy reasons to support a class privilege for religious communications are as compelling as the policy reasons which underlay the class privilege for solicitor-client communications, there is no basis for departing from the fundamental "first principle" that all relevant evidence is admissible until proven otherwise. [p. 288]

It is likely that in future such "class" privileges will be created, if at all, only by legislative action.

[43] Journalistic-confidential source privilege has not previously been recognized as a class privilege by our Court (*Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572), and has been rejected by courts in other common law jurisdictions with whom we have strong affinities. The reasons are easily stated. First is the immense variety and degrees of professionalism (or the lack of it) of persons who now "gather" and "publish" news said to be based on secret sources. In contrast to the legal profession there is no formal accreditation process to "licence" the practice of journalism, and no professional organization (such as a law society) to regulate its members and attempt

générique, l'important n'est pas tant le contenu de la communication que la protection du genre de relation. En principe, une fois que la relation nécessaire est établie entre la partie qui se confie et celle à qui elle se confie, les renseignements ainsi confiés sont présumés confidentiels par application du privilège, sans égard aux circonstances. Le privilège générique déroge nécessairement à la recherche judiciaire de la vérité et ne dépend pas des faits de l'espèce. Suivant la jurisprudence, sans cette confidentialité générale, il serait impossible de donner au client de l'avocat ou à l'indicateur de police la garantie nécessaire pour qu'il puisse faire ce que l'administration de la justice exige de lui. Le droit reconnaît très peu de « privilèges génériques » et le juge en chef Lamer a dit ce qui suit en rejetant l'existence d'un privilège générique relatif aux communications entre ministre du culte et fidèle dans *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263 :

À moins que l'on puisse dire que les raisons de principe justifiant l'existence d'un privilège générique en matière de communications religieuses sont aussi sérieuses que les raisons de principe qui sous-tendent le privilège générique en matière de communications entre l'avocat et son client, il n'y a aucun motif de s'écarter du « principe premier » fondamental selon lequel tous les éléments de preuve pertinents sont admissibles jusqu'à preuve du contraire. [p. 288]

Il est probable qu'à l'avenir, tout nouveau privilège « générique » sera créé, le cas échéant, par une intervention législative.

[43] La Cour n'a jamais reconnu le privilège du secret des sources des journalistes comme un privilège générique (*Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572) et des tribunaux d'autres ressorts de common law avec lesquels nous avons de grandes affinités l'ont rejeté. Les raisons en sont simples. La première tient à l'immense diversité et au niveau variable de professionnalisme (ou de non-professionnalisme) des personnes qui, de nos jours, « recueillent » et « publient » des informations qu'elles disent avoir obtenues de sources secrètes. Contrairement aux avocats, les journalistes ne sont assujettis à aucun processus d'agrément officiel pour exercer leur

to maintain professional standards. Nor, given the scope of activity contemplated as journalism in *Grant v. Torstar*, could such an organization be readily envisaged.

[44] A second problem arises in determining the respective rights and immunities of the journalist and the source to whom confidentiality has been promised. In the past, secret sources have voluntarily stepped out from the shadows to reveal themselves (as in the *St. Elizabeth Home* case) with or without the journalist's consent. Is the journalist now to be given the right to object because, for example, disclosure might reveal "journalist methods" and "journalistic networks"? I do not think such a restriction would in general serve the public interest in the search for truth. On the other hand, the source cannot be said to be the holder of the privilege if, as here, the journalist reserves the right to "out" the secret source unilaterally if, in the journalist's personal view, the conditions on which anonymity were offered have not been met. In the case of solicitors and their clients, the privilege clearly belongs to the client. Are we to say that journalistic privilege attaches both to the journalist and the secret source? If so, what happens if they fall into disagreement? It is particularly important in the case of class privilege that the rules be clear in advance to all participants so that they may govern themselves accordingly.

[45] Thirdly, no one has suggested workable criteria for the creation or loss of the claimed immunity. The evidence shows that journalistic practice varies considerably as to when promises of confidentiality are properly made. Many news organizations require the journalist to consult with an editor before making such a promise. Others, including the *National Post*, do not. What would be the criteria for such a class privilege to apply? The various media codes of ethics are themselves in disagreement. In the present case, Mr. McIntosh's original

profession et ils n'appartiennent à aucune organisation professionnelle (comme le barreau) ayant pour fonction de régir la conduite de ses membres et de veiller au respect de normes professionnelles. De plus, compte tenu de la fourchette d'activités définies dans l'arrêt *Grant c. Torstar* comme relevant du journalisme, une telle organisation pourrait difficilement voir le jour.

[44] Une deuxième difficulté consiste à déterminer quels sont les droits et les immunités dont bénéficient respectivement le journaliste et la source à laquelle on a promis la confidentialité. Il est déjà arrivé que des sources secrètes sortent de l'ombre de leur propre gré (comme dans l'affaire *St. Elizabeth Home*) avec ou sans le consentement du journaliste. Doit-on accorder au journaliste le droit de s'y opposer au motif, par exemple, que des « méthodes » et des « réseaux journalistiques » risquent d'être révélés? Je ne crois pas qu'une telle restriction servirait en général l'intérêt public à la recherche de la vérité. En revanche, la source ne saurait être considérée comme le bénéficiaire du privilège si, comme en l'espèce, le journaliste se réserve unilatéralement le droit de révéler son identité dans le cas où, à ses yeux, les conditions de la promesse de confidentialité n'auraient pas été respectées. En ce qui a trait au secret professionnel de l'avocat, le client est sans contredit le bénéficiaire du privilège. Faut-il conclure que le privilège journalistique est l'apanage à la fois du journaliste et de la source secrète? Dans l'affirmative, qu'arrive-t-il s'ils ont un différend? Il est particulièrement important, lorsqu'il s'agit d'un privilège générique, que tous les participants connaissent les règles dès le départ pour pouvoir agir en conséquence.

[45] Troisièmement, aucun critère pratique n'a été proposé pour définir les circonstances entraînant la création ou la perte de l'immunité revendiquée. La preuve révèle des pratiques journalistiques qui varient considérablement quant aux conditions relatives à la conclusion d'ententes de confidentialité valables. En effet, de nombreux organes de presse exigent de leurs journalistes qu'ils consultent un directeur de la rédaction avant de faire une telle promesse. D'autres, comme le *National Post*, ne l'exigent pas. Quels critères serviraient à déterminer

“blanket, unconditional promise of confidentiality to protect the identity of both X and Y” (McIntosh Affidavit, at para. 156 (emphasis added)) became burdened with an important condition. It was retroactively modified by Mr. McIntosh to last only so long as Mr. McIntosh personally “believed that [X] had not provided the document to deliberately mislead me” (para. 227). Mr. McIntosh says his secret source agreed to this modification, but at that point he or she was not in much of a bargaining position having already delivered up the documents to the appellants. What are the limits to retroactive modification of the journalist’s undertaking? Must the secret source consent to the modification? The media argument raises more questions about the scope and operation of the claimed class privilege than it provides solutions.

[46] Fourthly, while the result of any privilege is to impede the search for truth, and thereby to run the risk of an injustice to the persons opposed in interest to the claimant, a class privilege is more rigid than a privilege constituted on a case-by-case basis. It does not lend itself to the same extent to be tailored to fit the circumstances.

[47] In the United Kingdom, no class privilege attached to journalists at common law: *Ashworth Hospital Authority v. MGN Ltd.*, [2002] UKHL 29, [2002] 1 W.L.R. 2033. The same is true in Australia, see *McGuinness v. Attorney-General of Victoria* (1940), 63 C.L.R. 73, and *John Fairfax & Sons Ltd. v. Cojuangco* (1988), 165 C.L.R. 346. In the United States, the concurring judgment of Powell J. in *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), which from the media perspective put the best face on the majority’s rejection of any First Amendment journalistic privilege, rejected a class privilege but held open the possibility of a case-by-case privilege:

si un privilège générique s’applique? Les différents codes d’éthique des médias se contredisent. En l’espèce, M. McIntosh avait d’abord consenti [TRADUCTION] « une promesse générale et inconditionnelle de confidentialité pour protéger l’identité de X et de Y » (affidavit de M. McIntosh, par. 156 (je souligne)), mais il a par la suite assorti cette promesse d’une condition importante. Il l’a modifiée rétroactivement de sorte qu’elle soit valide tant qu’il croirait personnellement « que [X] n’avait pas fourni le document dans le but délibéré de [l’]induire en erreur » (par. 227). Selon M. McIntosh, sa source secrète a acquiescé à cette modification, mais elle ne jouissait pas d’un grand pouvoir de négociation à ce moment-là, puisqu’elle avait déjà transmis les documents aux appelants. Quelles limites restreignent la modification rétroactive de la promesse donnée par le journaliste? La source secrète doit-elle consentir à la modification? L’argument des médias soulève plus de questions qu’il n’apporte de solutions à propos de l’étendue et de l’application du privilège générique revendiqué.

[46] Quatrièmement, bien qu’un privilège, quel qu’il soit, ait pour effet de nuire à la recherche de la vérité, et de créer de ce fait un risque d’injustice pour les personnes dont l’intérêt est opposé à l’intérêt de celui qui l’invoque, un privilège générique est plus rigide qu’un privilège reconnu au cas par cas. Il n’est pas possible de le redéfinir aussi librement pour l’adapter aux circonstances.

[47] Au Royaume-Uni, les journalistes ne jouissent d’aucun privilège générique issu de la common law : *Ashworth Hospital Authority c. MGN Ltd.*, [2002] UKHL 29, [2002] 1 W.L.R. 2033. Il en est de même en Australie, voir *McGuinness c. Attorney-General of Victoria* (1940), 63 C.L.R. 73, et *John Fairfax & Sons Ltd. c. Cojuangco* (1988), 165 C.L.R. 346. Aux États-Unis, le juge Powell, dans son opinion concordante dans l’affaire *Branzburg c. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), qui a présenté le rejet par la majorité d’un privilège journalistique fondé sur le Premier Amendement sous son jour le plus positif du point de vue des médias, a rejeté l’argument du privilège générique sans toutefois écarter la possibilité d’un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas :

... if the newsman is called upon to give information bearing only a remote and tenuous relationship to the subject of the investigation, or if he has some other reason to believe that his testimony implicates confidential source relationships without a legitimate need of law enforcement, he will have access to the court on a motion to quash and an appropriate protective order may be entered. The asserted claim to privilege should be judged on its facts by the striking of a proper balance between freedom of the press and the obligation of all citizens to give relevant testimony with respect to criminal conduct. The balance of these vital constitutional and societal interests on a case-by-case basis accords with the tried and traditional way of adjudicating such questions. [Emphasis added; p. 710.]

[48] In the United Kingdom, journalistic-secret source privilege is now covered by the *Contempt of Court Act 1981* (U.K.), 1981, c. 49. The U.K. Parliament has created a presumptive immunity in defined circumstances, subject to being overridden on enumerated grounds. Section 10 provides that:

No court may require a person to disclose, nor is any person guilty of contempt of court for refusing to disclose, the source of information contained in a publication for which he is responsible, unless it be established to the satisfaction of the court that disclosure is necessary in the interests of justice or national security or for the prevention of disorder or crime.

Statutes offering similar protections exist in a number of states of the United States. In Australia there exists a “shield law” both at the federal level and in New South Wales. New Zealand enacted such a law in 2006.

[49] In Canada a number of legislative proposals have been considered both at the federal and provincial level but none has received legislative approval.

(3) The Case-by-Case Model of Privilege

[50] The appellants themselves advocate a balancing of interests based on Professor Wigmore’s

[TRADUCTION] ... si le journaliste est appelé à fournir des renseignements qui n’ont qu’un lien indirect et ténu avec l’objet de l’enquête, ou s’il a d’autres raisons de croire que son témoignage met en cause ses relations avec des sources confidentielles sans qu’il y ait nécessité légitime en ce qui concerne l’application de la loi, il pourra présenter une requête en annulation au tribunal, et une ordonnance de confidentialité pourrait être rendue. La revendication du privilège devrait être appréciée en fonction des faits, par la recherche d’un juste équilibre entre la liberté de la presse, d’une part, et l’obligation pour tous les citoyens de témoigner sur un comportement criminel, d’autre part. La conciliation au cas par cas de ces intérêts constitutionnels et sociétaux d’importance capitale concorde avec la méthode éprouvée traditionnellement utilisée pour statuer sur de telles questions. [Je souligne; p. 710.]

[48] Au Royaume-Uni, le privilège relatif aux sources secrètes des journalistes est maintenant régi par la *Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 49. Le législateur y a créé une présomption d’immunité qui s’applique dans certaines circonstances, mais qui peut être réfutée pour des motifs précis. L’article 10 prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] Aucun tribunal ne peut ordonner à une personne de dévoiler, et nul ne peut être reconnu coupable d’outrage au tribunal pour avoir refusé de dévoiler, l’identité de la source des renseignements contenus dans une publication dont il est responsable, à moins qu’il ne soit établi, de l’avis du tribunal, que la divulgation est nécessaire dans l’intérêt de la justice, de la sécurité nationale ou de la prévention des troubles et du crime.

Des lois offrant des protections semblables ont été adoptées par plusieurs États américains. En Australie, une loi fédérale et une loi de la Nouvelle-Galles du Sud garantissent la confidentialité des sources. La Nouvelle-Zélande a adopté une loi de ce genre en 2006.

[49] Au Canada, un certain nombre de projets de loi ont été étudiés tant au fédéral qu’au provincial, mais aucun n’a été adopté.

(3) Modèle du privilège fondé sur les circonstances de chaque cas

[50] Les appelants eux-mêmes préconisent une pondération des intérêts fondée sur le test du

criteria for establishing confidentiality at common law as set out in *McClure*, at para. 29, *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 30, *Gruenke*, at pp. 289-90, and *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254, at p. 261, but is informed by the *Charter* guarantee of freedom of expression and the rights “of the press and other media of communication”. It is well established that the common law may properly be developed to reflect *Charter* values: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603; *Ryan*, at para. 21.

[51] As mentioned, *Gruenke* dealt with a claim for confidentiality for communications passing between priest and penitent or, more broadly, “religious communications” (pp. 290-91). Just as the claim here is said to grow out of the s. 2(b) *Charter* guarantee of freedom of expression, the claim in *Gruenke* was said to be required by the s. 2(a) *Charter* guarantee of freedom of religion and conscience. Despite the constitutional protection for freedom of religion, the Court rejected the existence of a class privilege but adopted instead Professor Wigmore’s distillation and synthesis of a wide range of situations where privilege has been recognized on a case-by-case basis. Here the law finds a mechanism with the necessary flexibility to weigh up and balance competing public interests in a context-specific manner.

[52] When applied to journalistic secret sources, the case-by-case privilege, if established on the facts, will not necessarily be restricted to testimony, i.e. available only at the time that testimony is sought from a journalist in court or before an administrative tribunal. The protection offered may go beyond a mere rule of evidence. Its scope is shaped by the public interest that calls the privilege into existence in the first place. It is capable, in a proper case, of being asserted against the issuance or execution of a search warrant, as in *O’Neill v. Canada (Attorney General)* (2006), 213 C.C.C. (3d) 389 (Ont. S.C.J.). The scope of the case-by-case privilege will depend, as does its very existence, on a case-by-case analysis, and may be total or partial (*Ryan*, at para. 18).

professeur Wigmore pour établir la confidentialité en common law, comme il est énoncé dans *McClure*, par. 29, *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 30, *Gruenke*, p. 289-290, et *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254, p. 261. Ce privilège s’inspirerait de la liberté d’expression garantie par la *Charte* et des droits « de la presse et des autres moyens de communication ». Il est bien établi que la common law peut évoluer pour refléter les valeurs consacrées dans la *Charte* : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 603; *Ryan*, par. 21.

[51] Comme je l’ai déjà signalé, l’arrêt *Gruenke* portait sur la confidentialité des communications entre ministre du culte et fidèle ou, en termes plus généraux, sur les « communications religieuses » (p. 290-291). Tout comme la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte* est invoquée à l’appui du présent pourvoi, la liberté de conscience et de religion garantie par l’al. 2a) servait de fondement à la revendication dans *Gruenke*. Malgré la protection que la Constitution accorde à la liberté de religion, la Cour a nié l’existence d’un privilège générique, mais elle a retenu la synthèse faite par le professeur Wigmore de situations très diverses dans lesquelles un privilège a été reconnu au cas par cas. Le droit y trouve un mécanisme suffisamment flexible pour soupeser et mettre en balance les intérêts publics contradictoires, selon le contexte.

[52] Dans le cas de la protection des sources secrètes des journalistes, le privilège fondé sur les circonstances de chaque cas, s’il est établi au vu des faits, ne s’applique pas nécessairement qu’au témoignage, c.-à-d. au moment où le journaliste est contraint à témoigner devant un tribunal judiciaire ou administratif. La protection offerte peut déborder la simple règle de preuve. Sa portée dépend de l’intérêt public auquel elle doit son existence. Elle peut, dans certains cas, être opposable à la délivrance ou à l’exécution d’un mandat de perquisition, comme dans l’affaire *O’Neill c. Canada (Attorney General)* (2006), 213 C.C.C. (3d) 389 (C.S.J. Ont.). Le privilège fondé sur les circonstances de chaque cas peut être absolu ou partiel et sa portée dépend, comme son existence même, d’une analyse effectuée au cas par cas (*Ryan*, par. 18).

[53] The “Wigmore criteria” consist of four elements which may be expressed for present purposes as follows. First, the communication must originate in a confidence that the identity of the informant will not be disclosed. Second, the confidence must be essential to the relationship in which the communication arises. Third, the relationship must be one which should be “sedulously fostered” in the public good (“Sedulous[ly]” being defined in the *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (6th ed. 2007), vol. 2, at p. 2755, as “diligent[ly] . . . deliberately and consciously”). Finally, if all of these requirements are met, the court must consider whether in the instant case the public interest served by protecting the identity of the informant from disclosure outweighs the public interest in getting at the truth. See *Wigmore on Evidence* (McNaughton Rev. 1961), vol. 8, at § 2285; *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (3rd ed. 2009), at paras. 14.19 *et seq.*; D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at pp. 254-59. Further, as Lamer C.J. commented in *Gruenke*:

This is not to say that the Wigmore criteria are now “carved in stone”, but rather that these considerations provide a general framework within which policy considerations and the requirements of fact-finding can be weighed and balanced on the basis of their relative importance in the particular case before the court. [p. 290]

[54] It is of passing interest that Professor Wigmore himself was not a supporter of journalistic-secret source privilege. He described an early legislative attempt to craft a shield law (Maryland, 1923) “as detestable in substance as it is crude in form”. He predicted (wrongly) that it “will probably remain unique” (*Wigmore on Evidence* (2nd ed. 1923), vol. 5, at § 2286, n. 7).

[53] Le test ou « critère de Wigmore » comporte quatre volets qui peuvent se résumer comme suit dans le contexte qui nous occupe. Premièrement, les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l’assurance que l’identité de l’informateur ne serait pas divulguée. Deuxièmement, le caractère confidentiel doit être essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise. Troisièmement, les rapports doivent être des rapports qui, dans l’intérêt public, devraient être « entretenus assidûment », adjectif qui évoque l’application constante et la persévérance (selon le *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (6^e éd. 2007), vol. 2, p. 2755, le terme anglais « *sedulous[ly]* » utilisé par Wigmore signifie : « *diligent[ly]* [. . .] *deliberately and consciously* »). Enfin, si toutes ces exigences sont remplies, le tribunal doit déterminer si, dans l’affaire qui lui est soumise, l’intérêt public que l’on sert en soustrayant l’identité à la divulgation l’emporte sur l’intérêt public à la découverte de la vérité. Voir *Wigmore on Evidence* (rév. McNaughton 1961), vol. 8, § 2285; *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada* (3^e éd. 2009), par. 14.19 *et suiv.*; D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5^e éd. 2008), p. 254-259. De plus, le juge en chef Lamer, dans *Gruenke*, a fait le commentaire suivant :

Cela veut dire non pas que le critère de Wigmore est maintenant « gravé dans la pierre », mais plutôt que ces considérations constituent un cadre général à l’intérieur duquel des considérations de principe et les exigences en matière de recherche des faits peuvent être évaluées et comparées en fonction de leur importance relative dans l’affaire particulière soumise à la cour. [p. 290]

[54] Il est intéressant de noter que le professeur Wigmore lui-même n’était pas en faveur d’un privilège du secret des sources des journalistes. Une mesure législative visant à prévoir une telle protection dès 1923 au Maryland lui semblait [TRADUCTION] « tout aussi déplorable sur le plan du fond que grossière sur le plan de la forme ». À l’égard de cette mesure, il a prédit (à tort) : [TRADUCTION] « elle demeurera sans doute un cas isolé » (*Wigmore on Evidence* (2^e éd. 1923), vol. 5, § 2286, n^o 7).

[55] However, the world of journalism has moved on since Professor Wigmore's day. The role of investigative journalism has expanded over the years to help fill what has been described as a democratic deficit in the transparency and accountability of our public institutions. The need to shine the light of public scrutiny on the dark corners of some private institutions as well is illustrated by Benotto J.'s reference to corporate delinquencies in the list reproduced above at para. 28. Professor Wigmore's criteria provide a workable structure within which to assess, in light of society's evolving values, the sometimes-competing interests of free expression and the administration of justice and other values that promote the public interest. This will provide the necessary flexibility and an opportunity for growth that is essential to the proper function of the common law.

C. *Proceeding on a Case-by-Case Basis, What Are the Elements That Must Be Established, and Who Bears the Burden of Proof?*

[56] There is little disagreement about the first two Wigmore criteria. The media accepts that privilege can only be claimed where the communication is made *explicitly* in exchange for a promise of confidentiality. Wigmore was concerned with the confidentiality of the *contents* of the communication itself (which is not the issue here because it was the mutual intention of the journalist and the source to make the content of the communication public). However, I think the rationale underlying the Wigmore criteria may be applied equally to a new role, namely the maintenance of the confidentiality of the *identity* of the source. Secondly, the necessity for confidentiality is the *raison d'être* for the existence of the privilege. If the source does not insist on confidentiality as a condition precedent to the disclosure then no promise of confidentiality will be made and no privilege arises. Journalists prefer in any event to have a source on the record to enable their readers or listeners to evaluate its likely credibility.

[57] The third criterion (that the source-journalist relationship is one that should be "sedulously

[55] Toutefois, la presse a bien évolué depuis l'époque du professeur Wigmore. Le rôle du journalisme d'enquête s'est élargi au fil des ans pour combler ce qui a été décrit comme un déficit démocratique dans la transparence et l'obligation redditionnelle de nos institutions publiques. La nécessité de mettre aussi au jour, à la faveur d'un examen public, les facettes obscures de certaines institutions privées ressort de l'allusion aux délits commis par des entreprises, faite par la juge Benotto, dans la liste reproduite précédemment au par. 28. Le test du professeur Wigmore fournit un cadre pratique pour apprécier, au gré des changements de la société, les intérêts à la liberté d'expression et à l'administration de la justice, qui s'opposent parfois, ainsi que d'autres valeurs d'intérêt public. Il offre ainsi la souplesse nécessaire et une occasion propice à l'évolution, qui est indispensable au bon fonctionnement de la common law.

C. *Dans une analyse au cas par cas, quels éléments doivent être établis et à qui en incombe le fardeau?*

[56] Les deux premiers volets du test de Wigmore ne suscitent guère de débat. Les médias conviennent qu'un privilège ne peut être invoqué que si la communication est faite *expressément* sous le sceau de la confidentialité. Le professeur Wigmore s'intéressait au caractère confidentiel du *contenu* même de la communication (qui n'est pas en jeu en l'espèce, car le journaliste et sa source souhaitaient tous les deux rendre public le contenu de la communication). Or, je pense que le raisonnement qui sous-tend le test de Wigmore pourrait s'appliquer tout autant à une nouvelle fin, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de maintenir secrète l'*identité* de la source. Deuxièmement, l'exigence de confidentialité est la raison d'être de l'existence du privilège. Si la source n'insiste pas pour faire de la confidentialité une condition préalable à la divulgation, aucune promesse de confidentialité n'est faite et le privilège n'existe pas. Les journalistes préfèrent de toute façon pouvoir citer leurs sources pour que les lecteurs ou les auditeurs puissent en apprécier la crédibilité.

[57] Le troisième volet du test (selon lequel les rapports source-journaliste devraient, dans l'intérêt

fostered” in the public good) introduces some flexibility in the court’s evaluation of different sources and different types of “journalists”. The relationship between the source and a blogger might be weighed differently than in the case of a professional journalist like Mr. McIntosh, who is subject to much greater institutional accountability within his or her own news organization. These distinctions need not be canvassed in detail here since the appellants have made out on their evidence, in my opinion, that in general the relationship between professional journalists and their secret sources is a relationship that ought to be “sedulously” fostered and no persuasive reason has been offered to discount the value to the public of the relationship between Mr. McIntosh and his source(s) in this particular case.

[58] The fourth Wigmore criterion does most of the work. Having established the value to the public of the relationship in question, the court must weigh against its protection any countervailing public interest such as the investigation of a particular crime (or national security, or public safety or some other public good).

[59] Underlying this analysis is the need to achieve proportionality in striking a balance among the competing interests.

[60] The appellants argue that once the first three Wigmore criteria are established the onus should switch to the Crown (or other party seeking disclosure) to show why, on a balance of probabilities, disclosure should be ordered (Factum, at para. 62). This is particularly so in the search warrant context, they argue, because the court is dealing with the state as a prosecutorial antagonist and the media as a bystander to the crime. Indeed, in this case, the media is in a sense the intermediate *victim* of the alleged crime (but has made no complaint). The eventual intended victim was the then Prime Minister. This three steps forward one step backward argument with respect to onus is unpersuasive because it presupposes that a privilege arises after the third step and is then subject to rebuttal by the opposing party at the fourth step. However,

public, être « entretenus assidûment ») offre une certaine souplesse à la cour appelée à évaluer le cas de différentes sources et de différents types de « journalistes ». Ainsi, il se peut qu’on accorde un poids différent à la relation entre une source et un blogueur qu’à celle qu’entretiennent une source et un journaliste professionnel comme M. McIntosh, qui est tenu à une obligation redditionnelle beaucoup plus rigoureuse au sein de son organe de presse. Nul besoin d’analyser ces distinctions en détail puisque les appelants ont, à mon avis, prouvé que le rapport entre un journaliste professionnel et ses sources secrètes est une relation qui doit généralement être « assidûment » entretenue, et aucune raison convaincante n’a été avancée pour atténuer l’importance, pour le public, des rapports entre M. McIntosh et sa ou ses sources dans la présente affaire.

[58] C’est donc le quatrième volet du test de Wigmore qui sera le plus déterminant. Une fois établie l’importance pour le public des rapports en question, le tribunal doit mettre en balance la protection de ces rapports et tout autre intérêt public opposé, comme la tenue d’une enquête sur un crime précis (ou la sécurité nationale, la sécurité publique ou une autre considération intéressant le bien collectif).

[59] Cette analyse est guidée par l’objectif d’une certaine proportionnalité dans la recherche d’un équilibre entre les intérêts qui s’opposent.

[60] Les appelants font valoir qu’une fois les trois premiers volets du test de Wigmore établis, il revient au ministère public (ou à toute autre partie cherchant à obtenir la divulgation) de démontrer pourquoi, suivant la prépondérance des probabilités, il y a lieu d’ordonner la divulgation (mémoire, par. 62). D’après eux, cela est d’autant plus vrai dans le contexte d’une demande de mandat de perquisition parce que, devant le tribunal, l’État agit à titre de poursuivant et le média à titre de simple observateur du crime. En fait, en l’espèce, le média est en un sens la *victime* intermédiaire du crime reproché (mais il n’a pas porté plainte). La véritable cible du crime était le premier ministre de l’époque. Cet argument relatif au fardeau de la preuve, qui nous fait faire trois pas en avant, puis un pas en arrière, n’est pas convaincant parce qu’il suppose que le

this is not the case. Until the media have met all *four* Wigmore criteria no journalistic source privilege arises. The evidence is presumptively compelling and admissible. It is the media that advances the proposition that the public interest in protecting its secret source outweighs the public interest in the criminal investigation. The burden of persuasion therefore lies on the media. That said, I expect that onus will rarely play a pivotal role at the fourth step, where “[t]he exercise is essentially one of common sense and good judgment” (*Ryan*, at para. 32).

[61] The weighing up will include (but of course is not restricted to) the nature and seriousness of the offence under investigation, and the probative value of the evidence sought to be obtained, measured against the public interest in respecting the journalist’s promise of confidentiality. The Crown argues that the existence of any crime is sufficient to vitiate a privilege but that is too broad a generalization. The *Pentagon Papers* case originated in circumstances amounting to an offence, yet few would now argue that the publication of the true facts in that situation was not in the greater public interest.

[62] The underlying purpose of the investigation, as inferred from the objective circumstances, is also relevant at the fourth stage. When investigative reporting strikes at those in power it would not be unexpected that those in power including the police may wish to strike back. There may be circumstances where the criminal investigation appears to be contrived to silence improperly the secret source, and in such cases the court may decline to order production. Thus, in *O’Neill*, an investigation was launched under the *Security of Information Act* to identify the secret source of a leak to a reporter for the *Ottawa Citizen*. The reviewing judge, Ratushny J. found that the RCMP sought the warrant with the intent to intimidate the reporter into giving up her sources. The result, the police might have expected,

privilege prend naissance après la troisième étape et que son existence peut ensuite être réfutée par la partie adverse à la quatrième étape. Or, ce n’est pas le cas. Jusqu’à ce que le média ait satisfait aux *quatre* volets du test de Wigmore, aucun privilège ne protège la source du journaliste. Il existe une présomption selon laquelle toute preuve est admissible et le tribunal peut en ordonner la production. C’est le média qui affirme que l’intérêt public à ce que sa source soit protégée l’emporte sur l’intérêt public à ce qu’une enquête criminelle soit menée à bien. Il lui incombe donc d’en faire la preuve. Cela étant dit, à mon avis, le fardeau de la preuve jouera rarement un rôle décisif à la quatrième étape où « [i]l s’agit essentiellement de faire preuve de bon sens et de discernement » (*Ryan*, par. 32).

[61] On mettra en balance (entre autres, bien sûr), d’un côté, la nature et la gravité de l’infraction faisant l’objet de l’enquête et la valeur probante des éléments que l’on cherche à obtenir et, de l’autre côté, l’intérêt public à ce que la promesse de confidentialité faite par un journaliste soit respectée. Le ministère public soutient que la seule existence d’un crime suffit pour annuler un privilège, mais il s’agit là d’une généralisation outrancière. L’affaire des documents du Pentagone (*Pentagon Papers*) découle de circonstances constituant une infraction et pourtant, de nos jours, rares sont ceux qui douteraient qu’il n’était pas dans le plus grand intérêt public de faire connaître la vérité.

[62] Le but sous-jacent de l’enquête, qui ressort objectivement des circonstances, est aussi un facteur pertinent à la quatrième étape. Lorsque le reportage d’enquête vise des gens au pouvoir, il ne serait pas surprenant que ces derniers, y compris la police, souhaitent riposter. Dans certaines circonstances, par exemple, il se peut que l’enquête criminelle vise à faire taire la source secrète de façon injustifiée et, dans de tels cas, le tribunal peut refuser d’ordonner la communication. Ainsi, dans *O’Neill*, une enquête a été menée sous le régime de la *Loi sur la protection de l’information* pour identifier la source secrète ayant divulgué clandestinement des renseignements à une journaliste de l’*Ottawa Citizen*. La juge Ratushny, qui siégeait en révision, a conclu que la GRC avait demandé le mandat de perquisition

might well have been to disincline the journalist to publish further material on a story that was embarrassing to both the police and to the government (para. 154). In such a case, the demand to deliver up even physical evidence that would disclose the identity of the secret source might well be refused. That is not this case. The alleged forgery is distinct from whistleblowing. In terms of getting out the truth, the “leak” of a forged document undermines rather than advances achievement of the *purpose* of the privilege claimed by the media in the *public* interest.

[63] In a test of balancing the public interest in disclosure versus the public interest in confidentiality neither the journalist nor the secret source “owns” the privilege. Thus, where a secret source decides for whatever reason to cast aside the cloak of anonymity the public interest no longer “sedulously fosters” the continuation of the confidential relationship in preference to openness and the search for the truth. In such a case, the journalist would have no basis to seek to restrain the self-outing of the secret source. On the other hand, where a journalist decides that the confidentiality arrangement no longer binds (as for example, in this case, if Mr. McIntosh had concluded that the forged bank records had been provided by the source to mislead the *National Post* deliberately, and had thereby, in his view, forfeited its protection), the balance would again tilt in favour of disclosure. The role and function of the privilege is to facilitate the freedom of expression of the media and their readers and listeners. Where the journalist concludes that the relationship in a particular case should no longer be “sedulously” fostered, the substratum of the claimed privilege is eliminated. The *public* interest would no longer be served in the particular case by suppression of the identity, but of course in the event of such disclosure, the source might have some sort of *private* law claim for breach of contract or breach of confidence or other private common law cause of action. Such private law remedies are not before us in this appeal.

dans le but d’intimider la journaliste et de l’inciter à divulguer ses sources. Les policiers s’attendaient peut-être à ce que l’exécution du mandat puisse avoir pour effet de décourager la journaliste de publier d’autres renseignements sur une affaire gênante tant pour la police que pour le gouvernement (par. 154). Dans une situation comme celle-là, même une demande de remise d’éléments de preuve matérielle mettant au jour l’identité de la source secrète pourrait bien être refusée. Ce n’est pas le cas en l’espèce. Le prétendu faux n’a rien à voir avec la dénonciation d’irrégularités. Sur le plan de la découverte de la vérité, la « divulgation clandestine » d’un document contrefait compromet, au lieu d’aider, la réalisation de l’*objectif* du privilège revendiqué par les médias dans l’intérêt *public*.

[63] Dans le cadre de la mise en balance de l’intérêt public à la divulgation et de l’intérêt public à la confidentialité, ni le journaliste, ni la source secrète ne « possède » pour ainsi dire le privilège. Par conséquent, lorsqu’une source secrète décide de lever le voile de l’anonymat, pour quelque raison que ce soit, l’intérêt public ne justifie plus que les rapports confidentiels soient « entretenus assidûment » et leur préfère la transparence et la recherche de la vérité. En pareil cas, le journaliste ne disposerait d’aucun moyen pour empêcher la source de révéler sa propre identité. Par ailleurs, lorsqu’un journaliste détermine qu’il n’est plus lié par l’entente de confidentialité (comme si, en l’espèce, M. McIntosh avait conclu que la source avait transmis les documents bancaires contrefaits dans le but délibéré d’induire le *National Post* en erreur et ne pouvait ainsi plus, selon le journaliste, bénéficier d’une protection), la balance penche également en faveur de la divulgation. Le privilège a pour fonction de faciliter la liberté d’expression des médias ainsi que de leurs lecteurs et auditeurs. Dès que le journaliste est d’avis que les rapports avec une certaine source ne devraient plus être entretenus « assidûment », le fondement du privilège invoqué disparaît. Dans ce cas, il n’est plus dans l’intérêt *public* que l’identité demeure secrète. Toutefois, il se peut bien sûr que la source dispose d’un recours de droit *privé* en common law, notamment pour rupture de contrat ou abus de confiance. De tels recours n’ont pas été plaidés dans le présent pourvoi.

[64] In summary, at the fourth stage, the court will weigh up the evidence on both sides (supplemented by judicial notice, common sense, good judgment and appropriate regard for the “special position of the media”). The public interest in free expression will *always* weigh heavily in the balance. While confidential sources are not constitutionally protected, their role is closely aligned with the role of the “freedom of the press and other media of communication”, and will be valued accordingly but, to repeat, at the end of the analysis the risk of non-persuasion rests at all four steps on the claimant of the privilege.

[65] At this point it is important to remind ourselves that there is a significant difference between testimonial immunity against compelled disclosure of secret sources and the suppression by the media of relevant physical evidence. If a client walks into a lawyer’s office and leaves a murder weapon covered with fingerprints and DNA evidence on the lawyer’s desk the law would not allow the lawyer to withhold production of the gun on the basis of solicitor-client confidentiality, notwithstanding the thoroughgoing protection that the law affords that relationship. In *R. v. Murray* (2000), 144 C.C.C. (3d) 289 (Ont. S.C.J.), the court affirmed this principle in the case of a lawyer charged with suppressing sexual abuse tapes. Journalists, too, have no blanket right to suppress physical evidence of a crime, even where its production may disclose the identity of a confidential source. The immunity, where it exists, is situation specific.

[66] After the hearing of this appeal, counsel for the appellants provided us with a copy of the recent decision of the European Court of Human Rights in *Financial Times Ltd. v. The United Kingdom*, [2009] ECHR 2065 (BAILII), where a corporate plaintiff was ultimately denied access to confidential source documents. In that case the plaintiff Interbrew, a Belgian brewing company, brought civil proceedings in the United Kingdom to obtain from the media leaked documents that, it claimed,

[64] En résumé, à la quatrième étape, le tribunal soupèse la preuve appuyant les deux thèses (complétée par les faits admis d’office et ceux qui relèvent du bon sens, du discernement et de la prise en compte de la « situation très particulière des médias »). L’intérêt public à la liberté d’expression joue *toujours* un grand rôle dans la pondération. Bien que les sources confidentielles ne jouissent pas d’une protection constitutionnelle, leur rôle est étroitement lié à celui de la « liberté de la presse et des autres moyens de communication » et l’importance qu’on lui accorde est à l’avenant. Cependant, je le répète, c’est la partie qui revendique le privilège qui assume en définitive le risque de non-persuasion à chacune des quatre étapes.

[65] À ce stade-ci, il est important de se rappeler qu’il y a une grande différence entre l’immunité testimoniale contre la divulgation forcée des sources secrètes et la rétention d’éléments de preuve matérielle et pertinente par les médias. Si un client entre dans le cabinet d’un avocat et dépose sur son bureau l’arme du crime couverte d’empreintes digitales et génétiques, l’avocat n’est pas autorisé en droit à ne pas la remettre au nom du secret professionnel et ce, malgré la protection exhaustive que le droit accorde aux rapports entre un avocat et son client. La cour a confirmé ce principe dans l’affaire *R. c. Murray* (2000), 144 C.C.C. (3d) 289 (C.S.J. Ont.), concernant un avocat accusé d’avoir caché l’existence des bandes vidéo montrant des agressions sexuelles. Les journalistes ne bénéficient pas eux non plus d’un droit général de retenir un élément de preuve matérielle, même si la production de cet élément risque de révéler l’identité d’une source confidentielle. L’immunité, lorsqu’elle s’applique, est liée aux faits de l’espèce.

[66] Après l’audition du présent pourvoi, l’avocat des appelants nous a fourni une copie de la décision récente de la Cour européenne des droits de l’homme dans l’affaire *Financial Times Ltd. c. The United Kingdom*, [2009] ECHR 2065 (BAILII), où une société s’est finalement vu nier l’accès à des documents provenant d’une source confidentielle. Dans cette affaire, la demanderesse Interbrew, une brasserie belge, a intenté des poursuites civiles au Royaume-Uni en vue d’obtenir des médias

had been doctored with false information to suggest Interbrew was on the brink of making a take-over bid for South African Breweries. The allegedly misleading information was published by the media. Thereafter Interbrew suffered a drop in the value of its shares. Interbrew sought production of the documents from the *Financial Times* and other newspapers on the basis that it needed to identify the “source” in order to launch a proposed civil action for breach of confidence against the person or persons unknown. The English Court of Appeal upheld the disclosure order on the ground that the “relatively modest leak” was nevertheless intended to “maximize the mischief” ([2002] EWCA Civ. 274 (BAILII), at paras. 54-55 (leave to appeal denied, House of Lords, 9 July 2002)) and thus fell within the “interests of justice” exception to journalistic source privilege under the U.K. *Contempt of Court Act 1981*. The European Court of Human Rights disagreed. Unlike the plaintiff in the earlier case of *Goodwin v. The United Kingdom*, judgment of 27 March 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II, Interbrew had not sought an injunction in the U.K. to prevent publication (i.e. did not avail itself of alternate means to avert the damage). Interbrew had also failed to demonstrate that information about the identity of the person who leaked the documents was unavailable from other sources (para. 69). The “alternate sources” principle has been part of Canadian law since *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (B.C.S.C.), as it has been in the U.K. See, e.g., *John v. Express Newspapers*, [2000] 3 All E.R. 257 (C.A.). It was not even clear in the *Financial Post* case that the leaked documents were, in fact, “doctored”.

[67] On the other hand in *Sanoma Uitgevers B.V. v. The Netherlands*, E.C.H.R., No. 38224/03 of 31 March 2009, the court upheld the police

des documents divulgués clandestinement et qui, disait-elle, avaient été falsifiés de manière à laisser entendre qu’elle était sur le point de faire une offre publique d’achat visant South African Breweries. Les renseignements qualifiés de trompeurs ont été publiés dans les médias. La valeur des actions d’Interbrew a par la suite chuté. Interbrew a cherché à obtenir une ordonnance enjoignant au *Financial Times* et à d’autres journaux de communiquer les documents en question parce qu’il était nécessaire qu’elle en identifie la « source » pour tenter une action civile pour abus de confiance contre la ou les personnes inconnues. La Cour d’appel d’Angleterre a confirmé l’ordonnance de communication au motif que la [TRADUCTION] « fuite relativement peu importante » avait néanmoins pour objectif de « causer un maximum de dégâts » ([2002] EWCA Civ. 274 (BAILII), par. 54-55 (autorisation d’appel refusée, Chambre des lords, 9 juillet 2002)) et donc qu’il s’agissait manifestement d’un cas où l’« intérêt de la justice » écartait l’application du privilège du secret des sources des journalistes selon la loi du Royaume-Uni intitulée *Contempt of Court Act 1981*. La Cour européenne des droits de l’homme était de l’avis contraire. À l’opposé du demandeur visé dans l’arrêt antérieur de la Cour européenne des droits de l’homme *Goodwin c. Royaume-Uni* du 27 mars 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II, la demanderesse Interbrew n’avait pas demandé d’injonction au Royaume-Uni pour empêcher la publication (c.-à-d. qu’elle n’avait pas exercé les autres recours dont elle disposait pour prévenir le préjudice). Interbrew n’avait pas non plus réussi à démontrer qu’elle ne pouvait compter sur d’autres sources pour obtenir des renseignements sur l’identité de l’auteur de la fuite (par. 69). Le principe des « autres sources » est reconnu en droit canadien depuis l’arrêt *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (C.S.C.-B.), tout comme il l’est au Royaume-Uni. Voir également *John c. Express Newspapers*, [2000] 3 All E.R. 257 (C.A.). Dans l’affaire *Financial Post*, il n’avait même pas été clairement établi que les documents divulgués clandestinement avaient été « falsifiés ».

[67] Par contre, dans *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas*, C.E.D.H., n° 38224/03, 31 mars 2009, la cour a confirmé la saisie par la police d’un

seizure of a CD-ROM from the Dutch magazine *Autoweek* which had photographed an illegal street race on a promise of confidentiality to the participants. The court recognized the potential chilling effect of the seizure and breach of confidentiality but said:

... it does not follow *per se* that the authorities are in all such cases prevented from demanding such handover; whether this is so will depend on the facts of the case. In particular, the domestic authorities are not prevented from balancing the conflicting interests served by prosecuting the crimes concerned against those served by the protection of journalistic privilege; relevant considerations will include the nature and seriousness of the crimes in question, the precise nature and content of the information demanded, the existence of alternative possibilities of obtaining the necessary information, and any restraints on the authorities' procurement and use of the materials concerned. [para. 57]

This all sounds very much like the fourth Wigmore step.

[68] Accordingly, in my view, the Strasbourg jurisprudence is not of much assistance to the appellants. Both *Goodwin* and *Financial Times* concerned a leak to the media by corporate whistleblowers of confidential internal documents. Neither involved criminal proceedings. Both involved private actions in the U.K. courts where the corporate plaintiffs, in the view of the European Court of Human Rights, had failed to demonstrate a public interest that outweighed the public interest in free expression. *Sanoma* is closer to our case. It is true that the European Court locates journalist-source privilege in art. 10 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221, but that is necessarily so because the Convention is the source of its jurisdiction. For the reasons already stated I would not locate journalist-source protection in s. 2(b) of the *Charter* but in the common law of privilege that is supportive of it.

CD-ROM auprès du magazine néerlandais *Autoweek* qui avait photographié une course de rue illégale après avoir promis la confidentialité aux participants. La cour a reconnu l'effet potentiellement paralysant d'une saisie et de la rupture de la promesse de confidentialité, mais elle a néanmoins dit :

Il n'en résulte toutefois pas forcément que les autorités se trouvent dans tous les cas empêchées de requérir pareille remise; la réponse à cette question dépend des faits de la cause. En particulier, il n'est pas interdit aux autorités internes de mettre en balance les intérêts servis par la poursuite des infractions et ceux servis par la protection des sources journalistiques; parmi les éléments à prendre en compte à cet égard figurent la nature et la gravité des infractions en cause, la nature et le contenu précis des informations demandées, la disponibilité d'autres moyens d'obtenir les informations en question et les modalités selon lesquelles les autorités peuvent se procurer et utiliser les éléments concernés. [par. 57]

Cette interprétation s'apparente tout à fait à la quatrième étape du test de Wigmore.

[68] Je suis donc d'avis que la jurisprudence de Strasbourg n'aide guère les appelants en l'espèce. Tant l'arrêt *Goodwin* que l'arrêt *Financial Times* concernaient des documents internes confidentiels divulgués clandestinement aux médias par des dénonciateurs d'irrégularités. Ni l'un ni l'autre ne portaient sur des poursuites criminelles. Il s'agissait dans les deux cas d'actions privées intentées devant les tribunaux du Royaume-Uni, dans lesquelles, selon la Cour européenne des droits de l'homme, les sociétés demanderessees n'avaient pas établi l'existence d'un intérêt public l'emportant sur l'intérêt public à la liberté d'expression. L'affaire *Sanoma* se rapproche davantage de celle dont nous sommes saisis. Certes, aux yeux de la Cour européenne, le privilège du secret des sources des journalistes tire son origine de l'art. 10 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, mais il ne saurait en être autrement puisque c'est cette dernière qui lui confère sa compétence. Pour les raisons déjà mentionnées, j'estime que la protection des sources des journalistes repose non pas sur l'al. 2b) de la *Charte*, mais plutôt sur le privilège de common law qui le sous-tend.

[69] The bottom line is that no journalist can give a source a total assurance of confidentiality. All such arrangements necessarily carry an element of risk that the source's identity will eventually be revealed. In the end, the extent of the risk will only become apparent when all the circumstances in existence at the time the claim for privilege is asserted are known and can be weighed up in the balance. What this means, amongst other things, is that a source who uses anonymity to put information into the public domain maliciously may not in the end avoid a measure of accountability. This much is illustrated by recent events in the United States involving *New York Times* reporter Judith Miller and the subsequent prosecution of her secret source, vice-presidential aide Lewis "Scooter" Libby, arising out of proceedings subsequent to his "outing" of CIA agent Valerie Plame: *In re Grand Jury Subpoena, Judith Miller*, 397 F.3d 964 (D.C. Cir. 2005), at pp. 968-72. The simplistic proposition that it is always in the public interest to maintain the confidentiality of secret sources is belied by such events in recent journalistic history.

D. *Were the Elements of a Case-by-Case Privilege Established on the Expanded Record Placed Before the Reviewing Judge in Relation to Suppression of the Physical Evidence?*

[70] The evidence shows that the communication between Mr. McIntosh and source Y respecting the relationship between the Prime Minister and the BDBC originated in confidence. Had confidentiality not been assured the initial information about Mr. Chrétien's contacts with the BDBC would not have been provided. Secondly, confidentiality was essential to the relationship because without the confidentiality there would have been no disclosure and no relationship. Thirdly, given the importance of investigative journalism in exploring potential conflicts of interest in decision making at the highest levels of government, the relationship between the appellants and their secret sources ought in general to be "sedulously fostered". Mr. McIntosh testified to a belief that his source is sincere in denying

[69] En définitive, aucun journaliste ne peut donner une garantie de confidentialité absolue à l'une de ses sources. Une telle entente est toujours assortie d'un risque que l'identité de la source soit dévoilée. Il ne sera possible de connaître l'étendue véritable du risque qu'au moment où le privilège sera revendiqué, lorsque toutes les circonstances seront connues et pourront être soupesées. Cela signifie notamment qu'une source qui profite de l'anonymat pour verser de façon malveillante des renseignements dans le domaine public pourrait être tenue de rendre des comptes. On en trouve un bon exemple dans les faits récents survenus aux États-Unis concernant la journaliste du *New York Times*, Judith Miller, et les poursuites engagées par la suite contre sa source secrète, le secrétaire général du vice-président, Lewis « Scooter » Libby, après qu'il eut « divulgué » l'identité de l'agente de la CIA, Valerie Plame : *In re Grand Jury Subpoena, Judith Miller*, 397 F.3d 964 (D.C. Cir. 2005), p. 968-972. Le principe simpliste selon lequel il est toujours dans l'intérêt public de préserver la confidentialité des sources secrètes est démenti par de telles affaires survenues récemment dans le domaine journalistique.

D. *Les éléments d'un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas ont-ils été établis au vu du dossier amplifié dont disposait la juge siégeant en révision relativement à la rétention des éléments de preuve matérielle?*

[70] La preuve montre que la communication entre M. McIntosh et la source Y portant sur les rapports entre le premier ministre et la BDC s'est faite sous le sceau de la confidentialité. Sans garantie de confidentialité, les renseignements initiaux concernant les échanges entre la BDC et M. Chrétien n'auraient pas été fournis. Deuxièmement, la garantie de confidentialité était un élément essentiel de la relation : n'eût été de celle-ci, il n'y aurait eu ni divulgation ni relation. Troisièmement, comme il importe que les journalistes d'enquête puissent s'enquérir des conflits d'intérêts potentiels des décideurs au plus haut niveau du gouvernement, la relation entre les appelants et leurs sources secrètes devrait, de façon générale, être « entretenue assidûment ». Dans son témoignage, M. McIntosh a dit

involvement in any offences. The transparency and accountability of government are issues of enormous public importance. The disclosures related to a public controversy over the Prime Minister's relationship to private promoters seeking loans from a federally funded bank. The public ventilation of this controversy, whatever its ultimate merits, was clearly in the public interest.

[71] Coming now to the “weighing up” at the fourth stage of the Wigmore analysis, the alleged crime was described by Mr. McIntosh himself as “serious”. Certainly, the dissemination of forged bank entries designed to “prove” an egregious conflict of personal financial interest on the part of the Prime Minister involving public funds is of sufficient seriousness to justify amply the decision of the police to investigate the criminal allegations within the limits of their ability and resources.

[72] The real possibility of obtaining DNA evidence or other identification from the envelope was first raised as plausible by the source himself or herself in conversation with Mr. McIntosh. This suggests that even X believed that forensic testing could advance the investigation to his or her detriment. Apart from anything else, we do not know what other evidence (if any) the police possess or to whom they are attempting to find a DNA match. While it is appropriate under the fourth Wigmore criterion to assess the likely probative value of the evidence sought, the reviewing judge ought not to have pre-empted the forensic investigation by seemingly prejudging the outcome when she wrote that “[d]isclosure of the document will minimally, if at all, advance the investigation” (para. 79) without first considering all the relevant factors in her assessment.

croire à la sincérité de sa source qui nie être impliquée dans les infractions. La transparence et l'obligation redditionnelle du gouvernement sont des questions d'une importance fondamentale pour le public. En l'espèce, les divulgations concernaient une controverse publique portant sur les rapports du premier ministre avec des promoteurs privés qui cherchaient à obtenir des prêts d'une banque fédérale. Il ne fait pas de doute qu'il était dans l'intérêt public que cette controverse soit révélée, peu importe que, tout compte fait, elle s'avère fondée ou non.

[71] Passons maintenant à la « pondération » de la quatrième étape du test de Wigmore. Selon M. McIntosh lui-même, le prétendu crime était « grave ». Certes, le fait de divulguer des écritures bancaires falsifiées dans le but d'« établir » l'existence d'un conflit flagrant d'intérêts financiers impliquant le premier ministre personnellement et mettant en jeu des fonds publics est suffisamment grave pour justifier amplement la décision de la police d'enquêter sur les allégations criminelles dans les limites de sa compétence et de ses ressources.

[72] La source elle-même, lors d'une conversation avec M. McIntosh, a été la première à qualifier de plausible la possibilité concrète d'obtenir, à partir de l'enveloppe, des éléments de preuve, notamment sous forme d'empreinte génétique, qui permettraient de l'identifier. Cela laisse croire que la source elle-même pensait qu'une analyse criminalistique risquait de faire avancer l'enquête à son détriment. En dépit de tout le reste, nous ne savons pas quels autres éléments de preuve la police détient (si elle en détient) ni quelle est la personne dont elle tente d'associer l'ADN à l'échantillon prélevé. Bien qu'il soit approprié à la quatrième étape du test de Wigmore d'évaluer la valeur probante éventuelle de la preuve recherchée, la juge siégeant en révision n'aurait pas dû anticiper l'enquête criminalistique en préjugant apparemment le résultat en ces termes : [TRADUCTION] « La divulgation ne fera que très peu, voire aucunement, progresser l'enquête » (par. 79) sans d'abord tenir compte de tous les facteurs pertinents dans son évaluation.

[73] My colleague Abella J. shares Benotto J.'s pessimism regarding the fruitfulness of forensic analysis in this case. However, the reviewing judge Benotto J. seemed to focus on fingerprint evidence and did not canvass the merits of DNA analysis, yet DNA analysis is capable of producing results even under exceptionally unpromising circumstances (as was shown in the exoneration of Guy Paul Morin). It cannot be correct that the RCMP forensic lab should be prevented from applying well-established modes of analysis to pieces of physical evidence that have been directly linked to a serious crime simply on the basis that in the end such analysis *may* prove to be unsuccessful. I agree with the Ontario Court of Appeal that the reviewing judge's exercise of discretion was, in these circumstances, unreasonable.

[74] Moreover, let us suppose that Benotto J. and my colleague Abella J. are correct in their scepticism about the outcome of the forensic analysis, and that the envelope is extremely unlikely to disclose the identity of Mr. McIntosh's secret source(s). The court in that event would have to balance the weak public interest in protecting an identity that is not likely to be disclosed against the strong public interest in the production of physical evidence of the offense. On this alternative view, as well, the injury that is likely to result from disclosure does not outweigh the public interest in correctly disposing of the criminal investigation.

[75] In her reasons Abella J. refers to the "fatal disconnect between the envelope, the documents, the identity of X and the alleged forgery" (para. 134). This conclusion hinges on the credibility of X's story that he or she was not the perpetrator of the forgery, but an innocent recipient, who passed it on to Mr. McIntosh in good faith. I do not think the police are required to accept as true the version of events told by X as relayed through Mr. McIntosh, who has his own interest in the outcome of this litigation. The police believe, and all three courts below accepted, that there *are* reasonable grounds to believe that entries had been forged on

[73] Ma collègue, la juge Abella, partage le pessimisme de la juge Benotto à l'égard du résultat de l'analyse criminalistique en l'espèce. Toutefois, la juge Benotto, siégeant en révision, semble s'être surtout intéressée aux empreintes digitales, et non au bien-fondé d'une analyse génétique. Or, l'analyse génétique peut produire des résultats même dans des circonstances très peu prometteuses (comme l'a démontré l'affaire de Guy Paul Morin, qui a été innocenté). Il ne saurait être acceptable que le laboratoire judiciaire de la GRC soit empêché d'appliquer des méthodes d'analyse bien établies à des éléments de preuve matérielle directement liés à un crime grave simplement parce que l'analyse *pourrait*, au bout du compte, se révéler infructueuse. Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario selon laquelle la juge siégeant en révision a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable dans les circonstances.

[74] De plus, supposons que la juge Benotto et ma collègue, la juge Abella, ont raison d'être sceptiques au sujet du résultat de l'analyse criminalistique et que l'enveloppe ne révélera très probablement pas l'identité de la ou des sources secrètes de M. McIntosh. Le tribunal devrait alors mettre en balance le faible intérêt public à la protection d'une identité qui ne sera vraisemblablement pas divulguée et le fort intérêt public à la production d'un élément de preuve matérielle de l'infraction. Même de ce point de vue différent, le préjudice qui risque de résulter de la divulgation ne l'emporte pas sur l'intérêt public à ce que l'enquête criminelle soit menée à bien.

[75] De l'opinion de la juge Abella, il n'existe « aucun lien entre l'enveloppe, les documents, l'identité de X et le prétendu faux, et cette absence de lien est fatale » (par. 134). Cette conclusion dépend de la crédibilité du récit de X, qui nie être l'auteur du faux et prétend plutôt avoir reçu le document en toute innocence et l'avoir transmis à M. McIntosh de bonne foi. Je ne pense pas que la police doive tenir pour avérée la version des faits donnée par X et rapportée par M. McIntosh, qui est aussi une partie intéressée dans l'issue du litige. La police estime qu'il *existe* des motifs raisonnables de croire que des écritures sur le document

the alleged bank document. In my view the police need not accept X's anonymous, uncorroborated and self-exculpatory statements as a reason to terminate their investigation of the physical evidence any more than they need accept the disclaimers of any other potential witness to a crime, especially when the witness may also be the perpetrator.

[76] I accept, of course, that the problematic transmission from X must be assessed in light of a history of providing information and documents that turned out to be authentic. Nevertheless, it appears from Corporal Gallant's statement in a passage cited by Abella J. (para. 137), that he had no reason to believe that what X said on this particular occasion was true. Nor was he obliged to proceed on the basis that it was true. A denial of criminal involvement, whether communicated directly or indirectly, is not a sufficient ground to put an end to a serious criminal investigation, even where the intermediate (though not the ultimate) intended victim of the alleged crime happens to be a media organization.

[77] Recognizing the seriousness of the situation Mr. McIntosh says he told the source that notwithstanding his earlier "blanket, unconditional promise of confidentiality to protect the identity of both X and Y" (McIntosh Affidavit, at para. 156), he would not now consider himself bound by that promise "should irrefutable evidence" emerge that the document had been provided "to deliberately mislead me" (para. 227). It is the courts, however, and not individual journalists or media outlets, that must ultimately determine whether the public interest requires disclosure. Mr. McIntosh's belief in the good faith of his source cannot prevent the courts from reaching a different conclusion. Moreover, as Laskin and Simmons J.J.A. noted, "[t]he document and the envelope are not merely pieces of evidence tending to show that a crime has been committed. They are the very *actus reus* [or *corpus delicti*] of the alleged crime" (para. 115). In such circumstances the identity of the individual who shipped Mr. McIntosh the forged document

bancaire ont été contrefaites et les trois tribunaux d'instance inférieure ont retenu cette hypothèse. À mon avis, la police n'est pas plus tenue de mettre fin à son enquête sur un élément de preuve matérielle sur la foi des déclarations anonymes, non corroborées et disculpatoires de X qu'elle n'est tenue d'ajouter foi aux dénégations de tout autre témoin potentiel, à plus forte raison quand ce dernier pourrait être aussi l'auteur du crime.

[76] Je reconnais, bien sûr, qu'il faut examiner la transmission problématique d'un document par X en tenant compte du fait qu'il avait déjà transmis une série de renseignements et de documents qui se sont avérés authentiques. Malgré tout, il ressort d'un passage de la déclaration du caporal Gallant cité par la juge Abella, au par. 137, qu'il n'avait aucune raison de croire que ce que X avait dit cette fois était vrai. Il n'était pas non plus tenu d'agir comme si c'était vrai. La dénégation de toute participation à une activité criminelle, reçue directement de son auteur ou rapportée par quelqu'un d'autre, ne constitue pas une raison suffisante pour mettre un terme à une enquête sur une infraction grave, même si c'est un organe de presse qui est la cible intermédiaire (et non la cible ultime) du prétendu crime.

[77] Reconnaissant la gravité de la situation, M. McIntosh dit avoir mentionné à sa source qu'en dépit du fait qu'il avait préalablement consenti [TRADUCTION] « une promesse générale et inconditionnelle de confidentialité pour protéger l'identité de X et Y » (affidavit de M. McIntosh, par. 156), il ne s'estimerait plus lié par sa promesse si [TRADUCTION] « une preuve contraire irréfutable » devait démontrer que le document lui avait été fourni « dans le but délibéré de [l']induire en erreur » (par. 227). Toutefois, il incombe aux tribunaux, et non aux journalistes ou aux médias, de déterminer si l'intérêt public exige la divulgation. Même si M. McIntosh croit en la bonne foi de sa source, les tribunaux peuvent arriver à une conclusion différente. De plus, comme les juges d'appel Laskin et Simmons l'ont fait remarquer, [TRADUCTION] « [l]e document et l'enveloppe ne sont pas de simples éléments de preuve tendant à démontrer qu'un crime a été commis. Ils constituent l'*actus reus* même [ou le *corpus delicti*] du crime reproché » (par. 115).

has no continuing claim to the protection of the law.

E. Notwithstanding a Finding That the Appellants Have Not Established Secret Source Privilege on the Facts of This Case, Were the Court Orders Nevertheless “Unreasonable” Within the Meaning of Section 8 of the Charter?

[78] Even where no privilege is found to exist, warrants and assistance orders against the media must take into account their “special position” and be reasonable in the “totality of circumstances” as required by s. 8 of the *Charter* (“Everyone has the right to be secure against unreasonable search and seizure”). It is not sufficient for the Crown to establish that the formal statutory requirements of ss. 487.01 and 487.02 were met. Physical searches of media premises may be highly disruptive. Searches may cause temporary or even permanent suspension of print publication or broadcasting. Search warrant cases like this one constitute a head-to-head clash between the government and the media, and the media’s ss. 2(b) and 8 interests are clearly implicated. As McLachlin J. observed in her dissenting reasons in *Lessard*:

The ways in which police search and seizure may impinge on the values underlying freedom of the press are manifest. First, searches may be physically disruptive and impede efficient and timely publication. Second, retention of seized material by the police may delay or forestall completing the dissemination of the news. Third, confidential sources of information may be fearful of speaking to the press, and the press may lose opportunities to cover various events because of fears on the part of participants that press files will be readily available to the authorities. Fourth, reporters may be deterred from recording and preserving their recollections for future use. Fifth, the processing of news and its dissemination may be chilled by the prospect that searches will disclose internal editorial deliberations. Finally, the press may resort to self-censorship to conceal the fact that it possesses information that may be of interest to the police in an effort to protect its sources

Dans de telles circonstances, le droit ne saurait continuer à protéger l’identité de la personne qui a transmis le document contrefait à M. McIntosh.

E. Malgré la conclusion que les appelants n’ont pas établi l’existence d’un privilège protégeant les sources secrètes au vu des faits de l’espèce, les ordonnances étaient-elles néanmoins « abusives » au sens de l’art. 8 de la Charte?

[78] Même si l’on ne conclut pas à l’existence d’un privilège, les mandats de perquisition et les ordonnances d’assistance visant les médias doivent tenir compte de leur « situation très particulière » et être raisonnables compte tenu de « l’ensemble des circonstances » comme le requiert l’art. 8 de la *Charte* (« Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives »). Il ne suffit pas pour le ministère public d’établir que les exigences formelles énoncées aux art. 487.01 et 487.02 ont été respectées. Les perquisitions dans les locaux des médias peuvent entraîner de très graves perturbations. Elles peuvent avoir pour effet la suspension temporaire — ou même permanente — de la publication ou de la diffusion. Les affaires concernant des mandats de perquisition comme celle qui nous occupe opposent ouvertement le gouvernement et les médias, et mettent manifestement en jeu les droits que l’al. 2b) et l’art. 8 garantissent aux médias. Comme le dit la juge McLachlin dans ses motifs de dissidence dans l’arrêt *Lessard* :

Les façons dont les perquisitions et les saisies effectuées par la police peuvent empiéter sur les valeurs qui sous-tendent la liberté de la presse sont manifestes. Premièrement, les perquisitions peuvent entraîner des perturbations sur le plan matériel et empêcher la publication efficace et opportune du journal. Deuxièmement, la retenue par les policiers d’objets saisis peut retarder ou empêcher la diffusion complète des informations. Troisièmement, les sources confidentielles de renseignements peuvent craindre de parler aux journalistes, et la presse peut ainsi perdre des chances d’assurer la couverture de différents événements en raison des craintes des participants que les autorités puissent facilement prendre connaissance des dossiers de la presse. Quatrièmement, cela peut dissuader les journalistes d’enregistrer et de conserver les renseignements recueillis pour s’en servir ultérieurement. Cinquièmement, le traitement et la diffusion des informations peuvent être gênés par

and its ability to gather news in the future. All this may adversely impact on the role of the media in furthering the search for truth, community participation and self-fulfillment. [p. 452]

[79] As previously observed, *Lessard* laid down nine conditions to provide a suitable framework to assess s. 8 reasonableness in a s. 2(b) context. The first requirement, of course, is that the statutory prerequisites of s. 487.01 are met. Here the issuing judge held, and both the reviewing judge (Benotto J.) and the Court of Appeal have affirmed, that the police established reasonable grounds to believe that criminal offences have been committed and that information relevant to those offences will be obtained through the use of the search warrant and the supporting assistance order. Nevertheless, the appellants have raised a number of issues in addition to journalistic-confidential source privilege which, they argue, are fatal to the reasonableness of the general warrant and assistance order.

(1) The Issue of Notice to the Media

[80] The reviewing judge, Benotto J., concluded that “[g]iven the public interest at stake, this is one of the rare instances where failure on the part of the justice to give notice amounts to a jurisdictional error” (para. 84 (emphasis added)). It is true that different standards govern before and after a warrant is issued. On the warrant application, the burden is on the police to show reasonable and probable grounds. Once the warrant has been issued, however, the burden shifts to the media applicant on the motion to quash to establish that there was no reasonable basis for its issuance. Moreover, the reviewing judge is generally bound, in deciding this issue, to afford a measure of deference to the determination of the issuing justice.

l'éventualité que les délibérations internes de la rédaction soient rendues publiques à la suite de perquisitions. En dernier lieu, la presse peut recourir à l'auto-censure pour cacher le fait qu'elle est en possession de renseignements qui peuvent intéresser les policiers, dans le but de protéger ses sources et sa capacité de recueillir des informations à l'avenir. Tout cela peut avoir des répercussions néfastes sur le rôle joué par les médias pour favoriser la recherche de la vérité, la participation au sein de la collectivité et l'accomplissement personnel. [p. 452]

[79] Comme je l'ai déjà souligné, l'arrêt *Lessard* a établi neuf conditions pour encadrer convenablement l'analyse du caractère abusif au sens de l'art. 8 dans le contexte de l'application de l'al. 2b). La première veut, évidemment, que les prescriptions de l'art. 487.01 soient respectées. En l'espèce, le juge ayant décerné le mandat a conclu que les policiers avaient démontré l'existence de motifs raisonnables de croire que des infractions criminelles avaient été commises et que le mandat de perquisition ainsi que l'ordonnance d'assistance permettraient d'obtenir des renseignements pertinents, conclusion que tant la juge siégeant en révision (la juge Benotto) que la Cour d'appel ont confirmée. Les appelants ont quand même soulevé, outre la question du privilège du secret des sources des journalistes, un certain nombre d'arguments qui, prétendent-ils, établissent le caractère abusif du mandat de perquisition général et de l'ordonnance d'assistance.

(1) La question de l'avis au média

[80] La juge Benotto, qui siégeait en révision, a statué que [TRADUCTION] « [c]ompte tenu de l'intérêt public en jeu, il s'agit de l'un de ces rares cas où l'omission du juge de donner un avis constitue une erreur juridictionnelle » (par. 84 (je souligne)). Certes, des normes différentes s'appliquent avant et après la délivrance d'un mandat. À l'étape de la demande de mandat, il incombe à la police de démontrer l'existence de motifs raisonnables et probables. Toutefois, une fois le mandat décerné, il revient au média demandeur, dans la requête en annulation, de démontrer l'absence de motifs raisonnables. De plus, le juge siégeant en révision est habituellement tenu, à cet égard, de faire preuve d'une certaine retenue à l'égard de la décision du juge qui a entendu la demande de mandat.

[81] In *R. v. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 52 O.R. (3d) 757 (Ont. C.A.), leave to appeal dismissed, [2001] 2 S.C.R. vii, Moldaver J.A. noted that failure to give notice to the media *could* constitute jurisdictional error in some instances, but he considered such a possibility to be “remote in the extreme” (para. 5).

[82] However, in *New Brunswick* the majority of this Court held that the special position of the media did not “import any new or additional [procedural] requirements” (p. 475). McLachlin J., dissenting in *Lessard*, observed that “[i]n some cases”, a justice *may* wish to hear from media representatives on whether a warrant should issue (p. 457). In her view, notice was a matter of discretion and did not rise to a constitutional requirement. See also *R. v. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 73 O.R. (3d) 241 (C.A.).

[83] I agree with the appellants that the media should have the opportunity to put their case against the warrant at the earliest reasonable opportunity, but the timing is generally a matter within the discretion of the issuing judge. There may be circumstances where the best course of action will be to proceed as Khawly J. did here. Given the broad definition of “media” and “journalists” covered by a potential claim for privilege, the issuing judge may conclude that an outstanding warrant will help ensure that the evidence is not made to disappear while the merits of issuing a warrant are debated. An issued and outstanding warrant may discourage such misconduct. There will be cases of urgency or other circumstances supporting the need to proceed *ex parte*. In the absence of such circumstances the issuing judge may well conclude that it is desirable to proceed on notice to the media organization rather than *ex parte*.

[84] Moreover, where the issuing judge does proceed *ex parte*, adequate terms must be inserted in

[81] Dans *R. c. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 52 O.R. (3d) 757 (C.A. Ont.), autorisation d’appel refusée, [2001] 2 R.C.S. vii, le juge Moldaver a indiqué que l’omission du juge appelé à décerner le mandat de perquisition de donner un préavis d’audience au média en cause *pouvait* dans certains cas constituer une erreur juridictionnelle, mais il a ajouté que de tels cas seraient [TRADUCTION] « extrêmement rares » (par. 5).

[82] Toutefois, dans *Nouveau-Brunswick*, les juges majoritaires de notre Cour ont statué que la situation très particulière des médias « n’ajoute pas d’exigences [procédurales] supplémentaires » (p. 475). Dans sa dissidence dans l’arrêt *Lessard*, la juge McLachlin a fait remarquer que « [d]ans certains cas » un juge *peut* souhaiter que les médias lui soumettent des observations sur l’opportunité de décerner le mandat demandé (p. 457). Selon elle, la décision d’aviser les médias est discrétionnaire et ne constitue pas une exigence constitutionnelle. Voir également *R. c. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 73 O.R. (3d) 241 (C.A.).

[83] Je souscris à l’argument des appelants selon lequel les médias devraient avoir la possibilité de faire valoir leurs arguments contre la délivrance du mandat à la première occasion raisonnable, mais ce moment relève généralement du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande. Il se peut que, dans certaines circonstances, la meilleure solution consiste à procéder comme l’a fait le juge Khawly. Comme les « médias » et « journalistes » susceptibles de jouir d’un privilège sont définis en termes larges, le juge saisi de la demande peut conclure qu’un mandat non exécuté contribuera à empêcher la disparition de la preuve pendant le débat sur le bien-fondé de la délivrance du mandat. Un mandat délivré, mais non exécuté, peut avoir pour effet de décourager ce type de comportement répréhensible. Des situations d’urgence ou d’autres circonstances peuvent justifier la procédure *ex parte*. Hormis de telles circonstances, le juge saisi de la demande de mandat pourrait conclure à bon droit qu’il est préférable d’aviser le média plutôt que d’entendre la demande *ex parte*.

[84] En outre, lorsque le juge appelé à décerner le mandat entend la demande *ex parte*, il doit

any warrant to protect the special position of the media, and to permit the media ample time and opportunity to point out why, on the facts, the warrant should be set aside. The warrant and assistance order made by Khawly J. in this case allowed a period of a month between its issuance and its execution to ensure the appellants' ability to move to quash it before any seizure occurred. This procedure allowed the appellants to assemble an evidentiary record more ample than would have been possible on short notice. The appellants took full advantage of the opportunity thus provided. The record in this case fills 16 volumes. The review procedure lasted from the filing of an application to quash the warrant dated July 30, 2002 until its disposition by Benotto J. by judgment dated January 21, 2004. In these circumstances I do not believe the issues of onus and deference can or should play a significant role in the outcome, especially given the court's concern for the special position of the media in the context of the public interest.

[85] The appellants contend that the secret source issue was not adequately brought to Khawly J.'s attention. However, even a cursory reading of the affidavit and the attached correspondence included in the Information to Obtain made clear that the secret source issue lay at the heart of the controversy. In an appended letter to Crown counsel dated December 19, 2001, counsel for the *National Post* stated: "The search for this plain brown envelope is justified, if at all, by the belief that it could identify a confidential source . . . we are gravely concerned about the seriousness of the constitutional violation that is about to occur" (emphasis added). Counsel made similar statements in several of the other documents appended to the Information to Obtain. Given the disclosure of these facts, Khawly J. undoubtedly realized that his decision would simply be a stepping stone to a constitutional battle in the higher courts and proceeded accordingly.

assortir ce dernier de conditions adéquates pour protéger la situation très particulière du média et lui donner amplement le temps et la possibilité de justifier l'annulation du mandat, au vu des faits. Le mandat de perquisition et l'ordonnance d'assistance accordés par le juge Khawly en l'espèce prévoyaient un délai d'un mois avant leur exécution de sorte que les appelants puissent demander leur annulation avant toute saisie. Cette façon de procéder leur permettait de constituer un dossier de preuve plus complet que celui qu'ils auraient pu présenter s'ils avaient obtenu un court préavis. Les appelants ont pleinement profité de l'occasion qui leur était ainsi fournie. Leur dossier compte seize volumes. La procédure de révision a débuté au moment du dépôt d'une demande en annulation datée du 30 juillet 2002 et s'est terminée le 21 janvier 2004, date à laquelle la juge Benotto a rendu sa décision. Dans ces circonstances, je ne pense pas que les questions de fardeau et de retenue puissent ou doivent influencer sur le résultat, surtout compte tenu de l'attention que le tribunal a portée à la situation très particulière des médias dans le contexte de l'intérêt public.

[85] Les appelants prétendent que la question de la source secrète n'a pas été bien présentée au juge Khawly. Toutefois, il ressort clairement d'une lecture même rapide de l'affidavit et de la correspondance qui y est jointe, reproduite dans la dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition, que la question des sources secrètes est au cœur de la controverse. Dans une lettre datée du 19 décembre 2001 jointe en annexe et destinée à l'avocat du ministère public, l'avocate du *National Post* a écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « La perquisition en vue de trouver l'enveloppe brune ordinaire est justifiée, le cas échéant, par la conviction qu'elle permettra éventuellement d'identifier une source confidentielle [. . .] nous sommes très préoccupés par la gravité de la violation constitutionnelle qui est sur le point de se produire » (je souligne). L'avocate a tenu des propos similaires dans plusieurs autres documents annexés à la dénonciation. Compte tenu de ces faits, le juge Khawly a certainement compris que sa décision ne serait qu'une étape d'une bataille constitutionnelle qui se livrerait devant les tribunaux supérieurs et il a agi en conséquence.

[86] Khawly J. gave no reasons for proceeding *ex parte* but the appellants' position was fully protected by the terms of his order and they have not demonstrated any prejudice on that account. I agree with the Court of Appeal that the *ex parte* nature of Khawly J.'s order is not a ground for setting the warrant aside on the facts of this case.

(2) Other Lessard Conditions

[87] Apart from the issue of confidential sources, already dealt with, the general warrant in this case complied with other *Lessard* conditions designed to respect the special position of the media. A detailed affidavit established that the search of a newspaper office was a necessity of last resort, as required by *Re Pacific Press; Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, and the cases that followed. This affirmative finding under s. 487.01 established the grounds for the search and compelled the appellants to invoke confidential source privilege by meeting the Wigmore test, which they failed to do, in my opinion. The order of Khawly J. set out conditions governing the search to ensure "that the media organization will not be unduly impeded [by a physical search] in the publishing or dissemination of the news" (*Lessard*, at p. 445). Perhaps most importantly, the order contained the usual clause directing that any documents seized be sealed on request.

[88] The appellants have not established any deficiency in the procedure laid out in the order.

(3) The Assistance Order

[89] The appellants strongly object to the issuance of an assistance order that directed the editor-in-chief of the *National Post* "to take such steps as are necessary" to give effect to the search warrant (A.R., vol. 1, at p. 7). On the evidence before Khawly J., both Mr. McIntosh and other representatives of the *National Post* had made statements

[86] Le juge Khawly n'a pas motivé sa décision d'entendre la demande *ex parte*, mais la situation des appelants était entièrement protégée par les conditions de l'ordonnance; du reste, ils n'ont démontré aucun préjudice à cet égard. Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle le caractère *ex parte* de l'ordonnance rendue par le juge Khawly ne justifie pas l'annulation du mandat au vu des faits de l'affaire.

(2) Autres conditions énoncées dans Lessard

[87] Outre la question des sources confidentielles, dont nous avons traité précédemment, le mandat général respectait les autres conditions énoncées dans l'arrêt *Lessard*, qui visent à tenir compte de la situation très particulière des médias. Un affidavit détaillé a permis d'établir que la perquisition dans les locaux d'un journal était une mesure de dernier recours, ce qu'il faut démontrer suivant *Re Pacific Press; Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, et les jugements ultérieurs. Cette conclusion tirée en application de l'art. 487.01 établit l'existence des motifs justifiant une perquisition et a forcé les appelants à invoquer le privilège du secret des sources en appliquant le test de Wigmore, auquel ils n'ont pas satisfait, à mon avis. L'ordonnance du juge Khawly assortissait la perquisition de conditions visant à garantir « que le média ne soit pas indûment empêché [par une perquisition] de publier ou de diffuser les informations » (*Lessard*, p. 445). Fait peut-être plus important encore, l'ordonnance contenait la condition habituelle prévoyant la mise sous scellés sur demande de tout document saisi.

[88] Les appelants n'ont pas établi que la procédure prévue dans l'ordonnance comportait des vices.

(3) L'ordonnance d'assistance

[89] Les appelants s'opposent énergiquement au prononcé d'une ordonnance d'assistance qui enjoint au rédacteur en chef du *National Post* de prendre [TRADUCTION] « toute mesure jugée nécessaire » pour donner effet au mandat de perquisition (d.a., vol. 1, p. 7). Il ressort de la preuve soumise au juge Khawly que tant M. McIntosh que d'autres

suggesting that while the items described in the search warrant had been deliberately hidden they were within the control of the *National Post*. For instance, on December 13, 2001 counsel for the *National Post* advised Corporal Gallant that “the newspaper does not intend to deliver up to you the ‘plain brown envelope with no return address’ as referred to by Andrew McIntosh . . . at the Toronto meeting” (A.R., vol. 2, at p. 27). Correspondence from counsel for the *National Post* treated the protection of the source’s confidentiality as a *National Post* issue not just a McIntosh issue (A.R., vol. 2, at pp. 27-30). Given the concerted action between Mr. McIntosh and his editor-in-chief, it was entirely reasonable for the issuing judge to enlist the assistance of the editor-in-chief in locating and producing the concealed document.

[90] The appellants claim that the assistance order turns the editor-in-chief into an “agent of the police” in the collection of evidence. This is overly dramatic. Editors, journalists and sources do not, by reason of the important roles they play, cease to be members of the community in which they live. The claim for privilege in this case is rejected. The editor-in-chief, as every other member of the community, is required in the ordinary way to respect the law. From the media perspective, assistance orders requiring the surrender of the document are surely preferable to a physical search of the media premises. In my view, the assistance order was reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

V. Conclusion

[91] I conclude that in the facts of this case the appellants have not established that the public interest in the protection of their secret source(s) outweighs the public interest in the production of the physical evidence of the alleged crimes. For this reason, and also because the warrant as issued was entirely respectful of the special position of the media, I conclude that the warrant and assistance order were properly issued and must be complied with even if the result is to disclose the identity of

représentants du *National Post* ont fait des déclarations selon lesquelles, bien que les éléments dont il est fait mention dans le mandat de perquisition aient été cachés de façon délibérée, le *National Post* en a le contrôle. Ainsi, le 13 décembre 2001, l’avocat du *National Post* a écrit au caporal Gallant : [TRADUCTION] « . . . le journal n’a pas l’intention de vous remettre “l’enveloppe brune ordinaire sans adresse de retour” qu’Andrew McIntosh a mentionnée [. . .] lors de l’entretien tenu à Toronto » (d.a., vol. 2, p. 27). La lettre de l’avocat du *National Post* montre que la question de la protection de la confidentialité de la source touche le *National Post* et pas seulement M. McIntosh (d.a., vol. 2, p. 27-30). Étant donné que M. McIntosh et le rédacteur en chef ont agi de concert, il était tout à fait raisonnable que le juge qui a décerné le mandat ordonne au rédacteur en chef de prêter son assistance en vue de trouver et de produire le document caché.

[90] Les appelants soutiennent que l’ordonnance d’assistance fait du rédacteur en chef un « mandataire de la police » dans la collecte des éléments de preuve. Ils dramatisent indûment la situation. Les rédacteurs en chef, les journalistes et les sources ne cessent pas d’être des membres de leur collectivité en raison du rôle important qu’ils jouent. La revendication du privilège est rejetée dans le présent dossier. Le rédacteur en chef, à l’instar de tout autre membre de la collectivité, doit respecter la loi de la manière ordinaire. Pour les médias, une ordonnance d’assistance exigeant la remise du document est sans doute préférable à une perquisition dans leurs locaux. Selon moi, l’ordonnance d’assistance n’était pas abusive au sens de l’art. 8 de la *Charte*.

V. Conclusion

[91] Compte tenu des faits de la présente affaire, je conclus que les appelants n’ont pas établi que l’intérêt public à la protection de la ou des sources secrètes l’emporte sur l’intérêt public à la production des éléments de preuve matérielle des crimes reprochés. Pour cette raison, et également parce que le mandat de perquisition décerné tenait parfaitement compte de la situation très particulière des médias, j’estime que le mandat et l’ordonnance d’assistance ont été délivrés régulièrement et doivent être

the “secret source” who, on the evidence, “uttered” a forged document. The appeal will therefore be dismissed without costs.

[92] The constitutional questions will be answered as follows:

1. In the context of a relationship between a journalist and a confidential source, when the state seeks to compel the production of information that could identify the source, does the common law Wigmore framework of case-by-case privilege infringe the principle of freedom of the press guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

3. Does s. 487.02 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, when employed to compel a media organization or journalist to assist in giving effect to an authorization, warrant or order, infringe the principle of freedom of the press guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

5. Does s. 487.02 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, when employed to compel a media organization or journalist to assist in giving effect to an authorization, warrant or order, infringe s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

respectés même au risque que soit dévoilée l'identité de la « source secrète » qui, au vu de la preuve, a « mis en circulation » un document contrefait. L'appel est donc rejeté sans dépens.

[92] Les questions constitutionnelles doivent recevoir les réponses suivantes :

1. Dans le contexte des relations entre un journaliste et une source confidentielle, lorsque l'État cherche à contraindre à la production de renseignements susceptibles de permettre l'identification de la source, le cadre du privilège fondé sur les circonstances de chaque cas selon le critère de Wigmore en common law porte-t-il atteinte au principe de liberté de presse garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. L'article 487.02 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, lorsqu'il est invoqué pour contraindre un organe de presse ou un journaliste à prêter son assistance pour l'exécution d'une autorisation, d'un mandat ou d'une ordonnance, porte-t-il atteinte au principe de liberté de presse garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. L'article 487.02 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, lorsqu'il est invoqué pour contraindre un organe de presse ou un journaliste à prêter son assistance pour l'exécution d'une autorisation, d'un mandat ou d'une ordonnance, porte-t-il atteinte à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer: No.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

The following are the reasons delivered by

[93] LEBEL J. — I have read the reasons of my colleagues Binnie and Abella JJ. I agree with Binnie J. that there should be no class privilege to protect communications between journalists and their sources, and that claims of journalist-source privilege should be resolved on a case-by-case basis applying the Wigmore criteria. I am in particular agreement with his weighing of the relevant rights and interests at the last stage of the Wigmore analysis.

[94] However, and with respect for the contrary view of Binnie J., I agree with Abella J. that notice should have been given to the *National Post* in this case. In my opinion, when an application for a search warrant is made, there should, as Abella J. recommends, be a presumptive requirement of notice to the affected media organization. While valid questions may remain as to what constitutes a media organization for the purpose of giving notice, there can be no dispute in the present appeal that a large news media business like the *National Post* belongs to this class.

[95] Even in the most traditional format, the print media, such organizations play a key role in disseminating information and triggering debate on public issues. The process of applying for a search warrant should be sensitive to the need to prevent undue or overly intrusive interference in their operations, regardless of whether the activity in question is investigation, reporting or commentary. The presumption of a notice requirement would allow media organizations to raise their concerns at the

Réponse : Non.

6. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

[93] LE JUGE LEBEL — J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges Binnie et Abella. Je conviens avec le juge Binnie qu'aucun privilège générique ne devrait protéger les communications entre les journalistes et leurs sources et que la revendication du privilège du secret des sources des journalistes doit être tranchée au cas par cas par l'application du test de Wigmore. Je souscris tout particulièrement à la pondération par mon collègue des droits et des intérêts pertinents au dernier volet de cette analyse.

[94] Cependant, avec égard pour l'opinion contraire du juge Binnie, je partage l'avis de la juge Abella selon laquelle le *National Post* aurait dû recevoir un préavis en l'espèce. Selon moi, et comme le recommande la juge Abella, une demande de mandat de perquisition devrait être présumée emporter l'obligation de donner un préavis au média visé. Bien qu'on puisse s'interroger avec raison sur ce qui constitue un média aux fins de la communication d'un préavis, il ne fait aucun doute en l'espèce qu'une importante entreprise de presse comme le *National Post* entre dans la définition d'un média.

[95] Même dans leur manifestation la plus traditionnelle, soit la presse écrite, les médias jouent un rôle essentiel en diffusant l'information et en suscitant des débats sur des questions d'intérêt public. La procédure de demande d'un mandat de perquisition doit donc tenir compte de la nécessité d'éviter des interventions indues ou trop envahissantes dans leurs activités, que ces dernières tiennent du journalisme d'enquête, du reportage ou du commentaire. L'obligation présumée d'aviser les médias

first opportunity, thereby precluding or minimizing unnecessary intrusions into their activities.

[96] I emphasize that this requirement should be presumptive. If the applicant feels that notice should not be given because the situation is urgent or because the information or documents being sought might be lost, the application should state this and explain why the notice requirement should be waived. It would then fall to the authorizing judge to determine whether the requirement should in fact be waived and to craft conditions that would, so far as possible, limit interference with the operations of the affected media organization.

[97] In the circumstances of this case, however, I do not think that the lack of notice rendered the search unreasonable. Moreover, since the authorizing judge proceeded on the basis of established law, I would not quash the search warrant. For these reasons, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[98] ABELLA J. (dissenting) — The media's role in disseminating information is pivotal in its contribution to public debate and thoughtful decision-making. Where there is a potential impediment to the responsible performance of this role, a careful weighing of interests must be undertaken.

[99] It is also undisputed that the investigation of crime is an important public objective, and that the gathering of relevant evidence is integral to this pursuit. But our justice system has always recognized that not all evidence, however relevant, is necessarily available. The laws of hearsay, informer and solicitor-client privilege, as well as the constitutionally mandated exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are all examples of the way the legal system is engaged in a constant balancing of competing interests, eschewing absolutes and mandating that in each case, a judgment must be

permettrait à ces derniers d'exprimer leurs préoccupations à la première occasion, ce qui réduirait, voire préviendrait, les intrusions inutiles dans leurs activités.

[96] Je souligne que l'existence de cette obligation devrait être présumée. Si, de l'avis du demandeur, l'urgence de la situation ou le risque de perte de l'information ou des documents recherchés le dispense du préavis, il devrait le mentionner dans la demande et expliquer pourquoi il convient de lever l'obligation de donner un préavis. Il reviendra alors au juge saisi de la demande de déterminer si l'exigence doit effectivement être levée et d'assortir le mandat de conditions limitant, dans la mesure du possible, les perturbations dans les activités du média visé.

[97] Toutefois, en l'espèce, je ne crois pas que l'absence de préavis rend la perquisition abusive. De plus, puisque le juge a appuyé sa décision sur des règles de droit établies, je n'annulerais pas le mandat de perquisition. Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Version française des motifs rendus par

[98] LA JUGE ABELLA (dissidente) — En tant que diffuseurs de l'information, les médias jouent un rôle capital par leur contribution au débat public et à la prise de décisions réfléchies. Lorsqu'ils risquent d'être empêchés de s'acquitter de leur rôle de façon responsable, les intérêts en jeu doivent être soupesés avec soin.

[99] Il est en outre incontesté que la réalisation d'enquêtes criminelles constitue un objectif public important et que la collecte d'éléments de preuve pertinents fait partie intégrante du processus d'enquête. Cependant, notre système de justice a toujours reconnu que le recours à certains éléments de preuve, si pertinents soient-ils, peut être exclu. Les règles du oui-dire, les privilèges relatifs aux indicateurs et au secret professionnel de l'avocat et l'obligation constitutionnelle d'exclure des éléments de preuve imposée par le par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* constituent autant d'exemples de la façon dont le système juridique

made about which of several significant interests should prevail.

[100] In this case, the state seeks to obtain evidence that is of only questionable assistance in connection with a crime of moderate seriousness. It is information that could, theoretically, identify a journalist's confidential source, a person who may not even be in a position to provide information of any utility whatever to the investigation. When both sides of the scales are weighed in this light, there is, in my view, no contest. I would refuse to order disclosure and quash both the search warrant and assistance order.

Background

[101] In April 2001, Andrew McIntosh, an investigative reporter at the *National Post*, received a sealed brown envelope with no return address. Inside the envelope was a document which, Mr. McIntosh later confirmed, was sent to him by "X", a confidential source. X told Mr. McIntosh that the document was received in the mail from another person whose identity X did not know. X also said that he/she had discarded the envelope the document came in, then mailed the document to Mr. McIntosh in a fresh envelope.

[102] The document appeared to be a copy of a loan authorization prepared by the Business Development Bank of Canada in connection with a loan application by a hotel in Quebec, the Auberge Grand-Mère. One of the document's footnotes included a debt to "JAC Consultants", a Chrétien family investment company.

[103] Mr. McIntosh had taken an interest in the relationship between the then Prime Minister and the owner of the Auberge in the late 1990s. He wrote several articles about it in the *National*

requiert constamment la mise en balance d'intérêts divergents, évite les absolus et oblige le tribunal à décider, dans chaque cas, lequel de divers intérêts importants doit l'emporter.

[100] En l'espèce, l'État cherche à obtenir des éléments de preuve qui sont d'une utilité discutable en rapport avec un crime de gravité modérée. Il s'agit de renseignements qui pourraient permettre, en théorie, d'identifier la source confidentielle d'un journaliste, alors que cette source ne serait peut-être même pas en mesure de fournir des renseignements d'une quelconque utilité pour l'enquête. Dans ce contexte, le résultat de la mise en balance des intérêts opposés me paraît d'une évidence implacable. Je suis d'avis de refuser d'ordonner la divulgation et d'annuler le mandat de perquisition et l'ordonnance d'assistance.

Contexte

[101] En avril 2001, Andrew McIntosh, journaliste d'enquête au *National Post*, a reçu une enveloppe brune scellée, qui ne portait pas l'adresse de l'expéditeur. À l'intérieur de l'enveloppe se trouvait un document qui, comme M. McIntosh l'a confirmé par la suite, lui avait été envoyé par « X », une source confidentielle. X a dit à M. McIntosh qu'il/elle avait reçu le document par la poste d'une autre personne dont il/elle ne connaissait pas l'identité. X a également indiqué avoir jeté l'enveloppe dans laquelle se trouvait le document et avoir ensuite transmis ce dernier à M. McIntosh dans une nouvelle enveloppe.

[102] Le document semblait être une copie d'une autorisation de prêt préparée par la Banque de développement du Canada relativement à une demande d'emprunt par un hôtel du Québec, l'Auberge Grand-Mère. L'une des notes de bas de page du document faisait état d'une dette envers « JAC Consultants », une société d'investissement appartenant à la famille Chrétien.

[103] M. McIntosh s'était intéressé au rapport entre le premier ministre de l'époque et le propriétaire de l'Auberge à la fin des années 1990. Il avait publié plusieurs articles à ce sujet dans le *National*

Post, relying heavily on confidential sources whose information he was able to authenticate.

[104] Mr. McIntosh contacted both the Prime Minister's office and the Bank to verify the latest document. Both said the document was a forgery, and the Bank complained to the RCMP about it. This launched an investigation into the forgery claim. At a meeting with Mr. McIntosh and senior *National Post* personnel on June 7, 2001, the RCMP, through Corporal Roland Gallant, asked for the document and the envelope it came in. Corporal Gallant also asked for the identity of the sender. These requests were refused.

[105] Without notice to the *National Post* or Mr. McIntosh, Corporal Gallant obtained a search warrant and an assistance order. Both were quashed by Benotto J. ((2004), 69 O.R. (3d) 427), but were subsequently reinstated by the Ontario Court of Appeal (2008 ONCA 139, 89 O.R. (3d) 1).

[106] With respect, I do not share the view of the majority that the Court of Appeal was correct in concluding that the documents should be disclosed. In my view, the harm caused by the possible disclosure of the identity of the confidential source in this case is far weightier than any benefit to the investigation of the crime. Moreover, unlike the majority, I am of the view that the *National Post* ought to have received notice of the application for a search warrant. As a result, I would allow the appeal.

Analysis

Journalist-Source Privilege

[107] While the nature and extent of a journalist-source privilege have received extensive judicial consideration in the United States, the United Kingdom, and Europe, they have received little evaluation in this Court (see *Moysa v. Alberta*

Post, en grande partie grâce à des renseignements, dont il avait pu vérifier l'authenticité, provenant de sources confidentielles.

[104] M. McIntosh a communiqué avec le Cabinet du premier ministre et la Banque afin de vérifier le dernier document reçu. Dans les deux cas, on lui a répondu que le document était un faux. La Banque a porté plainte à la GRC, qui a ouvert une enquête sur l'allégation de faux. Le 7 juin 2001, lors d'une rencontre avec M. McIntosh et des cadres supérieurs du *National Post*, la GRC a demandé, par l'intermédiaire du caporal Roland Gallant, qu'on lui remette le document et l'enveloppe dans laquelle il était arrivé. Le caporal Gallant a également demandé qu'on lui révèle l'identité de l'expéditeur. Ces demandes ont essuyé un refus.

[105] Sans préavis au *National Post* ni à M. McIntosh, le caporal Gallant a obtenu un mandat de perquisition et une ordonnance d'assistance, qui ont été tous les deux annulés par la juge Benotto ((2004), 69 O.R. (3d) 427), mais rétablis par la suite par la Cour d'appel de l'Ontario (2008 ONCA 139, 89 O.R. (3d) 1).

[106] En toute déférence, je ne partage pas le point de vue des juges majoritaires selon lequel la Cour d'appel a eu raison de conclure que les documents doivent être divulgués. À mon avis, le préjudice causé par la divulgation éventuelle de l'identité de la source confidentielle en l'espèce pèse beaucoup plus dans la balance que n'importe quel avantage dont pourrait bénéficier l'enquête criminelle. En outre, contrairement aux juges majoritaires, j'estime que le *National Post* aurait dû être avisé de la demande de mandat de perquisition. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Analyse

Privègè du secret des sources des journalistes

[107] Bien que la nature et l'étendue de la protection des sources des journalistes aient été abondamment examinées par les tribunaux aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Europe, notre Cour ne s'est guère prononcée à leur égard (voir *Moysa c.*

(*Labour Relations Board*), [1989] 1 S.C.R. 1572). It is, as a result, instructive to explore briefly how other jurisdictions have approached the issue.

[108] Its inherent complexity is perhaps best exposed by the opinions in *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972). In this landmark decision, the Supreme Court of the United States dealt with journalist-source privilege for the first time, refusing to recognize any constitutional or common law privilege that would allow a reporter to refuse to reveal confidential information to a grand jury. The grand jury in the United States reviews all relevant evidence to determine whether someone should be charged with a crime and, accordingly, has broad investigatory powers.

[109] In the context of this mandate, White J. unequivocally favoured protecting the ability to investigate crime over protecting the media (p. 695). In concurring reasons, Powell J. qualified White J.'s reasons by advocating a more nuanced approach that would require the examination of each case on its own merits (pp. 709-10).

[110] Stewart J. wrote strong dissenting reasons that reflect unambiguous and overriding support for the protection of an independent media and its ability to disseminate news, including the protection of a journalist's confidential sources (p. 725). His three-part test (at p. 743) for deciding whether such a source should be disclosed can be paraphrased as follows:

- Is there probable cause to believe that the journalist has information that is clearly relevant to a specific probable violation of law?
- Can the information be obtained by alternative means that are less destructive of First Amendment rights? and

Alberta (Labour Relations Board), [1989] 1 R.C.S. 1572). Il est donc instructif de regarder brièvement comment cette question a été traitée ailleurs.

[108] Ce sont peut-être les opinions exprimées dans *Branzburg c. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), qui illustrent le mieux la complexité inhérente de la question. Cet arrêt de principe est le premier dans lequel la Cour suprême des États-Unis s'est prononcée sur le privilège du secret des sources des journalistes, en refusant de reconnaître quelque privilège constitutionnel ou de common law que ce soit qui permettrait à un journaliste de refuser de révéler des renseignements confidentiels à un grand jury. Aux États-Unis, le grand jury examine tous les éléments de preuve pertinents pour déterminer si une personne devrait être inculpée d'un crime et il dispose, en conséquence, de vastes pouvoirs d'enquête.

[109] Dans le contexte de ce rôle du grand jury, le juge White a clairement accordé priorité à la protection de la capacité d'enquêter sur un crime plutôt qu'à la protection des médias (p. 695). Dans ses motifs concordants, le juge Powell a apporté une réserve aux motifs du juge White en préconisant une approche plus nuancée qui obligerait les tribunaux à examiner chaque affaire en fonction des faits qui lui sont propres (p. 709-710).

[110] Le juge Stewart a rédigé une forte dissidence qui témoigne d'un appui prépondérant et non équivoque à la protection de médias indépendants et à leur capacité à diffuser des nouvelles, et notamment à la protection des sources confidentielles des journalistes (p. 725). Le test en trois volets qu'il propose (p. 743) pour décider s'il y a lieu de divulguer une telle source peut être paraphrasé ainsi :

- Existe-t-il un motif probable de croire que le journaliste possède des renseignements manifestement pertinents concernant la perpétration probable d'une violation précise de la loi?
- Peut-on obtenir ces renseignements en ayant recours à d'autres moyens qui porteraient moins atteinte aux droits garantis par le Premier amendement?

- Is there a compelling and overriding interest in the information?

[111] American cases decided after *Branzburg* appear to have preferred Stewart J.'s case-by-case approach, balancing the interests of the press against other societal interests such as crime prevention, prosecution and investigation (see *In re Grand Jury Subpoena, Judith Miller*, 397 F.3d 964 (D.C. Cir. 2005); *New York Times Co. v. Gonzales*, 459 F.3d 160 (2d Cir. 2006); Eric M. Freedman, "Reconstructing Journalists' Privilege" (2008), 29 *Cardozo L. Rev.* 1381, at pp. 1384-85; Joel M. Gora, "The Source of the Problem of Sources: The First Amendment Fails the Fourth Estate" (2008), 29 *Cardozo L. Rev.* 1399, at p. 1405).

[112] This balancing is the approach that has been adopted by the Department of Justice in the United States in its policy on the issuance of subpoenas to the news media, as codified in the *Code of Federal Regulations*:

... the approach in every case [of determining whether to request issuance of a subpoena to a member of the news media] must be to strike the proper balance between the public's interest in the free dissemination of ideas and information and the public's interest in effective law enforcement and the fair administration of justice. [28 C.F.R. § 50.10(a) (2009)]

[113] The United Kingdom, Europe, Australia and South Africa are at various stages of development in terms of recognizing a journalist-source privilege but, like the United States, appear to apply a balancing approach (see *X Ltd. v. Morgan-Grampian Ltd.*, [1991] 1 A.C. 1 (H.L.); *Ashworth Hospital Authority v. MGN Ltd.*, [2002] UKHL 29, [2002] 1 W.L.R. 2033; E.C.H.R., *Goodwin v. The United Kingdom*, judgment of 27 March 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II; Peter Bartlett, "Australia", in Charles J. Glasser Jr., ed., *International Libel and Privacy Handbook* (2nd ed. 2009), 66, at p. 77; South Africa, *Criminal Procedure Act*, No. 51 of 1977, ss. 189 and 205; Janice Brabyn, "Protection Against Judicially Compelled Disclosure of the

- Les renseignements présentent-ils un intérêt impérieux et prépondérant?

[111] La jurisprudence américaine postérieure à l'arrêt *Branzburg* semble avoir privilégié la méthode d'examen au cas par cas proposée par le juge Stewart, en soupesant les intérêts de la presse par rapport à d'autres intérêts sociétaux comme la prévention, les poursuites et les enquêtes en matière criminelle (voir *In re Grand Jury Subpoena, Judith Miller*, 397 F.3d 964 (D.C. Cir. 2005); *New York Times Co. c. Gonzales*, 459 F.3d 160 (2d Cir. 2006); Eric M. Freedman, « Reconstructing Journalists' Privilege » (2008), 29 *Cardozo L. Rev.* 1381, p. 1384-1385; Joel M. Gora, « The Source of the Problem of Sources : The First Amendment Fails the Fourth Estate » (2008), 29 *Cardozo L. Rev.* 1399, p. 1405).

[112] C'est cette méthode de mise en balance qu'a retenue le département de la Justice des États-Unis dans sa politique relative à l'assignation des médias d'information, codifiée dans le *Code of Federal Regulations* :

[TRADUCTION] ... la façon de procéder dans chaque cas [pour décider s'il y a lieu de demander l'assignation d'un membre des médias d'information], consiste à trouver un juste équilibre entre l'intérêt du public à la libre diffusion des idées et de l'information et l'intérêt du public à l'application efficace de la loi et à une saine administration de la justice. [28 C.F.R. § 50.10(a) (2009)]

[113] Le Royaume-Uni, l'Europe, l'Australie et l'Afrique du Sud n'en sont pas au même point pour ce qui est de la reconnaissance d'un privilège du secret des sources des journalistes, mais, à l'instar des États-Unis, ils semblent se livrer à un exercice de pondération (voir *X Ltd. c. Morgan-Grampian Ltd.*, [1991] 1 A.C. 1 (H.L.); *Ashworth Hospital Authority c. MGN Ltd.*, [2002] UKHL 29, [2002] 1 W.L.R. 2033; C.E.D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 27 mars 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II; Peter Bartlett, « Australia », dans Charles J. Glasser Jr., dir., *International Libel and Privacy Handbook* (2^e éd. 2009), 66, p. 77; Afrique du Sud, *Criminal Procedure Act*, n^o 51 de 1977, art. 189 et 205; Janice Brabyn, « Protection

Identity of News Gatherers' Confidential Sources in Common Law Jurisdictions" (2006), 69 *Mod. L. Rev.* 895, at pp. 925-27).

[114] This international perspective leads me to agree with Binnie J. that journalist-source privilege should be assessed on a case-by-case basis. I accept the criticism that this approach can create some imprecision, but judges rarely have the luxury of applying absolute rules and adjudicate of necessity in fields of law bounded by designated borders within which discretion is exercised based on the particular circumstances of the case. In other words, balancing competing interests, with all its inherent nuance and imprecision, is a core and routine judicial function.

[115] Like Binnie J. too, I think that this balancing should be done in accordance with the four Wigmore criteria infused with *Charter* values (*Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 30). And finally, I agree that the first three Wigmore criteria are met in this case.*

[116] Where I respectfully part company with Binnie J. is at the fourth and final stage of the

* The first three Wigmore criteria are:

(1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.

(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.

(*Wigmore on Evidence* (McNaughton Rev. 1961), vol. 8, at § 2285 (emphasis in original))

Against Judicially Compelled Disclosure of the Identity of News Gatherers' Confidential Sources in Common Law Jurisdictions » (2006), 69 *Mod. L. Rev.* 895, p. 925-927).

[114] Cette perspective internationale m'amène à souscrire à la conclusion du juge Binnie selon laquelle le privilège du secret des sources des journalistes devrait être examiné au cas par cas. J'accepte la critique selon laquelle cette façon de procéder peut engendrer une certaine imprecision, mais les juges ont rarement le luxe d'appliquer des règles absolues et rendent jugement, par la force des choses, dans des domaines du droit circonscrits par des limites bien définies à l'intérieur desquelles ils exercent leur pouvoir discrétionnaire en fonction des circonstances propres à chaque affaire. Autrement dit, la pondération d'intérêts divergents, avec les nuances et l'imprécision qui la caractérisent, représente une fonction judiciaire courante et essentielle.

[115] J'estime aussi, comme le juge Binnie, que la pondération doit s'effectuer en fonction des quatre critères énoncés par Wigmore, de manière à refléter les valeurs consacrées par la *Charte* (*Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 30). Enfin, je reconnais que les trois premiers critères énoncés par Wigmore sont remplis en l'espèce*.

[116] En toute déférence, cependant, je ne partage pas l'avis du juge Binnie en ce qui concerne

* Voici les trois premiers critères de Wigmore :

[TRADUCTION]

(1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le *caractère confidentiel doit être* un élément *essentiel* au maintien complet et satisfaisant des relations entre les parties.

(3) Les *relations* doivent être de la nature de celles qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être *entretenu*es assidûment.

(*Wigmore on Evidence* (rév. McNaughton 1961), vol. 8, § 2285 (en italique dans l'original))

Wigmore test. This is the step at which the claimant has the burden of demonstrating that “[t]he injury that would inure to the [relationship] by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation” (emphasis in original).

[117] This means looking first at what injury is caused by disclosing the material and potentially the identity of the confidential source. The context for considering the *particular* harm in this case is the role of confidential sources generally in the responsible performance of the media’s role. In my view, those sources represent a significant and legitimate journalistic tool, and where reasonable, good faith efforts have been made to confirm the reliability of the information from those sources, their confidentiality ought to be protected.

[118] In *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, this Court recognized that the use of confidential sources could be an integral part of responsible journalism in communicating matters of public interest:

It may be responsible to rely on confidential sources, depending on the circumstances; a defendant may properly be unwilling or unable to reveal a source in order to advance the defence. [para. 115]

(See also *St. Elizabeth Home Society v. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 230 C.C.C. (3d) 199.)

[119] In the United States, approximately three dozen states have enacted press “shield laws” protecting the relationship between a news reporter and his or her source. All but one of the remaining states judicially recognize some form of journalist-source privilege. While the scope of the protection varies from state to state, most of these protective laws offer some form of qualified privilege to reporters consistent with the three-part test suggested by Stewart J. in *Branzburg*, that is, source

le quatrième et dernier volet du test proposé par Wigmore. Il s’agit de l’étape à laquelle le demandeur a le fardeau de démontrer qu’il a satisfait au critère selon lequel [TRADUCTION] « [l]e *préjudice* que subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l’avantage* à retirer d’une juste décision » (en italien dans l’original).

[117] Ceci nous amène à déterminer en premier lieu quel préjudice est causé par la divulgation des documents et, éventuellement, de l’identité de la source confidentielle. En l’espèce, il faut envisager ce préjudice sous l’angle de l’importance générale des sources confidentielles dans l’exercice responsable du rôle des médias. À mon avis, ces sources représentent un outil journalistique important et légitime. Par conséquent, lorsque des mesures raisonnables ont été prises de bonne foi en vue de confirmer la fiabilité des renseignements transmis par de telles sources, la confidentialité de ces dernières mérite d’être protégée.

[118] Dans l’arrêt *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, la Cour a reconnu que le recours à des sources confidentielles pourrait faire partie intégrante du journalisme responsable dans la communication touchant les questions d’intérêt public :

Se fier à des sources confidentielles peut, selon les circonstances, constituer une conduite responsable; un défendeur peut légitimement refuser [ou être incapable] de révéler l’identité d’une source pour se prévaloir de la défense . . . [par. 115]

(Voir également *St. Elizabeth Home Society c. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 230 C.C.C. (3d) 199.)

[119] Aux États-Unis, une trentaine d’États environ ont protégé la presse par des mesures législatives visant à préserver la relation entre un journaliste et sa source. Dans tous les autres États sauf un, les tribunaux reconnaissent une forme quelconque de privilège du secret des sources des journalistes. Bien que l’étendue de la protection varie d’un État à l’autre, la plupart de ces mesures législatives offrent aux journalistes une forme quelconque d’immunité relative compatible avec le test en trois

information is protected unless the party seeking disclosure can establish that (i) the information is relevant; (ii) the information is unavailable through other sources; and (iii) a compelling public interest exists for the disclosure of the information (CRS Report for Congress, *Journalists' Privilege to Withhold Information in Judicial and Other Proceedings: State Shield Statutes*, June 27, 2007, at pp. CRS-1 and CRS-2). A bill to provide such protection at the federal level (the *Free Flow of Information Act of 2009*, H.R. 985) was passed by the House of Representatives in March 2009 and is currently before the Senate. Similar legislative protection exists in the United Kingdom, Australia, Austria, France, Germany, Japan, Norway and Sweden (see Kyu Ho Youm, "International and Comparative Law on the Journalist's Privilege: The *Randal* Case as a Lesson for the American Press" (2006), 1 *J. Int'l Media & Ent. L.* 1; Article 19 and Interights, *Briefing Paper on Protection of Journalists' Sources: Freedom of Expression Litigation Project*, May 1998 (online)).

[120] The importance of confidential sources has also been judicially recognized in *John v. Express Newspapers*, [2000] 3 All E.R. 257 (C.A.), at p. 266; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [2001] 2 A.C. 127 (H.L.), at p. 200; *Ernst v. Belgium* (2004), 39 E.H.R.R. 724, at paras. 91-93 and 102-5; *Voskuil v. Netherlands* (2007), 24 B.H.R.C. 306 (E.C.H.R.), at para. 65; *Prosecutor v. Brdjanin and Talic*, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber, Case No. IT-99-36-AR73.9, 11 December 2002, at paras. 43-44; *Van den Biggelaar v. Dohmen/Langenberg*, Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of the Netherlands), 10 May 1996, NJ 1996/578; Bartlett, at p. 77; *Goodwin and Ashworth*.

[121] In the case before us, the information provided by X — and other confidential sources — was crucial to Mr. McIntosh's ability to write about the relationship between the then Prime Minister and the Auberge. And the record in the case before us contains affidavits from several journalists stressing the importance of protecting confidential sources

volets proposé par le juge Stewart dans *Branzburg*, en protégeant l'information fournie par la source à moins que la partie qui en demande la divulgation puisse établir que : (i) l'information est pertinente; (ii) l'information ne peut être obtenue d'autres sources; et (iii) un intérêt public impérieux milite en faveur de la divulgation de l'information (rapport du CRS au Congrès, *Journalists' Privilege to Withhold Information in Judicial and Other Proceedings : State Shield Statutes*, 27 juin 2007, p. CRS-1 et CRS-2). Un projet de loi visant à offrir une telle protection à l'échelle fédérale (*Free Flow of Information Act of 2009*, H.R. 985) a été adopté par la Chambre des représentants en mars 2009 et est actuellement à l'étude au Sénat. Il existe une protection législative semblable au Royaume-Uni, en Australie, en Autriche, en France, en Allemagne, au Japon, en Norvège et en Suède (voir Kyu Ho Youm, « International and Comparative Law on the Journalist's Privilege : The *Randal* Case as a Lesson for the American Press » (2006), 1 *J. Int'l Media & Ent. L.* 1; Article 19 and Interights, *Briefing Paper on Protection of Journalists' Sources : Freedom of Expression Litigation Project*, mai 1998 (en ligne)).

[120] Les tribunaux ont eux aussi reconnu l'importance des sources confidentielles dans *John v. Express Newspapers*, [2000] 3 All E.R. 257 (C.A.), p. 266; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [2001] 2 A.C. 127 (H.L.), p. 200; *Ernst v. Belgique*, C.E.D.H., n° 33400/96, 15 juillet 2003, par. 91-93 et 102-105; *Voskuil v. Netherlands* (2007), 24 B.H.R.C. 306 (C.E.D.H.), par. 65; *Procureur v. Brdjanin et Talic*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, n° IT-99-36-AR73.9, 11 décembre 2002, par. 43-44; *Van den Biggelaar v. Dohmen/Langenberg*, Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême néerlandaise), jugement du 10 mai 1996, NJ 1996/578; Bartlett, p. 77; *Goodwin et Ashworth*.

[121] Dans l'affaire qui nous occupe, l'information fournie par X — et d'autres sources confidentielles — était cruciale pour les articles de M. McIntosh au sujet du rapport entre le premier ministre de l'époque et l'Auberge. Le dossier en l'espèce contient des affidavits de plusieurs journalistes qui soulignent l'importance de protéger les sources

in their ability to gather and report the news. Peter Desbarats, former Dean of the Graduate School of Journalism at the University of Western Ontario, stressed the importance of such sources to “investigative journalists [in seeking] to serve the public interest by bringing to public attention matters that people in authority are less than anxious to have subjected to public scrutiny”. In his view:

Given my experience in the world of journalism, it is my opinion that the interests of a free press require the court to recognize the special relationship between a journalist and a confidential source who has been given a promise of secrecy. The giving of promises of secrecy is essential to a free and vigorous press, which in turn is essential to ensuring a well informed citizenry and a vibrant democracy.

As Mr. McIntosh himself stated in his affidavit, echoing the experiences expressed by other journalists in the various affidavits submitted in these proceedings:

... sometimes a source will share either confidential information and/or documents with me for use in a story on the explicit condition that under no circumstances is their identity as the source of the information or documents ever to be publicly disclosed to anyone, particularly in the event of a legal proceeding, public hearing or official inquiry of any kind that may result from the publication of the subsequent story

... my effectiveness as an investigative reporter would be seriously impaired because key sources would no longer trust me to keep their identities confidential, thereby preventing me from getting the sensitive information I need to do my job and reveal matters of public interest that might otherwise remain unknown to the Canadian public.

[122] Nor can the chilling effect that could result from the compelled disclosure of confidential journalistic sources be ignored as a consequential harm. This concern was expressed nearly three decades ago by the House of Lords in *British Steel Corp. v. Granada Television Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 417:

confidentielles pour qu'ils puissent recueillir et rapporter l'information. Peter Desbarats, l'ancien doyen de l'école supérieure de journalisme de l'Université Western Ontario, a souligné l'importance de ces sources pour les [TRADUCTION] « journalistes d'enquête [lorsqu'ils cherchent] à servir l'intérêt public en mettant en lumière des sujets que les gens au pouvoir sont loin d'être enchantés de voir soumis à un examen public approfondi ». À son avis :

[TRADUCTION] Compte tenu de mon expérience dans le monde du journalisme, j'estime que les intérêts d'une presse libre exigent des tribunaux qu'ils reconnaissent le rapport particulier entre un journaliste et la source à qui l'anonymat a été promis. De telles promesses sont essentielles à une presse libre et dynamique, qui est elle-même essentielle à l'information des citoyens et à une robuste démocratie.

M. McIntosh, se faisant l'écho de l'expérience décrite par d'autres journalistes dans les différents affidavits déposés en l'espèce, a lui-même déclaré dans le sien :

[TRADUCTION] ... une source me donne parfois des documents ou des renseignements confidentiels pour un article, à la condition expresse que son identité en tant que source des renseignements ou des documents ne soit jamais divulguée publiquement à qui que ce soit, quelles que soient les circonstances, particulièrement dans l'éventualité d'une procédure judiciaire, d'une audience publique ou d'une enquête officielle, de quelque nature que ce soit, qui pourrait découler de la publication de l'article

... mon efficacité en tant que journaliste d'enquête serait gravement compromise parce que mes sources essentielles ne me feraient plus confiance pour garder leur identité secrète, ce qui m'empêcherait d'obtenir les renseignements sensibles dont j'ai besoin pour faire mon travail et révéler des faits d'intérêt public qui risqueraient autrement de rester inconnus de la population canadienne.

[122] L'effet de dissuasion qui pourrait découler de la divulgation forcée des sources confidentielles des journalistes ne peut non plus être ignoré comme préjudice en résultant. La Chambre des lords a exposé ce problème il y a près de trois décennies dans *British Steel Corp. c. Granada Television Ltd.*, [1981] 1 All E.R. 417 :

[T]he newspapers should not in general be compelled to disclose their sources of information. Neither by means of discovery before trial. Nor by questions or cross-examination at the trial. Nor by subpoena. The reason is because, if they were compelled to disclose their sources, they would soon be bereft of information which they ought to have. Their sources would dry up. Wrongdoing would not be disclosed. . . . Misdeeds in the corridors of power, in companies or in government departments would never be known. Investigative journalism has proved itself as a valuable adjunct of the freedom of the press. [p. 441]

[123] Similarly, in the recent case of *Financial Times Ltd. v. The United Kingdom*, [2009] ECHR 2065 (BAILII), the European Court of Human Rights warned:

While . . . the applicants in the present case were not required to disclose documents which would directly result in the identification of the source but only to disclose documents which might, upon examination, lead to such identification, the Court does not consider this distinction to be crucial. In this regard, the Court emphasises that a chilling effect will arise wherever journalists are seen to assist in the identification of anonymous sources. In the present case, it was sufficient that information or assistance was required under the disclosure order for the purpose of identifying X. [Emphasis added; para. 70.]

[124] There is no doubt that caution must be exercised in ensuring the quality and veracity of the confidentially received information (see David Abramowicz, “Calculating the Public Interest in Protecting Journalists’ Confidential Sources” (2008), 108 *Colum. L. Rev.* 1949, at pp. 1966-70), but in the case before us, Mr. McIntosh had a sound basis for his confidence in X’s reliability.

[125] Although this was X’s first direct contact with Mr. McIntosh, X’s reliability had been previously confirmed. Through another confidential source, “Y”, Mr. McIntosh had ascertained that the Prime Minister had made several telephone calls to the Bank in connection with loans to the Auberge. Y had received this information from X, including:

[TRADUCTION] [L]es journaux ne devraient pas, en général, être forcés de révéler leurs sources d’information, ni au moyen d’un interrogatoire préalable au procès, ni par des questions ou un contre-interrogatoire pendant le procès, ni au moyen d’une assignation, car s’ils étaient contraints de révéler leurs sources, ils seraient vite privés des renseignements dont ils ont besoin. Leurs sources se tariraient. Les actes répréhensibles ne seraient pas dénoncés. [. . .] Les méfaits dans les coulisses du pouvoir, au sein d’entreprises ou de ministères ne seraient jamais connus. Le journalisme d’enquête s’est avéré un complément précieux de la liberté de presse. [p. 441]

[123] De même, récemment, dans l’affaire *Financial Times Ltd. c. The United Kingdom*, [2009] ECHR 2065 (BAILII), la Cour européenne des droits de l’homme a fait la mise en garde suivante :

[TRADUCTION] Bien que [. . .] on n’ait pas demandé aux demandeurs en l’espèce de divulguer des documents pouvant révéler directement l’identité de la source, mais uniquement des documents qui, après examen, pourraient conduire à sa découverte, la Cour estime que cette distinction n’est pas cruciale. À cet égard, la Cour souligne qu’un effet de dissuasion se produira chaque fois qu’on verra des journalistes aider à identifier des sources anonymes. En l’espèce, il suffisait que des renseignements ou de l’aide soient exigés en vertu de l’ordonnance de communication en vue d’identifier X. [Je souligne; par. 70.]

[124] Il ne fait aucun doute que la prudence est de mise lorsqu’il s’agit de vérifier la qualité et la véracité de l’information obtenue de source confidentielle (voir David Abramowicz, « Calculating the Public Interest in Protecting Journalists’ Confidential Sources » (2008), 108 *Colum. L. Rev.* 1949, p. 1966-1970). Or, en l’espèce, M. McIntosh avait de solides raisons de croire à la fiabilité de X.

[125] Même s’il s’agissait de la première fois que X entrait en communication directe avec M. McIntosh, sa fiabilité avait préalablement été confirmée. Par l’intermédiaire d’une autre source confidentielle, « Y », M. McIntosh avait pu vérifier le fait que le premier ministre avait fait plusieurs appels téléphoniques à la Banque au sujet des prêts consentis à l’Auberge. Y tenait ces renseignements de X, et ces derniers comprenaient :

- a letter from the manager of the Trois-Rivières Bank branch to a senior vice-president of the Bank expressing concern about the risky nature of the loan applied for by the Auberge and recommending the application's referral to a credit committee at the Bank;
 - a letter from the owner of the Auberge to the Prime Minister urging him to intervene to ensure he got the loan he needed; and
 - a Bank document containing “media lines” — “politically acceptable” responses — to respond to anticipated questions from reporters about the Prime Minister’s telephone calls to the Bank to ensure the approval of the loans to the Auberge.
- une lettre de la directrice de la succursale de Trois-Rivières de la Banque à un premier vice-président de la Banque soulevant des réserves à propos du risque présenté par le prêt sollicité par l’Auberge et recommandant le renvoi de la demande à un comité de crédit de la Banque;
 - une lettre du propriétaire de l’Auberge adressée au premier ministre dans laquelle il exhorte ce dernier à intercéder pour faire en sorte que le prêt demandé lui soit consenti;
 - un document de la Banque présentant des « infocapsules » — des réponses « politiquement acceptables » — destinées aux questions attendues des journalistes à propos des appels du premier ministre à la Banque ayant pour objet l’approbation des prêts demandés par l’Auberge.

Y also showed Mr. McIntosh documents detailing the dates of telephone calls by the Prime Minister to the Bank.

Y a également montré à M. McIntosh des documents énumérant les dates des appels téléphoniques du premier ministre à la Banque.

[126] Several separate and independent confidential sources provided information to Mr. McIntosh that corroborated these telephone calls, both before and after Mr. McIntosh viewed the documents shown to him by Y. And despite originally denying any involvement in the Bank’s decision to grant a loan to the Auberge, the Prime Minister later confirmed that he had indeed made the telephone calls to the Bank, but denied that there was anything improper or unusual about requesting the Bank to “settle” a file that “was not moving”.

[126] Plusieurs autres sources confidentielles indépendantes ont fourni des renseignements à M. McIntosh corroborant l’information sur les appels téléphoniques, avant et après la consultation par ce dernier des documents présentés par Y. Même s’il avait d’abord nié toute ingérence dans la décision prise par la Banque de consentir un prêt à l’Auberge, le premier ministre a par la suite reconnu avoir fait ces appels téléphoniques à la Banque. Toutefois, selon lui, demander à la Banque de « régler » un dossier qui « ne bougeait pas » n’avait rien d’irrégulier ni d’inusité.

[127] In addition to relying on this prior and positive experience with X, Mr. McIntosh explained in his affidavit that he sought to test X’s credibility in connection with this latest document by asking for an affidavit from him/her:

[127] En plus de se fier à cette expérience antérieure avec X, qui avait été positive, M. McIntosh, comme il l’a expliqué dans son affidavit, a tenté de tester la crédibilité de X à l’égard du dernier document reçu en lui demandant de signer un affidavit :

I asked X whether he/she would be prepared to swear a confidential affidavit confirming that he/she did not alter or forge the loan authorization document. I used this approach to test X’s integrity. As X agreed without hesitation to swear such an affidavit, I did not proceed further with this request.

[TRADUCTION] J’ai demandé à X s’il/elle accepterait de signer un affidavit confidentiel confirmant qu’il/elle n’avait pas modifié ou falsifié l’autorisation de prêt. J’ai utilisé cette approche pour tester l’intégrité de X. Comme X a accepté sans hésitation de signer un tel affidavit, je ne suis pas allé plus loin.

[128] And to protect his own integrity, Mr. McIntosh told X that he would only protect his/her confidentiality if he were satisfied that he was not being misled:

I stated to Confidential Source X that as long as I believed that he/she had not provided the document to deliberately mislead me, my undertaking of confidentiality would remain binding. I also told Confidential Source X that should irrefutable evidence to the contrary emerge, our agreement of confidentiality would become null and void. X agreed to these terms.

[129] Given Mr. McIntosh's reputation, it strikes me as counterintuitive to conclude that he would protect the identity of a source whom he suspects of *knowingly* providing him with false information. Mr. McIntosh should not be taken to have intended to risk his reputation or his livelihood so easily.

[130] Where, as here, the journalist has taken credible and reasonable steps to determine the authenticity and reliability of his source, one should respect his professional judgment and pause, it seems to me, before trespassing on the confidentiality which is the source of the relationship.

[131] Having identified what I see as demonstrable and profound injury to the journalist/source relationship resulting from disclosure of the documents and potentially the identity of the source in this case, the other side of the Wigmore balancing exercise requires consideration of the countervailing benefits of disclosure. For the reasons that follow, I see those benefits as ranging from speculative to negligible.

[132] Corporal Gallant said that he wanted the loan authorization document as well as the envelope it came in, in the hopes that these materials would reveal the identity of the source of the alleged forgery. As he said in his Information to Obtain:

The brown envelope that contained the documents and that was received by the National Post can contain

[128] De plus, afin de protéger sa propre intégrité, M. McIntosh a expliqué à X qu'il ne garderait son identité secrète que s'il était convaincu de ne pas avoir été induit en erreur :

[TRADUCTION] J'ai assuré à la source confidentielle X que, tant que je croirais qu'il/elle ne m'avait pas remis le document afin de m'induire délibérément en erreur, je demeurerais lié par mon engagement de confidentialité. Je lui ai également dit que si une preuve contraire irréfutable était portée à ma connaissance, notre entente de confidentialité deviendrait nulle. X a accepté ces conditions.

[129] Étant donné la réputation de M. McIntosh, il me semble illogique de conclure qu'il protégerait l'identité d'une source qu'il soupçonne de lui avoir *sciemment* communiqué de faux renseignements. Il n'y a pas lieu de présumer qu'il était dans l'intention de M. McIntosh de risquer de ternir sa réputation ou de compromettre son gagne-pain aussi facilement.

[130] Lorsque, comme en l'espèce, le journaliste a pris des mesures raisonnables et crédibles pour vérifier l'authenticité et la fiabilité de sa source, il faut respecter son jugement professionnel et hésiter, il me semble, à compromettre la confidentialité à l'origine de la relation.

[131] Je viens de présenter le préjudice démontrable et grave, à mes yeux, que porterait aux rapports entre le journaliste et sa source la divulgation des documents et, éventuellement, de l'identité de la source en l'espèce. Il est maintenant temps de se tourner vers l'autre volet de l'exercice de mise en balance établi par Wigmore et de soupeser les avantages à retirer de la divulgation. Pour les motifs qui suivent, j'estime que ces avantages sont négligeables, voire hypothétiques.

[132] Aux dires du caporal Gallant, il voulait l'autorisation de prêt et l'enveloppe dans laquelle elle était arrivée dans l'espoir que ces documents révèlent l'identité de la source du prétendu faux. Voici ce qu'il a dit dans sa dénonciation en vue d'obtenir un mandat :

[TRADUCTION] L'enveloppe brune qui contenait les documents et qu'a reçue le National Post peut renfermer

information. I wish to submit it for forensic examination to determine whether it, or the false document, has fingerprints or other identifying markings which might assist in identifying the source of the document. As the forged object it will be required as evidence to substantiate any charge arising out of this investigation.

[133] Corporal Gallant had consulted a document examiner at the RCMP Central Forensic Laboratory in Ottawa to determine what forms of evidence an examination of the materials could yield:

She . . . confirmed for me that it may be possible to acquire biological material (saliva) left on a stamp or seal of an envelope, if the person placing the stamp or closing the seal licked the stamp/seal to engage the adhesive. Finally, she confirmed that it may be possible to fingerprint the documents to identify who had handled them. [Emphasis added.]

[134] At best, then, “it may be possible” to acquire identifying information. Based on the record, however, there is a fatal disconnect between the envelope, the documents, the identity of X and the alleged forgery, regardless of the fruits of the forensic testing.

[135] As previously noted, X told Mr. McIntosh that he/she received the document anonymously in the mail, had discarded the envelope, and forwarded the document to Mr. McIntosh in a different envelope. It also appears from the record that X did not know the document might be a forgery when it was sent to Mr. McIntosh. Since X did not know the identity of the person from whom he/she had received the document, learning X’s identity would yield virtually no evidence that could assist in determining who was responsible for the alleged forgery.

[136] Secondly, Corporal Gallant said in cross-examination that “[t]he more documents are manipulated, the least likely the chances of getting fingerprints off of it”, and acknowledged that there was a “far more remote and speculative possibility that that same document [had] the prints

des renseignements. Je désire la soumettre à une expertise criminalistique pour vérifier si cette enveloppe ou le faux document portent des empreintes digitales ou d’autres marques d’identification susceptibles d’aider à l’identification de la source du document. Comme le faux document, elle sera requise comme élément de preuve pour étayer toute accusation découlant de la présente enquête.

[133] Le caporal Gallant avait consulté une experte en écritures du Laboratoire judiciaire central de la GRC à Ottawa afin de déterminer le genre de preuve qu’un examen des documents pourrait générer :

[TRADUCTION] Elle [. . .] m’a confirmé qu’il pourrait être possible de trouver une matière biologique (salive) laissée sur un timbre ou sur le rabat d’une enveloppe si, en affranchissant ou en cachetant l’enveloppe, la personne a léché le timbre ou le rabat pour les coller. Enfin, elle a confirmé qu’il pourrait être possible de relever les empreintes digitales sur les documents pour identifier les personnes qui les ont manipulés. [Je souligne.]

[134] Au mieux, « il pourrait être possible », dans ce cas, de relever de l’information permettant d’identifier la source. Toutefois, le dossier ne révèle aucun lien entre l’enveloppe, les documents, l’identité de X et le prétendu faux, et cette absence de lien est fatale, quel que soit le résultat de l’analyse criminalistique.

[135] Comme je l’ai mentionné précédemment, X a dit à M. McIntosh qu’il/elle avait reçu le document d’une source anonyme par la poste, avait jeté l’enveloppe et envoyé le document à M. McIntosh dans une autre enveloppe. De plus, il ressort du dossier que X ne savait pas que le document pouvait être faux lorsqu’il/elle l’a envoyé à M. McIntosh. Comme X ne connaissait pas l’identité de la personne de qui il/elle avait reçu le document, apprendre l’identité de X ne fournirait pratiquement aucune preuve pouvant aider à déterminer qui était la personne responsable du prétendu faux.

[136] Deuxièmement, le caporal Gallant a dit en contre-interrogatoire que [TRADUCTION] « [p]lus les documents sont manipulés, moins on a de chances d’y relever des empreintes digitales » et a reconnu qu’il y avait une [TRADUCTION] « possibilité beaucoup plus faible et hypothétique que ce document

of the forger". Both the document and the envelope had been extensively handled. Mr. McIntosh took the document and envelope with him from Ottawa to Toronto, where they were handled by the lawyer for the *National Post*, the editor-in-chief and the deputy editor. It is therefore possible that even forensic testing, including DNA testing of the materials, would not be of any assistance in identifying the alleged forger.

[137] And this brings us to another factor limiting the benefit to the criminal investigation of learning X's identity. On cross-examination, Corporal Gallant explained that he wanted to learn X's identity because he wanted to question X about X's source, whose identity, it should be remembered, was unknown to X:

A We knew that that person could potentially open other avenues for the investigation, and we could possibly determine from where that person obtained that information. So our role in this was in fact to find this person, but also to speak to this person to see if we could find -- to go backward in order to find the person that might have sent the document in the first place, and this person could potentially help us in our investigation, and this person could potentially be considered as a suspect or a witness, but at that time we did not know.

Q And assuming if you accept what Mr. McIntosh has said, and you don't have evidence to the contrary, "X" who sent the document to Mr. McIntosh also received the document anonymously; isn't that correct?

A That is in fact what Mr. McIntosh wrote, but, myself, I have not had an opportunity to speak to that person.

Q And you have no information to the contrary that would indicate other than what Mr. McIntosh has said?

A No, Your Honour.

Q So, do you agree, Corporal Gallant, that as the matter is now known to stand, the person who sent the document is not -- there is no evidence that that person is the forger? No suggestion that he or she is the forger?

[porte] les empreintes du faussaire ». Le document et l'enveloppe avaient été tous les deux largement manipulés. M. McIntosh a apporté le document et l'enveloppe avec lui d'Ottawa à Toronto, où ils ont été manipulés par l'avocat du *National Post*, le rédacteur en chef et le rédacteur adjoint. En conséquence, il est possible que même une analyse criminalistique, notamment une analyse génétique, des documents ne soit d'aucune utilité pour identifier le prétendu faussaire.

[137] Ce qui nous amène à un autre facteur minimisant l'avantage que représente pour l'enquête criminelle le dévoilement de X. Lors du contre-interrogatoire, le caporal Gallant a expliqué qu'il voulait connaître l'identité de X parce qu'il souhaitait l'interroger sur sa source, dont l'identité, faut-il le rappeler, était inconnue de X :

[TRADUCTION]

R Nous savions que cette personne pourrait peut-être nous orienter vers d'autres pistes d'enquête et que nous pourrions peut-être découvrir d'où cette personne tenait ces renseignements. Notre rôle consistait donc à trouver cette personne, mais aussi à lui parler pour voir si nous pourrions trouver -- à revenir en arrière afin de trouver la personne qui pourrait avoir envoyé le document en premier lieu, et cette personne pourrait peut-être nous aider dans notre enquête, et cette personne pourrait peut-être être considérée comme un suspect ou un témoin, mais à ce moment-là nous ne le savions pas.

Q En supposant, si vous reconnaissez la véracité des propos tenus par M. McIntosh, et vous n'avez aucune preuve du contraire, que « X », qui a envoyé le document à M. McIntosh, a aussi reçu le document d'une source anonyme; est-ce exact?

R C'est en effet ce que M. McIntosh a écrit, mais, pour ma part, je n'ai pas eu l'occasion de parler à cette personne.

Q Et vous ne disposez d'aucun renseignement contraire qui indiquerait autre chose que ce qu'a dit M. McIntosh?

R Non, Votre Honneur.

Q Alors, caporal Gallant, êtes-vous d'accord pour dire que, compte tenu de ce que vous savez de la situation, la personne qui a envoyé le document n'est pas -- rien ne prouve que cette personne est le faussaire? Rien n'indique qu'il s'agit du faussaire?

A Yes, Your Honour. Well, to date, Your Honour, I had not had an opportunity to speak to that person, and to date I have no reason to believe or evidence to support that what Mr. McIntosh writes on that would be true.

[138] But in light of the right to remain silent, X, even if identified, would be under no legal obligation to speak to the police, a critical fact which was acknowledged by the Crown (*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, at pp. 1315-16; and *R. v. Turcotte*, 2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519, at paras. 41-46).

[139] Since X is under no obligation to respond to questions from the police, since the evidence is that X received the document from an anonymous source whose identity he/she did not know, and since the envelope in which X received the document is not the envelope in the *National Post*'s possession, the benefit to the forgery investigation of getting the documents is, at best, marginal. Based on all of this, it seems to me to be clear that X is in no position to provide any information of assistance in the investigation of the alleged forgery, even if he/she agreed to be questioned by the police.

[140] The only possible evidence the envelope could yield, and that only remotely, is the identity of X, not of the alleged forger. This would mean that the only purpose for learning the confidential source's identity is to discover who had created this public and awkward controversy. Corporal Gallant's Information to Obtain appears to confirm this purpose when he says:

... this investigation seeks to determine the identify [*sic*] of someone who has maliciously attempted to mislead the press with a view to the publication of false information. It is not intended to identify a person providing truthful information to a news outlet.

Curiosity about the identity of a confidential source may be understandable, but is never, by itself, an acceptable basis for interfering with freedom of the press (*O'Neill v. Canada (Attorney General)* (2006), 213 C.C.C. (3d) 389 (Ont. S.C.J.)).

R Oui, Votre Honneur. Bien, jusqu'ici, Votre Honneur, je n'ai pas eu l'occasion de parler à cette personne et, pour l'instant, je n'ai aucune raison de croire ni aucune preuve que ce que M. McIntosh écrit à ce sujet serait vrai.

[138] Vu le droit de garder le silence, même si l'identité de X était connue, X n'aurait pas l'obligation, en droit, de parler à la police, un fait crucial qu'a reconnu le ministère public (*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, p. 1315-1316; et *R. c. Turcotte*, 2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519, par. 41-46).

[139] Étant donné que X n'a pas l'obligation de répondre aux questions de la police, que la preuve indique que X a reçu le document d'une source anonyme dont l'identité lui était inconnue et que l'enveloppe dans laquelle X l'a reçu n'est pas l'enveloppe que le *National Post* a en sa possession, l'obtention des documents représenterait tout au plus un avantage minime pour l'enquête sur le faux. Compte tenu de tout ce qui précède, il me semble évident que X n'est pas en mesure de fournir de renseignements utiles pour l'enquête sur le prétendu faux, même s'il/elle acceptait que la police l'interroge.

[140] L'identité de X, et non celle du prétendu faussaire, est le seul élément de preuve susceptible d'être tiré de l'enveloppe, et encore, cette possibilité est faible. Ainsi, l'identification de la source confidentielle n'aurait pour but que de découvrir l'identité de la personne à l'origine de cette controverse publique et embarrassante, et la dénonciation du caporal Gallant en vue d'obtenir un mandat semble confirmer ce but en ces termes :

[TRADUCTION] ... la présente enquête vise à déterminer l'identité de quelqu'un qui, par malveillance, a tenté d'induire la presse en erreur en vue de faire publier de faux renseignements. Elle ne vise pas à identifier une personne qui communique des renseignements véridiques à un média d'information.

La curiosité à l'égard de l'identité d'une source confidentielle, quoique peut-être compréhensible, ne justifie jamais en soi d'entraver la liberté de la presse (*O'Neill c. Canada (Attorney General)* (2006), 213 C.C.C. (3d) 389 (C.S.J. Ont.)).

[141] And that brings us to consider the seriousness of the crime at issue in this case, a factor that seems to me to be relevant in balancing the competing interests. As Professor Gora argues:

Have we solved or deterred important crimes that would not have been otherwise interdicted by law enforcement? Have journalists ever provided the smoking gun to help catch a killer or a terrorist, or just a leaker? . . . Has the gain to law enforcement been worth the loss to the First Amendment? A proper respect for the First Amendment requires that we at least ask these questions. [pp. 1420-21]

We must remember that what we are dealing with here is an alleged forgery. On a continuum of serious criminality, it strikes me as unhelpful to compare a possible forgery of a possible debt, as in our case, with the Paul Bernardo murder scenario the majority's reasons invoke by relying on *R. v. Murray* (2000), 144 C.C.C. (3d) 289 (Ont. S.C.J.). The remote possibility of resolving the debt forgery is far from sufficiently significant to outweigh the public benefit in protecting a rigorously thorough and responsible press.

[142] So on one side of the balance we have the slightest possible benefit to an investigation of an alleged forgery, and on the other we have the far weightier injury to the press interests at stake in revealing X's identity. Even if there is only a remote prospect of being able to identify X from the documents, the remoteness of this possibility hardly argues for disclosure, as the majority suggests. There may be no consequential harm to X, but neither will there be any consequential benefit to the investigation. This means that the harm and benefit of disclosure *in this particular case* is speculative at best. The major demonstrable harm, with no countervailing benefit, is to the ability of the press to carry out its public mandate.

[141] Ce qui nous amène à l'examen de la gravité du crime dont il est ici question, un facteur pertinent, à mon avis, dans la mise en balance des intérêts opposés. Comme l'affirme le professeur Gora :

[TRADUCTION] Avons-nous élucidé ou découragé d'importants crimes qui n'auraient pas été autrement empêchés par l'application de la loi? Les journalistes ont-ils déjà fourni une preuve irréfutable permettant d'arrêter un meurtrier ou un terroriste, ou tout simplement le responsable d'une fuite? [. . .] Le gain réalisé en ce qui concerne l'application de la loi justifiait-il la perte subie en ce qui concerne le Premier amendement? Le respect dû au Premier amendement exige qu'à tout le moins nous posions ces questions. [p. 1420-1421]

Il importe de rappeler que nous sommes ici en présence d'une allégation de faux. À mon avis, dans le spectre des crimes graves, la comparaison d'un prétendu faux faisant état d'une prétendue dette, comme en l'espèce, avec le scénario des meurtres commis par Paul Bernardo auquel les juges majoritaires font allusion dans leurs motifs en se reportant à l'arrêt *R. c. Murray* (2000), 144 C.C.C. (3d) 289 (C.S.J. Ont.), n'est d'aucune utilité. La faible possibilité de résoudre la question du faux est loin d'être suffisamment importante pour l'emporter sur les avantages pour le public de protéger une presse rigoureusement responsable, qui va au fond des choses.

[142] Ainsi, l'identification de X engendrerait, d'un côté, un avantage éventuel des plus minimes pour une enquête sur un prétendu faux et, de l'autre côté, un préjudice beaucoup plus important pour les intérêts de la presse qui sont en jeu. Même s'il existe une infime possibilité que l'on puisse se servir des documents pour identifier X, cette infime possibilité ne milite guère en faveur de la divulgation, comme le laissent entendre les juges majoritaires. Il n'en résultera peut-être aucun préjudice pour X, mais il n'en résultera non plus aucun avantage pour l'enquête. Donc, le préjudice et l'avantage de la divulgation *dans ce cas précis* relèvent au mieux de la conjecture. Le principal préjudice démontrable est une atteinte à la capacité de la presse d'exercer son mandat public, et il n'y correspond aucun avantage.

[143] The fourth and final Wigmore criterion for protecting the confidentiality of Mr. McIntosh's source has therefore been satisfied and the documents should not be disclosed.

Notice

[144] I have a remaining concern about the procedure followed in this case, namely, the failure to give notice to the *National Post* that a search warrant was being requested. The operating presumption should be that the media's unique institutional character entitles it to notice when a search warrant is sought against it. A search warrant of media premises is a particularly serious intrusion, and a decision should not be made about its propriety without submissions from the party most affected.

[145] The Crown informed the Justice of the Peace that the *National Post* had requested notification of the application, but he decided to proceed without notice. This is regrettable, since there were serious informational gaps in the Information to Obtain that were substantially narrowed by the *National Post* after the search warrant had been issued. Had the fuller record and arguments been known, the outcome of the hearing might well have been different.

[146] In *Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, and *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, this Court dealt with search warrants involving the media. As Cory J. stated for the majority in *Lessard*, these are circumstances that warrant caution and accommodation:

... the media are entitled to particularly careful consideration, both as to the issuance of a search warrant and as to the conditions that may be attached to a warrant to ensure that any disruption of the gathering and dissemination of news is limited as much as possible. The media are entitled to this special consideration because

[143] Par conséquent, le quatrième et dernier volet du test de Wigmore auquel il faut satisfaire pour que la confidentialité de la source de M. McIntosh soit protégée a été rempli, et les documents ne devraient pas être divulgués.

Préavis

[144] J'ai une dernière réserve concernant la procédure suivie en l'espèce, soit l'omission d'aviser le *National Post* qu'un mandat de perquisition allait être demandé. Une présomption devrait s'appliquer selon laquelle le caractère institutionnel unique des médias leur donne le droit d'être avisés du dépôt d'une demande de mandat de perquisition les visant. La perquisition dans les locaux d'un média constitue une intrusion particulièrement grave, et la décision sur l'opportunité de l'autoriser ne devrait pas être rendue sans que le principal intéressé puisse présenter ses observations.

[145] Le ministère public a informé le juge de paix que le *National Post* avait demandé à être avisé de la demande, mais le juge de paix a décidé d'instruire l'affaire sans préavis. C'est regrettable, étant donné que les graves lacunes informationnelles de la dénonciation en vue d'obtenir un mandat ont été grandement comblées par le *National Post* après la délivrance du mandat de perquisition. Si le dossier amplifié et les arguments avaient été présentés, l'issue de l'audience aurait très bien pu être tout autre.

[146] Dans les arrêts *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, et *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, la Cour a examiné des mandats de perquisition concernant les médias. Dans l'affaire *Lessard*, le juge Cory a indiqué, au nom des juges majoritaires, que la prudence et des mesures d'adaptation s'imposent dans de telles circonstances :

... [les] médias ont droit à une attention toute particulière en ce qui concerne tant l'attribution d'un mandat de perquisition que les conditions dont peut être assorti un mandat afin que toute perturbation de la collecte et de la diffusion des informations soit le plus possible limitée. Les médias ont droit à cette attention particulière

of the importance of their role in a democratic society. [p. 444]

[147] In her dissenting reasons in *Lessard*, McLachlin J. was alert to the potential for interference with freedom of the press. She pointed out that the “prospect of seizure of press material in future cases without the imposition of conditions to protect press freedom and the identity of informants . . . creates the chilling effect” (p. 453). Her proposed approach, like the balancing suggested by Stewart J. in *Branzburg* and in complete harmony with the fourth criterion in *Wigmore*, required that there be an absence of available alternative sources for the required information sought, and sufficient significance to that information to justify the interference with press freedom.

[148] Cory J. recognized that the media was usually an innocent third party in connection with a crime being investigated, and that the supporting affidavit should therefore contain the appropriate information, including whether alternative sources for obtaining the information sought by the warrant had been reasonably investigated and exhausted (*Lessard*, at p. 445; see also La Forest J.’s concurring reasons at pp. 431-32, and *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (B.C.S.C.), at p. 495). He warned that search warrants could be invalidated if it subsequently came to light that pertinent information that could have affected the decision to issue the warrant was not disclosed. The absence of such relevant information, it seems to me, is precisely what happened in the case before us.

[149] On the cross-examination of Corporal Gallant, for example, it emerged that alternative sources of the document had not been seriously investigated, despite Corporal Gallant’s statement in his Information to Obtain, that:

The evidence I wish to seize — the forged document and the envelope in which it was delivered — is not available from any other source. This evidence is unique and

en raison de l’importance de leur rôle dans une société démocratique. [p. 444]

[147] Dans ses motifs dissidents dans l’arrêt *Lessard*, la juge McLachlin était sensible à la possibilité d’atteinte à la liberté de la presse. Elle a indiqué que « l’éventualité d’une saisie de documents de presse à l’avenir sans l’imposition de conditions qui protègent la liberté de la presse et l’identité des informateurs [. . .] crée cet effet de dissuasion » (p. 453). L’approche qu’elle a proposée, semblable à l’exercice de pondération prôné par le juge Stewart dans *Branzburg* et en parfaite harmonie avec le quatrième critère de *Wigmore*, exigeait que les renseignements nécessaires recherchés ne puissent être obtenus d’aucune autre source et que l’information soit suffisamment importante pour justifier l’atteinte à la liberté de la presse.

[148] Le juge Cory a reconnu que les médias sont habituellement des tiers innocents en rapport avec le crime visé par une enquête et que l’affidavit produit à l’appui de la demande de mandat devrait donc contenir les renseignements nécessaires, et notamment indiquer si des mesures raisonnables ont été prises pour obtenir l’information auprès d’autres sources et si ces sources ont été épuisées (*Lessard*, p. 445; voir également les motifs concordants du juge La Forest, p. 431-432, et *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (C.S.C.-B.), p. 495). Il a précisé qu’un mandat de perquisition pourrait être invalidé si l’on découvrait après coup que des renseignements pertinents qui auraient pu influencer sur la décision de décerner le mandat n’ont pas été communiqués. L’absence de tels renseignements pertinents, il me semble, est exactement ce qui s’est produit en l’espèce.

[149] Le contre-interrogatoire du caporal Gallant a révélé, par exemple, qu’aucun effort sérieux n’avait été fait pour vérifier si le document pouvait être obtenu d’autres sources, malgré l’affirmation suivante faite par le caporal Gallant dans sa dénonciation en vue d’obtenir un mandat :

[TRADUCTION] Les éléments de preuve que je souhaite saisir — le faux document et l’enveloppe dans laquelle il a été expédié — ne peuvent être obtenus d’une autre

central to this investigation. The evidence is the *actus reus* of the offence.

[150] He confirmed that the Bloc Québécois had anonymously received a document identical to the one the *National Post* had, yet said he had not been able to get forensic evidence from it because the Bloc had distributed several copies of the document to members of the party and it was unclear which of them was the original.

[151] Nor did Corporal Gallant inquire into whether any other members of Parliament or other media outlets may have received the document:

Q . . . did you make inquiries of the other political parties, such as the Conservative party and the Alliance party, because they clearly were reviewing the documents? Did you make such inquiries before you got the search warrants in this case?

A At this time, no, Your Honour. I have not started anything with respect to political parties, whether it be the PC or the Alliance.

. . . .

Q And just to complete this area, I also understand that you made no inquiries of other major media outlets like the Canadian Broadcasting Corporation or The Globe and Mail, to see whether they received such a document?

A No. That's correct, Your Honour. The complaint we got here at the RCMP related to The National Post, and we have not directed our attention to other media organizations.

[152] And although the information he gave in the Information to Obtain was that there was no outstanding debt from the Auberge to JAC Consultants, Corporal Gallant admitted on cross-examination that he had not examined the books of JAC Consultants prior to filing his request for the search warrant. This was of some significance because the cross-examination also revealed that

source. Il s'agit d'éléments de preuve uniques et essentiels pour la présente enquête. Les éléments de preuve constituent l'*actus reus* de l'infraction.

[150] Il a confirmé que le Bloc Québécois avait reçu d'une source anonyme un document identique à celui que le *National Post* avait en main, mais il a affirmé qu'il n'avait pas été en mesure d'en tirer de preuve criminalistique parce que le Bloc avait distribué plusieurs copies du document aux membres du parti et qu'on ignorait quel document était l'original.

[151] Le caporal Gallant n'a pas non plus vérifié s'il était possible que d'autres députés ou d'autres médias aient reçu le document :

[TRADUCTION]

Q . . . avez-vous effectué des vérifications auprès des autres partis politiques, comme le Parti conservateur et l'Alliance canadienne, étant donné qu'ils ont manifestement examiné le document? Avez-vous effectué ces vérifications avant d'obtenir les mandats de perquisition dans la présente affaire?

R À ce moment-ci, non, Votre Honneur. Je n'ai rien entrepris en ce qui concerne les partis politiques, que ce soit le PC ou l'Alliance.

. . . .

Q Et juste pour vider cette question, je crois également comprendre que vous n'avez effectué aucune vérification auprès des autres principaux médias d'information, comme la Société Radio-Canada ou le Globe and Mail, afin de savoir s'ils avaient reçu ce document?

R Non. C'est exact, Votre Honneur. La plainte que nous avons reçue à la GRC concernait le National Post et nous ne nous sommes pas intéressés à d'autres médias.

[152] Par ailleurs, bien qu'il ait déclaré dans la dénonciation en vue d'obtenir un mandat que l'Auberge n'avait aucune dette en souffrance envers JAC Consultants, le caporal Gallant a admis en contre-interrogatoire qu'il n'avait pas examiné les livres de JAC Consultants avant de déposer sa demande de mandat de perquisition. Cela avait une certaine importance étant donné que le

there were problems with some of the corroborating documents provided by the Bank.

[153] The original suppliers' list that the Bank gave to Corporal Gallant, which he had reviewed at the start of the investigation, was missing the page where, alphabetically, "JAC Consultants" would have appeared. The Bank requested and received a new suppliers' list from the accountant for the owner of the Auberge, which did not show any debt to JAC Consultants. Through the cross-examination of Corporal Gallant, it was revealed that these two lists had different dates on them, and that they differed in some of the supplier names and amounts. By itself, this information might not have made a difference in the outcome, but when blended with the other missing pieces in the Information to Obtain, it arguably assumes some potential relevance.

[154] But the most notable fact missing from the narrative that was revealed by the cross-examination of Corporal Gallant, was that the document came from a confidential source:

Q From your perspective, did you or did you not believe it was important to tell the judge that the material you sought may have emanated from a confidential source?

A Well, the information I had at the time . . . was that the documents we were seeking came from an anonymous source. It was not described to us as a confidential source.

Counsel for the *National Post* then drew Corporal Gallant's attention to a letter he had received prior to seeking the warrant, in which the *National Post* had voiced its concern that what was being sought emanated from a confidential source:

Q And I take it, sir, that at no time did you draw, especially to the Justice of the Peace, that the document and envelope that you sought from The Post's

contre-interrogatoire a également révélé que certains documents corroborants fournis par la Banque posaient un problème.

[153] Il manquait à la liste initiale de fournisseurs que la Banque a remise au caporal Gallant, et qu'il a examinée au début de l'enquête, la page où « JAC Consultants » aurait dû figurer selon l'ordre alphabétique. Après en avoir fait la demande, la Banque a reçu du comptable du propriétaire de l'Auberge une nouvelle liste de fournisseurs, sur laquelle ne figurait aucune dette envers JAC Consultants. Au cours du contre-interrogatoire du caporal Gallant, il s'est avéré que ces deux listes portaient des dates différentes et que certains noms de fournisseurs et montants qui y figuraient étaient différents. À elle seule, cette information aurait pu ne rien changer au résultat, mais combinée aux autres pièces manquantes dans la dénonciation en vue d'obtenir un mandat, elle pourrait sans doute présenter une certaine pertinence.

[154] Toutefois, l'omission la plus flagrante dans l'exposé révélée par le contre-interrogatoire du caporal Gallant, était la provenance du document, soit qu'il émanait d'une source confidentielle :

[TRADUCTION]

Q Selon vous, vous pensiez ou vous ne pensiez pas qu'il était important de dire au juge que les documents que vous vouliez pouvaient provenir d'une source confidentielle?

R Bien, l'information que j'avais alors [. . .] était que les documents que nous voulions provenaient d'une source anonyme. On ne nous a pas dit que c'était une source confidentielle.

L'avocate du *National Post* a ensuite attiré l'attention du caporal Gallant sur une lettre qu'il avait reçue avant de demander le mandat de perquisition, dans laquelle le *National Post* s'était dit inquiet de ce que l'objet de la demande provenait d'une source confidentielle :

[TRADUCTION]

Q Je présume, Monsieur, que vous n'avez jamais précisé, en particulier au juge de paix, que le document et l'enveloppe que vous vouliez obtenir provenaient,

perspective emanated from a confidential source? You did not draw that to his attention? Beyond putting this letter in the appendix?

A No. That is not included in the search warrant . . . except for the fact that it's written here.

This information, if disclosed, would logically have led to an inquiry into whether the confidentiality of the source ought to be protected.

[155] It seems logical to me that given the inherent legal complexities in authorizing a search warrant against the media, any problems with the Information to Obtain should be canvassed *prior* to deciding whether to issue the warrant. The *National Post* lost the opportunity to make *timely* submissions not only on the confidential nature of the source, but also about the deficiencies in the information. Taken together, the information elicited through cross-examination might well have resulted in the search warrant not being issued at all.

[156] The media will always be in the best position to provide relevant information about the particular context, including whether a confidential relationship is at stake. As a general rule, therefore, it is entitled to notice of a request for a search warrant unless there are exceptional and urgent circumstances justifying an *ex parte* hearing.

[157] Here there were no such circumstances. The Bank complained to the RCMP about the forgery by telephone on April 7, 2001, and formally complained by letter on April 11, 2001. Mr. McIntosh was interviewed on June 7, 2001, and the search warrant was issued over a year later on July 4, 2002. Clearly there was ample time for the *National Post* to receive notice of the application for a search warrant, to cross-examine Corporal Gallant, and to make its submissions.

[158] The Crown argued that the one-month delay between the granting of the search warrant and its

selon The Post, d'une source confidentielle? Vous n'avez pas attiré son attention sur ce point? Si ce n'est qu'en joignant cette lettre en annexe?

R Non. Ce n'est pas inclus dans le mandat de perquisition [. . .] mis à part le fait que c'est écrit ici.

Ce fait, eût-il été révélé, aurait en toute logique suscité des questions visant à déterminer s'il fallait protéger la confidentialité de la source.

[155] Étant donné les complexités juridiques inhérentes à la décision d'autoriser un mandat de perquisition contre des médias, il m'apparaît logique que tout problème concernant la dénonciation en vue d'obtenir le mandat soit examiné en profondeur *avant* que cette décision soit rendue. Le *National Post* a perdu l'occasion de présenter des observations *en temps opportun*, non seulement en ce qui concerne la nature confidentielle de la source, mais aussi en ce qui a trait aux lacunes informationnelles. Pris ensemble, les renseignements révélés lors du contre-interrogatoire auraient bien pu conduire à la décision de ne pas délivrer le mandat de perquisition.

[156] Les médias seront toujours les mieux placés pour fournir des renseignements pertinents sur le contexte particulier en cause, notamment pour ce qui est de savoir si une relation confidentielle est en jeu. Par conséquent, en règle générale, ils ont le droit d'être avisés lorsqu'un mandat de perquisition est demandé, à moins de circonstances exceptionnelles et urgentes justifiant une audience *ex parte*.

[157] De telles circonstances n'existaient pas en l'espèce. La Banque a porté plainte à la GRC relativement au faux document par téléphone le 7 avril 2001, puis formellement par lettre le 11 avril 2001. M. McIntosh a été interrogé le 7 juin 2001 et le mandat de perquisition a été délivré plus d'un an plus tard, le 4 juillet 2002. De toute évidence, le *National Post* aurait eu amplement le temps de recevoir un préavis de la demande de mandat de perquisition, de contre-interroger le caporal Gallant et de présenter ses observations.

[158] Le ministère public a allégué que le délai d'un mois entre la délivrance du mandat

execution gave the *National Post* time to respond to the issuance of the warrant with a *certiorari* application. This, with respect, is an untimely — and needless — public expense. The *National Post* should have had the opportunity to make its submissions *before* the warrant was issued.

Conclusion

[159] I would therefore allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal, and restore the judgment of Benotto J. quashing the search warrant and the assistance order.

Appeal dismissed, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

Solicitor for the respondent: Crown Law Office — Criminal, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Office of the Attorney General, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Calgary.

Solicitors for the intervener Bell GlobeMedia Inc.: Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation: Canadian Broadcasting Corporation, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Osgoode Hall Law School of York University, North York; Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

de perquisition et son exécution avait laissé au *National Post* le temps de répondre à la délivrance du mandat par une demande de *certiorari*. Soit dit avec égards, il s'agit d'une dépense inopportune — et inutile — des fonds publics. Le *National Post* aurait dû avoir l'occasion de présenter ses observations *avant* la délivrance du mandat.

Conclusion

[159] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir la décision de la juge Benotto annulant le mandat de perquisition et l'ordonnance d'assistance.

Pourvoi rejeté, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs des appelants : Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

Procureur de l'intimée : Bureau des avocats de la couronne — Droit criminel, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Cabinet du procureur général, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice Alberta, Calgary.

Procureurs de l'intervenante Bell GlobeMedia Inc. : Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Société Radio-Canada : Société Radio-Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osgoode Hall Law School of York University, North York; Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitor for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, the Canadian Journalists for Free Expression, the Canadian Association of Journalists, the Professional Writers Association of Canada, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists, Magazines Canada, the Canadian Publishers' Council, the Book and Periodical Council, the Writers' Union of Canada and PEN Canada: Brian MacLeod Rogers, Toronto.

Procureur des intervenants l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, les Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, l'Association canadienne des journalistes, Professional Writers Association of Canada, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Magazines Canada, Canadian Publishers' Council, Book and Periodical Council, Writers' Union of Canada et PEN Canada : Brian MacLeod Rogers, Toronto.

Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Grand Chief Dr. Ted Moses, Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee), Cree Regional Authority, Attorney General of Canada, Honourable David Anderson, in his capacity as Minister of Environment, Canadian Environmental Assessment Agency and Lac Doré Mining Inc. *Respondents*

and

Attorney General for Saskatchewan and Assembly of First Nations *Interveners*

INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. MOSES

2010 SCC 17

File No.: 32693.

2009: June 9; 2010: May 14.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Environmental law — Environmental assessment — Mining project — Project situated in James Bay area of Quebec covered by treaty between Aboriginal peoples and provincial and federal governments — Treaty setting out comprehensive procedures for environmental impact assessments and providing that “a project shall not be submitted to more than one (1) impact assessment and review procedure unless such project falls within the jurisdictions of both Québec and Canada” — Project falling within provincial jurisdiction but having significant impact on fish habitat — Fisheries within federal jurisdiction — Whether only provincial environmental assessment applicable — Whether treaty excluding assessment of project under federal environmental assessment legislation — James Bay and Northern Québec Agreement, ss. 22.6.7, 22.7.1,

Procureur général du Québec *Appellant*

c.

Grand Chef Ted Moses, Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee), Administration régionale crie, procureur général du Canada, Honourable David Anderson, en sa qualité de ministre de l'Environnement, Agence canadienne d'évaluation environnementale et Lac Doré Mining Inc. *Intimés*

et

Procureur général de la Saskatchewan et Assemblée des Premières Nations *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. MOSES

2010 CSC 17

N° du greffe : 32693.

2009 : 9 juin; 2010 : 14 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit de l'environnement — Évaluation environnementale — Projet d'exploitation minière — Projet situé à la Baie-James, au Québec, dans le territoire visé par la convention intervenue entre des peuples autochtones et les gouvernements provincial et fédéral — Convention établissant des procédures exhaustives pour l'évaluation des répercussions environnementales et prévoyant qu'« un projet ne peut être soumis à plus d'un processus d'évaluation et d'examen des répercussions à moins que ledit projet relève à la fois de la compétence du Canada et du Québec » — Projet ressortissant à la compétence provinciale mais ayant des répercussions importantes sur l'habitat du poisson — Pêcheries relevant de la compétence fédérale — Le processus provincial d'évaluation est-il le seul applicable? — La convention écarte-t-elle l'évaluation d'un projet sous le régime des dispositions

22.7.5 — *Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.*

Aboriginal law — Treaty — Environmental assessment — Mining project — Project situated in James Bay area of Quebec covered by treaty between Aboriginal peoples and provincial and federal governments — Treaty setting out comprehensive procedures for environmental impact assessments and providing that “a project shall not be submitted to more than one (1) impact assessment and review procedure unless such project falls within the jurisdictions of both Québec and Canada” — Project falling within provincial jurisdiction but having significant impact on fish habitat — Fisheries within federal jurisdiction — Whether only provincial environmental assessment applicable — Whether treaty excluding assessment of project under federal environmental assessment legislation — James Bay and Northern Québec Agreement, ss. 22.6.7, 22.7.1, 22.7.5 — Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.

Aboriginal law — Treaty — Modern treaty — Interpretation.

Constitutional law — Aboriginal peoples — Treaty — Whether James Bay and Northern Québec Agreement qualifies as a treaty under s. 35 of Constitution Act, 1982.

The Cree and Inuit communities signed the *James Bay and Northern Québec Agreement* with the governments of Quebec and Canada in 1975. The Agreement established a governance scheme and created a framework that would govern many aspects of life in the territory, including the Aboriginal economic and social development and the preservation of the natural environment. Under s. 22, the Agreement set out detailed and comprehensive procedures for environmental impact assessments. Whether a provincial or federal assessment will be conducted under the Agreement depends on the constitutional jurisdiction within which the project itself falls. In particular, s. 22.6.7 provides that “a project shall not be submitted to more than one (1) impact assessment and review procedure unless such project falls within the jurisdictions of both Québec and Canada”. If the exception applies, two assessments will be required, but these assessments may be combined with the “mutual agreement” of the parties. Section 2.5

fédérales sur l'évaluation environnementale? — Convention de la Baie-James et du Nord québécois, art. 22.6.7, 22.7.1, 22.7.5 — Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.

Droit des Autochtones — Traités — Évaluation environnementale — Projet d'exploitation minière — Projet situé à la Baie-James, au Québec, dans le territoire visé par la convention intervenue entre des peuples autochtones et les gouvernements provincial et fédéral — Convention établissant des procédures exhaustives pour l'évaluation des répercussions environnementales et prévoyant qu'« un projet ne peut être soumis à plus d'un processus d'évaluation et d'examen des répercussions à moins que ledit projet relève à la fois de la compétence du Canada et du Québec » — Projet ressortissant à la compétence provinciale mais ayant des répercussions importantes sur l'habitat du poisson — Pêcheries relevant de la compétence fédérale — Le processus provincial d'évaluation est-il le seul applicable? — La convention écarte-t-elle l'évaluation d'un projet sous le régime des dispositions fédérales sur l'évaluation environnementale? — Convention de la Baie-James et du Nord québécois, art. 22.6.7, 22.7.1, 22.7.5 — Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.

Droit des Autochtones — Traités — Traités modernes — Interprétation.

Droit constitutionnel — Peuples autochtones — Traités — La Convention de la Baie-James et du Nord québécois constitue-t-elle un traité aux fins de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982?

En 1975, des collectivités crie et inuites ont conclu avec les gouvernements du Québec et du Canada la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*. La Convention a établi un régime de gouvernance et créé un cadre régissant de nombreux aspects de la vie dans le territoire, dont le développement social et économique des Autochtones et la préservation de l'environnement naturel. Au chapitre 22, elle prévoit des mécanismes détaillés et exhaustifs pour l'évaluation des répercussions environnementales. Le caractère provincial ou fédéral de l'évaluation exigée par la Convention dépend de la compétence à laquelle ressortit le projet lui-même sur le plan constitutionnel. Plus particulièrement, l'art. 22.6.7 dispose qu'« un projet ne peut être soumis à plus d'un processus d'évaluation et d'examen des répercussions à moins que ledit projet relève à la fois de la compétence du Canada et du Québec ». Lorsque l'exception s'applique, deux évaluations s'imposent, mais elles peuvent fusionner s'il y a « consentement mutuel » des

of the Agreement also provides that the Agreement is paramount over all other laws of general application that are inconsistent with it.

A company intends to open and operate a mine in the James Bay area of Quebec in the Agreement “Category III” lands, an area where the Agreement recognizes Quebec’s right to regulate natural resource development subject to the environmental protection provisions of s. 22. In accordance with the Agreement’s procedures, the proponent of the project submitted to the administrator responsible for “matters respecting provincial jurisdiction” information concerning its proposed development. The provincial Administrator transmitted this information to the Evaluating Committee, which made a recommendation about the extent of impact assessment and review and whether or not a preliminary and/or a final impact statement should be done. Subsequently, the provincial Administrator alone decided the scope of the assessment and gave appropriate directions to the proponent. On receipt of the provincial Administrator’s instructions, the proponent supplied information about the potential environmental and social impacts, which acknowledged a significant impact on fish habitat. This was transmitted by the provincial Administrator to the provincial Review Committee and was then to be transmitted to the Cree Regional Authority for their representations.

Meanwhile, federal officials who were not involved in the review process under the Agreement, concluded that the project’s impact on fisheries — a matter within exclusive federal jurisdiction under s. 91(12) of the *Constitution Act, 1867* — engaged s. 35(2) of the *Fisheries Act* and required a comprehensive study pursuant to the regulations made under the *Canadian Environmental Assessment Act* (“CEAA”). The federal officials informed the Cree that the study would be conducted by a review panel under the CEAA and not through the federal assessment procedure provided for in s. 22 of the Agreement. While the provincial review process of the project was still pending, the Cree commenced an action for declaratory relief in the Quebec Superior Court, which declared that only the provincial environmental assessment was applicable to the project pursuant to the Agreement. The Court of Appeal set aside that decision. The court concluded that the CEAA, in conjunction with the federal *Fisheries Act*, validly triggered a federal environmental assessment under the CEAA but that there were practical and operational inconsistencies between the CEAA review procedure and the one set out in the Agreement. Since

parties. L’article 2.5 précise en outre que la Convention a prépondérance sur toute autre loi d’application générale incompatible avec elle.

Une entreprise projette l’ouverture et l’exploitation d’une mine à la Baie-James, au Québec, sur des terres de la « catégorie III » suivant la Convention, un territoire où celle-ci reconnaît le droit du Québec de régir l’exploitation des ressources naturelles sous réserve des dispositions du ch. 22 sur la protection de l’environnement. Conformément à la procédure prescrite par la Convention, le promoteur du projet a communiqué à l’administrateur responsable « en matière de compétence provinciale » des renseignements sur son projet de développement. L’administrateur provincial a transmis ces renseignements au comité d’évaluation, lequel a formulé une recommandation concernant la portée de l’étude des répercussions et la nécessité d’un rapport préliminaire ou final, ou les deux, sur les répercussions. Subséquemment, l’administrateur provincial a décidé seul de la portée de l’évaluation et il a donné au promoteur les instructions qui s’imposaient à cet égard. Après avoir reçu ces instructions, le promoteur a fourni des renseignements concernant les répercussions possibles sur l’environnement et le milieu social, et ces renseignements ont révélé un effet important sur l’habitat du poisson. L’administrateur provincial a transmis ces données au comité provincial d’examen. Les données devaient ensuite être transmises à l’Administration régionale crie pour qu’elle puisse présenter ses observations.

Pendant ce temps, des fonctionnaires fédéraux qui ne prenaient pas part à l’examen effectué en vertu de la Convention ont conclu que les répercussions du projet sur les pêches — un domaine relevant exclusivement de la compétence fédérale suivant le par. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — emportaient l’application du par. 35(2) de la *Loi sur les pêches* et nécessitaient une étude approfondie suivant le règlement pris en vertu de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* (« LCÉE »). Ils ont informé les Cris que le projet ferait l’objet d’une étude par une commission conformément à la LCÉE, et non en vertu du processus fédéral d’évaluation prévu au ch. 22 de la Convention. Même si le processus provincial d’examen était toujours en cours, les Cris ont demandé un jugement déclaratoire à la Cour supérieure du Québec, qui a alors statué que seul le processus provincial s’appliquait au projet suivant la Convention. La Cour d’appel a infirmé la décision, concluant que la LCÉE, de pair avec la *Loi sur les pêches*, déclenchait à bon droit une évaluation environnementale sous son régime malgré certaines incompatibilités de nature pratique et opérationnelle entre le processus d’examen qu’elle prévoyait et celui établi

the Agreement was paramount, the court held that the *CEAA* review procedure was inapplicable, but substituted the federal review procedure in the Agreement for the one in the *CEAA*. The court also concluded that the project is subject as well to the provincial review procedure under s. 22 of the Agreement.

Held (LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. dissenting): The appeal should be dismissed but the order of the Court of Appeal varied to provide that if the mine project is approved pursuant to the Agreement, the proponent may not proceed with the work without an authorization under s. 35(2) of the *Fisheries Act*, and that the issuance of any such authorization is to comply with the *CEAA* in accordance with its procedures, as well as the Crown's duty to consult with the Cree in relation to matters that may adversely affect their rights under the Agreement.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Rothstein and Cromwell JJ.: The Agreement is a treaty covered by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The text of modern comprehensive treaties is meticulously negotiated by well-resourced parties and close attention should be paid to its terms. This case therefore should be decided on the basis of the terms the parties actually negotiated and agreed to as set out in the text of the Agreement rather than on general observations and ideas which are unsupported by the text.

A mining project within the territory covered by the Agreement that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat is not exempted from any independent scrutiny by the federal Fisheries Minister by virtue of the Agreement. While there is no doubt that this project, considered in isolation, falls within provincial jurisdiction, a mining project anywhere in Canada that puts at risk fish habitat cannot proceed without a permit from the federal Fisheries Minister, which he or she cannot issue except after compliance with the *CEAA*.

On the view advanced by the appellant Attorney General of Quebec, the provincially appointed Administrator under the Treaty could base a final decision upon an abbreviated fisheries study that is simply unacceptable to the federal Fisheries Minister. Alternatively, the Quebec Cabinet could for its own reasons override the fisheries concerns altogether and approve the mining project over the objection of the Administrator it has appointed, or lighten the conditions designed to mitigate the adverse effects of the project on the fisheries. In any such circumstances, on

par la Convention. Comme cette dernière avait prépondérance, la Cour d'appel a estimé que le processus d'examen de la *LCÉE* était inapplicable, lui préférant le processus fédéral d'examen établi dans la Convention. Elle a par ailleurs conclu que le projet était également soumis au processus provincial d'examen du ch. 22 de la Convention.

Arrêt (les juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté, mais l'ordonnance de la Cour d'appel est modifiée pour préciser qu'une fois le projet minier approuvé conformément à la Convention, le promoteur ne peut aller de l'avant sans obtenir au préalable l'autorisation visée au par. 35(2) de la *Loi sur les pêches* et que l'octroi de cette autorisation doit être conforme à la *LCÉE* et à ses processus, ainsi que respecter l'obligation de la Couronne de consulter les Cris relativement à ce qui peut nuire aux droits que leur confère la Convention.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Rothstein et Cromwell : La Convention constitue un traité au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. De nos jours, le libellé des traités globaux est soigneusement négocié par des parties disposant de moult ressources et il faut y porter une grande attention. Il s'en suit dès lors qu'il faut considérer la présente affaire sous l'angle de ce que les parties ont effectivement négocié et convenu selon le libellé de la Convention, et non au regard d'observations et d'idées générales qui ne trouvent aucun appui dans le texte.

Un projet d'exploitation minière dans le territoire visé par la Convention entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson n'est pas dispensé par la Convention d'un examen indépendant mené par le ministre fédéral des Pêches. Il ne fait aucun doute que, considéré isolément, le projet relève de la compétence provinciale, mais n'importe où au Canada, un projet d'exploitation minière qui compromet l'habitat du poisson ne peut aller de l'avant sans que le ministre fédéral des Pêches n'accorde une autorisation, ce qu'il ne peut faire que si les exigences de la *LCÉE* sont respectées.

Suivant la thèse de l'appellant le procureur général du Québec, l'administrateur provincial désigné suivant la Convention pourrait fonder sa décision finale sur une étude écourtée sur les pêcheries que le ministre fédéral des Pêches juge tout simplement inacceptable. Subsidiairement, le cabinet du Québec pourrait, pour des motifs qui lui sont propres, passer outre aux inquiétudes relatives aux pêches et approuver le projet minier malgré l'opposition de l'administrateur qu'il a désigné ou alléger les conditions visant à réduire les effets nuisibles du projet sur les pêches. Ainsi, en

his view, the federal Fisheries Minister would be powerless to withhold the permit. Such a view is not consistent with the terms of the Agreement entered into by the parties.

The reference in s. 22.6.7 of the Agreement to only one impact assessment and review procedure merely regulates the internal review processes of the Agreement leading up to the decision of the Administrator or (on application by the mine proponent) the provincial Cabinet. The recommendations forwarded to the relevant Administrator will come from either the provincial committee or the federal panel but (in the absence of governmental agreement) not both, unless the project itself falls within both jurisdictions. The relevant Administrator will then (at least in the first instance) make an approval decision. While there is to be only one “impact review” of the mine project under the Agreement, the agreement of the parties to avoid duplication internal to the Agreement does not eliminate the post-approval permit requirement contemplated by the Agreement itself if imposed externally by a law of general application, such as the *CEAA* or the *Fisheries Act*. Under s. 22.2.3 of the Agreement, all federal laws of general application respecting environmental protections apply insofar as they are not inconsistent with the Agreement. The *CEAA* is a federal law of general application respecting the environment and there is no inconsistency between the *CEAA* and the Agreement. Section 22.7.1 provides that once the proposed development is approved under the Agreement, the proponent “shall before proceeding with the work obtain . . . the necessary authorization or permits from responsible Government Departments and Services”. If the argument of the Attorney General of Quebec were correct, s. 22.7.1 would be worded to place the obligation on the responsible Government Department and Services to issue automatically the necessary authorization or permit, not to put the obligation on the proponent to obtain the necessary authorization or permit. Since nothing in the Agreement relieves the proponent from compliance with the ordinary procedures governing the issuance of the necessary authorization or permits referred to, it follows that once the project is approved by the provincial Administrator (or the provincial Cabinet overruling the Administrator’s disapproval), the proponent would have to make an application for the s. 35(2) fisheries permit to the federal Minister of Fisheries. As a matter of federal law, a *CEAA* assessment is obligatory prior to the grant of a s. 35(2) permit. The federal laws, the provincial laws and the Agreement fit comfortably together, and each should be allowed to operate within its assigned field of jurisdiction. A refusal by the federal Fisheries Minister to issue the necessary fisheries permit pursuant to s. 35(2) of the *Fisheries Act*

pareille circonstance, le ministre fédéral des Pêches serait dépouillé du pouvoir de refuser l’autorisation. Il s’agit d’un point de vue incompatible avec le texte de la Convention intervenue entre les parties.

La mention à l’art. 22.6.7 de la Convention d’un seul processus d’évaluation et d’examen régit simplement les processus internes d’examen prévus par la Convention et menant à la décision de l’administrateur ou (sur demande du promoteur minier) du cabinet du Québec. Les recommandations transmises à l’administrateur compétent proviennent soit du comité provincial, soit du comité fédéral, mais (sauf accord gouvernemental) pas des deux, à moins que le projet lui-même ne relève à la fois des deux ordres de gouvernement. L’administrateur compétent décide ensuite (du moins dans le premier cas) d’approuver ou non le projet. Même si le projet minier ne doit faire l’objet que d’une seule « étude d’impact » conformément à la Convention, l’accord des parties visant à éviter le double examen interne dans le cadre de la Convention ne supprime pas l’obligation — faite par la Convention elle-même — d’obtenir après l’approbation une autorisation exigée de manière externe par une loi d’application générale, comme la *LCÉE* ou la *Loi sur les pêches*. L’article 22.2.3 de la Convention dispose que toutes les lois fédérales d’application générale touchant à la protection de l’environnement s’appliquent dans la mesure de leur compatibilité avec la Convention. La *LCÉE* est une loi fédérale d’application générale touchant à l’environnement et il n’y a pas d’incompatibilité entre la Convention et elle. Suivant l’art. 22.7.1, une fois le projet de développement approuvé conformément à la Convention, le promoteur « doit, avant d’entreprendre les travaux, obtenir [. . .] les autorisations ou les permis nécessaires des ministères et services gouvernementaux responsables ». Si la thèse du procureur général du Québec était juste, l’art. 22.7.1 obligerait les ministères et les services gouvernementaux responsables à accorder automatiquement l’autorisation ou le permis nécessaire, au lieu de contraindre le promoteur à l’obtenir. Comme aucune disposition de la Convention ne soustrait le promoteur à l’obligation de respecter la procédure habituelle d’obtention des autorisations ou des permis nécessaires, une fois le projet approuvé par l’administrateur provincial (ou par le cabinet provincial qui infirme sa décision), le promoteur doit demander une autorisation au ministre fédéral des Pêches en application du par. 35(2) de la *Loi sur les pêches*. Une évaluation doit avoir lieu sous le régime de la *LCÉE* pour que cette autorisation puisse légalement être accordée. Les lois fédérales, les lois provinciales et la Convention s’imbriquent bien les unes aux autres, et il convient de permettre à chacun de ces trois éléments de s’appliquer dans le domaine de compétence qui y correspond. Le refus du ministre fédéral des Pêches d’accorder l’autorisation nécessaire

without compliance with the *CEAA* would neither be in breach of the Agreement nor be unconstitutional even if the project had been approved in accordance with the Agreement.

The Court of Appeal erred in substituting the Agreement procedure for the *CEAA* procedure. Although the Agreement guarantees the Cree particular rights to participate in the assessment process, s. 22.7.5 expressly permits a federal impact assessment review procedure where required by federal law or regulation. Since the Agreement specifically provides for processes outside those established by the Agreement, it cannot be inconsistent with the Agreement to require the proponent to follow them. In this case, the *CEAA* procedure governs and it must be applied by the federal government in a way that fully respects the Crown's duty to consult the Cree on matters affecting their rights pursuant to the Agreement in accordance with the principles established in this Court's jurisprudence. In many cases, the Agreement procedures would provide sufficient information for federal fisheries purposes, and the *CEAA* allows the responsible federal authority to collaborate with another jurisdiction in order to promote uniformity and harmonization in the assessment of environmental effects at all levels of government. The participatory rights of the Cree on matters that may adversely affect their rights pursuant to the Agreement are not at risk. The issue is whether, in relation to a mine which is expected to pollute fish habitat, the fisheries interest is ultimately the responsibility of the federal Fisheries Minister or provincial treaty bodies and (if its assistance is invoked by the mine proponent) the Quebec Cabinet. Common sense as well as legal requirements suggest that the *CEAA* assessment will be structured to accommodate the special context of a project proposal in the territory covered by the Agreement, including the participation of the Cree.

The federal Minister is not bound to issue a s. 35(2) fisheries permit following the approval of a mining project by the provincial Administrator or the Quebec Cabinet. The requirement for the provincial bodies to have regard to the native fisheries in reaching a conclusion on the merits of the project for the purposes of the Agreement does not constitute the provincial Administrator or Quebec Cabinet delegates of the federal Minister or relieve the federal Minister of the responsibility to comply with federal rules and responsibilities in relation to fish habitat.

en vertu du par. 35(2) de la *Loi sur les pêches*, si les exigences de la *LCÉE* n'étaient pas respectées, ne constituerait pas une violation de la Convention ni ne serait inconstitutionnel même si le projet avait été approuvé conformément à la Convention.

La Cour d'appel a substitué à tort le processus de la Convention à celui de la *LCÉE*. Même si la Convention garantit aux Cris des droits spéciaux de participation au processus d'évaluation, l'art. 22.7.5 autorise expressément un processus fédéral d'évaluation et d'examen des répercussions lorsqu'une loi ou un règlement fédéral l'exige. La Convention prévoit expressément que d'autres processus que ceux qu'elle établit peuvent avoir lieu, de sorte qu'il ne peut aller à l'encontre de ses dispositions de soumettre le promoteur minier à un tel autre processus. Dans la présente affaire, le processus de la *LCÉE* s'applique, mais le gouvernement fédéral doit y recourir de façon à respecter intégralement l'obligation de la Couronne de consulter les Cris sur les sujets qui touchent les droits que leur confère la Convention, et ce, conformément aux principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour. Dans de nombreux cas, le processus issu de la Convention met suffisamment de données à la disposition du responsable fédéral des pêches, et la *LCÉE* permet à l'autorité fédérale responsable de collaborer avec une autre instance afin de promouvoir l'uniformisation et l'harmonisation des processus d'évaluation des effets environnementaux, tous ordres de gouvernement confondus. Les droits de participation des Cris relativement à des sujets susceptibles de nuire à leurs droits issus de la Convention ne sont pas compromis. La question qui se pose est celle de savoir si, dans la mesure où l'on prévoit que la mine polluera l'habitat du poisson, l'enjeu des pêcheries ressortit en fin de compte au ministre fédéral des Pêches ou aux organismes provinciaux créés par la Convention et (s'il est sollicité par le promoteur minier) au cabinet du Québec. Le bon sens ainsi que toutes les exigences légales commandent que le processus d'évaluation de la *LCÉE* tienne compte du contexte particulier du développement projeté dans le territoire visé par la Convention, notamment en prévoyant la participation des Cris.

Le ministre fédéral des Pêches n'est pas tenu d'accorder une autorisation sur le fondement du par. 35(2) une fois le projet minier approuvé par l'administrateur provincial ou le cabinet du Québec. L'exigence faite aux organismes provinciaux de tenir compte des activités de pêche des Autochtones pour se prononcer sur l'opportunité du projet eu égard à la Convention ne fait pas de l'administrateur provincial ni du cabinet du Québec, le délégué du ministre fédéral ni ne soustrait ce dernier à l'obligation d'observer les règles et les attributions fédérales en ce qui a trait à l'habitat du poisson.

Per LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. (dissenting): The Agreement, which is both an Aboriginal rights agreement and an intergovernmental agreement, establishes a comprehensive and elaborate regime for the administration of the James Bay territory. It settles and determines not only the rights and obligations as between the provincial and federal Crowns, on the one hand, and the Aboriginal peoples living in the territory, on the other, but also the obligations, in relation to the territory, of the federal and provincial governments as between themselves. This Agreement, which was clearly intended to have the force of law, has supra-legislative status. It came into force and bound the parties only after both provincial and federal legislation approving and giving it effect was in force, and includes a clause which clearly indicates that, in the event of a conflict, the Agreement is to be paramount over other federal and provincial laws of general application. Both provincial and federal authorizing legislation confirm the Agreement's paramountcy. The Agreement has also constitutional status as it qualifies as a modern treaty for the purposes of s. 35(3) of the *Constitution Act, 1982*. It creates mutually binding obligations and establishes a comprehensive legal framework, setting out the parties' respective responsibilities where services and rights to land are concerned and organizing their relationships for the future. Furthermore, it is clear from the legislative record that the parties intended to resolve all outstanding issues between them and settle their respective rights and obligations. When interpreting a modern treaty, a court should strive for an interpretation that is reasonable, yet consistent with the parties' intentions and the overall context, including the legal context, of the negotiations. Any interpretation should presume good faith on the part of all parties and be consistent with the honour of the Crown. Any ambiguity that arises should be resolved with these factors in mind.

As is clear from an overview of the environmental assessment scheme contemplated by s. 22 of the Agreement, the nature of that project, not its impact, determines which assessment should be conducted and, as a general rule, a development project will be subject to only one environmental assessment process. In this case, the project is subject only to the provincial environmental assessment set out in the Agreement. The nature of the project — the development of a mine — falls under the exclusive jurisdiction of the province over either local works and undertakings, property and civil rights in the province, or non-renewable natural resources in the province, and the project's impact on fish habitat — a matter of federal jurisdiction — does not bring it within the exception in s. 22.6.7 so as to override the general rule of only one assessment.

Les juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron (dissidents) : La Convention, qui constitue à la fois un accord sur les droits de peuples autochtones et un accord intergouvernemental, crée un régime complet et détaillé pour l'administration du territoire de la Baie-James. Elle n'établit pas seulement les droits et les obligations des gouvernements fédéral et provincial, d'une part, et des peuples autochtones habitant le territoire, d'autre part, mais aussi les obligations mutuelles des gouvernements fédéral et provincial relativement au territoire. La Convention, à laquelle les parties ont clairement voulu conférer force de loi, revêt un caractère supralégislatif. Elle n'est entrée en vigueur et n'a lié les parties qu'après l'adoption des lois provinciale et fédérale l'approuvant et lui conférant force obligatoire. Elle renferme une disposition qui prévoit clairement qu'en cas de conflit, elle a prépondérance sur les autres lois fédérales et provinciales d'application générale. Les lois provinciale et fédérale approuvant la Convention confirment toutes deux sa prépondérance. La Convention bénéficie par ailleurs de la protection constitutionnelle et peut être considérée comme un traité moderne aux fins du par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle crée des obligations mutuellement exécutoires et établit un cadre juridique complet énonçant les obligations respectives des parties en matière de services et de droits fonciers, tout en aménageant les modalités de leurs relations ultérieures. De plus, il ressort de l'historique législatif que les parties ont voulu régler toutes les questions qui les opposaient et déterminer la nature de leurs droits et de leurs obligations respectifs. Le tribunal doit s'efforcer d'interpréter un traité moderne d'une manière qui soit raisonnable, mais compatible avec l'intention des parties et le contexte général des négociations, y compris leur cadre juridique. Toute interprétation doit présumer la bonne foi des parties et être conciliable avec le principe de l'honneur de la Couronne. Toute ambiguïté doit être résolue en gardant ces éléments à l'esprit.

Il ressort de l'aperçu du régime d'évaluation environnementale prévu au ch. 22 de la Convention que la nature du projet, et non ses répercussions, détermine quel processus s'impose et, en règle générale, un projet ne sera soumis qu'à une seule évaluation environnementale. En l'espèce, le projet n'est assujéti qu'au processus provincial prévu dans la Convention. S'agissant de l'exploitation d'une mine, il relève de la compétence exclusive de la province en matière de travaux et entreprises d'une nature locale, de propriété et droits civils dans la province ou de ressources naturelles non renouvelables de la province. Ses répercussions sur l'habitat du poisson, lequel ressortit à la compétence fédérale, ne le font pas bénéficier de l'exception prévue à l'art. 22.6.7 écartant le principe général d'une évaluation unique. Le libellé du ch. 22 n'étaye aucunement la conclusion selon

Nothing in the language of s. 22 supports the conclusion that a project's impact can trigger a second environmental review process where the project itself falls within the jurisdiction of one government and it has effects which fall within that of the other government. If a project's impact could trigger a separate environmental review process, the consequence would be to turn the exception into the rule. Such a conclusion would directly contradict the clear intention of the parties who were extremely careful to distinguish between projects within federal jurisdiction and those within provincial jurisdiction. Furthermore, s. 22 explicitly addresses the role and participatory rights of the Cree in the environmental assessment process. They have both a substantive and a procedural role at each and every stage of that process. The federal process under the *CEAA*, which does not provide for either substantive or procedural participation by the Cree, is inconsistent with the provisions of the Agreement and cannot apply.

An additional federal assessment of the project is not required by s. 22.7.5 of the Agreement, which provides that nothing in s. 22 "shall be construed as imposing an impact assessment review procedure by the Federal Government unless required by Federal law or regulation". That sentence does not impose any obligations on the federal government other than those ordinarily required by general federal law or regulation. In view of the parties' express intention that the Agreement constitute a comprehensive governance scheme for the entire territory, that it provides for only one environmental assessment as the general rule and that it be paramount over all other laws of general application which are inconsistent with it, and of the fact that no other government assessment process existed at the time and that no parallel process was provided for in the Agreement itself, s. 22.7.5 cannot be interpreted as triggering a separate federal environmental assessment of the project under the *CEAA*. To agree that the *CEAA* should prevail over the specific provisions of the Agreement would be to subvert the constitutional structure the parties to the Agreement intended to establish. Furthermore, s. 22.7.5 is a transitional provision. It was included in the Agreement in order to address the application of the law during the period between the signing of the Agreement and its coming into force, and govern environmental matters until the coming into force of the authorizing legislation.

The *CEAA* was enacted after the Agreement had been signed and implemented by statute. It is clear from the Agreement and its authorizing legislation that neither party can unilaterally modify its terms. In light of the constitutional normative hierarchy, the *CEAA* cannot prevail to impose a parallel process in

laquelle les répercussions d'un projet peuvent justifier une deuxième évaluation environnementale lorsque le projet lui-même appartient à la compétence d'un gouvernement et que ses répercussions relèvent des pouvoirs d'un autre. Si les répercussions d'un projet peuvent déclencher un processus d'évaluation environnementale distinct, l'exception devient la règle. Pareille conclusion contredit l'intention claire des parties, qui ont pris grand soin d'établir une distinction entre les projets qui relèvent respectivement de la compétence fédérale et de celle de la province. De plus, le ch. 22 traite expressément du rôle des Cris dans le processus d'évaluation environnementale et de leurs droits de participation à celui-ci. Les Cris jouent un rôle tant substantiel que procédural à chacune des étapes du processus. Le processus fédéral que prévoit la *LCÉE*, qui ne permet aucune participation substantielle ou procédurale des Cris, est incompatible avec le texte de la Convention et ne saurait s'appliquer.

Une évaluation fédérale du projet n'est pas exigée en sus à l'art. 22.7.5, qui dispose que rien dans le ch. 22 « ne doit être interprété comme imposant un processus d'évaluation et d'examen des répercussions par le gouvernement fédéral à moins qu'une loi ou qu'un règlement fédéral l'exige ». Cette phrase n'impose pas au gouvernement fédéral d'autres obligations que celles découlant habituellement d'une loi ou d'un règlement fédéral. En raison de l'intention expresse des parties que la Convention constitue un régime complet de gouvernance du territoire en entier, qu'elle établisse une règle générale selon laquelle une seule évaluation environnementale a lieu et qu'elle l'emporte sur toute autre loi d'application générale incompatible, et du fait qu'il n'y a pas d'autre processus gouvernemental d'évaluation ni quelque processus parallèle prévu par la Convention elle-même, on ne saurait interpréter l'art. 22.7.5 comme autorisant une évaluation environnementale fédérale distincte sur le fondement de la *LCÉE*. La reconnaissance de la primauté de la *LCÉE* sur les dispositions précises de la Convention ne respecte pas l'ordonnement constitutionnel établi et voulu par les parties à la Convention. En outre, l'art. 22.7.5 est une disposition transitoire. Les parties l'ont stipulé pour déterminer le droit applicable entre la signature de la Convention et sa mise en œuvre et il régit les questions liées à l'environnement jusqu'à la promulgation des lois approuvant la Convention.

La *LCÉE* a été adoptée après la signature de la Convention et sa mise en œuvre par voie législative. La Convention et les lois qui l'approuvent indiquent clairement que ni l'une ni l'autre des parties ne peuvent la modifier unilatéralement. En raison de la hiérarchie des normes admises par la Constitution, la

addition to the ones provided for in the Agreement. Any other interpretation would mean that the federal government can unilaterally alter what was intended to be a comprehensive, multilateral scheme. The federal government is therefore prohibited from effectively and unilaterally modifying the procedure established by the Agreement, or derogating from the rights provided for in the Agreement, by purporting to attach conditions based on external legislation of general application. The practical effect of this interpretation is that, if the Fisheries Minister determines that a permit must be issued under the *Fisheries Act*, the Minister must issue one on the basis of the environmental processes established by the Agreement and cannot insist that an additional environmental process be undertaken pursuant to the CEAA. The environmental review process under the Agreement is paramount.

Cases Cited

By Binnie J.

Referred to: *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator)*, [1993] 1 F.C. 501; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388.

By LeBel and Deschamps JJ. (dissenting)

Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator), [1993] 1 F.C. 501; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Cree School Board v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 C.N.L.R. 112; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669; *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220; *Calder v. Attorney-General*

LCÉE ne peut prévaloir de manière à imposer un processus d'évaluation parallèle en sus de celui prévu par la Convention. Toute interprétation différente signifierait que le gouvernement fédéral peut modifier unilatéralement ce qui devait être un régime multilatéral complet. Le gouvernement fédéral ne peut donc pas agir unilatéralement pour modifier dans les faits le processus prévu dans la Convention. Il ne peut non plus déroger aux droits qui y sont accordés en imposant des conditions fondées sur une loi externe d'application générale. L'effet pratique de cette interprétation est que si le ministre des Pêches décide qu'une autorisation est requise par la *Loi sur les pêches*, il doit l'accorder sur le fondement des processus environnementaux établis par la Convention. Il ne peut exiger qu'une autre évaluation environnementale soit entreprise en application de la *LCÉE*. Le processus d'examen des répercussions environnementales prévu dans la Convention prédomine.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1993] 1 C.F. 501; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388.

Citée par les juges LeBel et Deschamps (dissidents)

Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral), [1993] 1 C.F. 501; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Québec (Procureur général) c. Commission scolaire crie*, [2001] R.J.Q. 2128; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *Calder*

of *British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *R. v. Howard*, [1994] 2 S.C.R. 299; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213.

Statutes and Regulations Cited

Act approving the Agreement concerning James Bay and Northern Québec, R.S.Q., c. C-67, ss. 2(1), (6)(a), 6.
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 5, 12(5)(c), 14, 16, 16.1, 40 to 45.
Comprehensive Study List Regulations, SOR/94-638, s. 3, Sch., s. 16(a).
Constitution Act, 1867, ss. 91 “preamble”, (12), (27), 92(5), (10), (13), (16), 92A.
Constitution Act, 1982, s. 35.
Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14, ss. 31, 34(1), 35(1), (2).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 13.
James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act, S.C. 1976-77, c. 32, Preamble, ss. 3(1), (3), 8.
Law List Regulations, SOR/94-636, Sch. I, item 6(e).

Treaty

James Bay and Northern Québec Agreement, ss. 2.5, 2.7, 2.9.7, 2.15, 16.0.2, 22, 23.

Authors Cited

Bankes, Nigel. “Co-operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 792.
 Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal: Thémis, 2009.
 Gourdeau, Éric. “Genesis of the James Bay and Northern Québec Agreement”, in Alain-G. Gagnon and Guy Rocher, eds., *Reflections on the James Bay and Northern Québec Agreement*. Montréal: Québec Amérique, 2002.
 Grammond, Sébastien. *Aménager la coexistence: Les peuples autochtones et le droit canadien*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
 Grammond, Sébastien. “Les effets juridiques de la *Convention de la Baie James* au regard du droit interne canadien et québécois” (1992), 37 *McGill L.J.* 761.
 Kennett, Steven A. “Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental

c. Procureur général de la Colombie-Britannique, [1973] R.C.S. 313; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Howard*, [1994] 2 R.C.S. 299; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213.

Lois et règlements cités

Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois, L.R.Q., ch. C-67, art. 2(1), (6)(a), 6.
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 5, 12(5)(c), 14, 16, 16.1, 40 à 45.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 « préambule », (12), (27), 92(5), (10), (13), (16), 92A.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 13.
Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois, S.C. 1976-77, ch. 32, préambule, art. 3(1), (3), 8.
Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14, art. 31, 34(1), 35(1), (2).
Règlement sur la liste d'étude approfondie, DORS/94-638, art. 3, ann., art. 16a).
Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées, DORS/94-636, ann. I, art. 11e).

Traité

Convention de la Baie-James et du Nord québécois, art. 2.5, 2.7, 2.9.7, 2.15, 16.0.2, 22, 23.

Doctrine citée

Bankes, Nigel. « Co-operative Federalism : Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 792.
 Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
 Gourdeau, Éric. « Genèse de la Convention de la Baie-James et du Nord québécois », dans Alain-G. Gagnon et Guy Rocher, dir., *Regard sur la Convention de la Baie-James et du Nord québécois*. Montréal : Québec Amérique, 2002.
 Grammond, Sébastien. *Aménager la coexistence : Les peuples autochtones et le droit canadien*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
 Grammond, Sébastien. « Les effets juridiques de la *Convention de la Baie James* au regard du droit interne canadien et québécois » (1992), 37 *R.D. McGill* 761.
 Kennett, Steven A. « Hard Law, Soft Law and Diplomacy : The Emerging Paradigm for Intergovernmental

Cooperation in Environmental Assessment” (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 644.

Poirier, Johanne. “Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale: aux confins du droit et du non-droit”, in Jean-François Gaudreault-DesBiens and Fabien Gélinas, eds., *The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005, 441.

Quebec. Secrétariat aux affaires autochtones. *James Bay and Northern Québec Agreement and Complementary Agreements*. Sainte-Foy: The Secretariat, 1998.

Rotman, Leonard I. “Taking Aim at the Canons of Treaty Interpretation in Canadian Aboriginal Rights Jurisprudence” (1997), 46 *U.N.B.L.J.* 11.

Sanders, Douglas. ““We Intend to Live Here Forever”: A Primer on the *Nisga’a Treaty*” (1999-2000), 33 *U.B.C. L. Rev.* 103.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier, Rochon and Hilton JJ.A.), 2008 QCCA 741, [2008] R.J.Q. 944, [2009] 1 C.N.L.R. 169, 35 C.E.L.R. (3d) 161, SOQUIJ AZ-50487232, [2008] J.Q. No. 3142 (QL), 2008 CarswellQue 8289, setting aside a decision of Bénard J., 2006 QCCS 1832, [2006] R.J.Q. 1113, [2007] 1 C.N.L.R. 256, SOQUIJ AZ-50365314, [2006] J.Q. No. 3112 (QL), 2006 CarswellQue 3042. Appeal dismissed, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. dissenting.

Francis Demers, Samuel Chayer and Hugues Melançon, for the appellant.

Robert Mainville, Henry S. Brown, Q.C., and Jean-Sébastien Clément, for the respondents Grand Chief Dr. Ted Moses, the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee) and the Cree Regional Authority.

René LeBlanc, Bernard Letarte and Virginie Cantave, for the respondents the Attorney General of Canada, the Honourable David Anderson, in his capacity as Minister of Environment, and the Canadian Environmental Assessment Agency.

Yvan Biron, for the respondent Lac Doré Mining Inc.

Cooperation in Environmental Assessment » (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 644.

Poirier, Johanne. « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit », dans Jean-François Gaudreault-DesBiens et Fabien Gélinas, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005, 441.

Québec. Secrétariat aux affaires autochtones. *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*. Sainte-Foy : Le secrétariat, 1998.

Rotman, Leonard I. « Taking Aim at the Canons of Treaty Interpretation in Canadian Aboriginal Rights Jurisprudence » (1997), 46 *R.D. U.N.B.* 11.

Sanders, Douglas. « “We Intend to Live Here Forever” : A Primer on the *Nisga’a Treaty* » (1999-2000), 33 *U.B.C. L. Rev.* 103.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Pelletier, Rochon et Hilton), 2008 QCCA 741, [2008] R.J.Q. 944, 35 C.E.L.R. (3d) 161, [2009] 1 C.N.L.R. 169, SOQUIJ AZ-50487232, [2008] J.Q. n° 3142 (QL), 2008 CarswellQue 3062, qui a infirmé une décision de la juge Bénard, 2006 QCCS 1832, [2006] R.J.Q. 1113, [2007] 1 C.N.L.R. 256, SOQUIJ AZ-50365314, [2006] J.Q. n° 3112 (QL), 2006 CarswellQue 3042. Pourvoi rejeté, les juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron sont dissidents.

Francis Demers, Samuel Chayer et Hugues Melançon, pour l’appellant.

Robert Mainville, Henry S. Brown, c.r., et Jean-Sébastien Clément, pour les intimés Grand Chef Ted Moses, le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et l’Administration régionale crie.

René LeBlanc, Bernard Letarte et Virginie Cantave, pour les intimés le procureur général du Canada, l’honorable David Anderson, en sa qualité de ministre de l’Environnement, et l’Agence canadienne d’évaluation environnementale.

Yvan Biron, pour l’intimée Lac Doré Mining Inc.

Written submissions only by *P. Mitch McAdam* and *Chris Hambleton*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Bryan P. Schwartz and *Jack R. London, Q.C.*, for the intervener the Assembly of First Nations.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

BINNIE J. —

I. Introduction

[1] The question raised by this appeal is whether a mining project within the territory covered by the *James Bay and Northern Québec Agreement* (“James Bay Treaty” or “Treaty”) that “results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat” (*Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, s. 35(1)) is nevertheless exempted by virtue of the Treaty from any independent scrutiny by the federal Fisheries Minister before issuing the federal fisheries permit. All parties to this appeal agree the mine will require the permit before commencing operations. If the permit is not obtained, or if the permit conditions are not complied with, the mine operator would face civil and criminal consequences.

[2] The Attorney General of Quebec contends that the federal Minister will have no choice but to issue the permit once the mine is approved by a provincially appointed Treaty Administrator or the Quebec Cabinet. He contends that despite the anticipated impact of the mine’s tailing ponds and other pollutants on fish and fish habitat, and despite fisheries being a matter within exclusive federal jurisdiction under s. 91(12) of the *Constitution Act, 1867*, the James Bay Treaty should be interpreted to exclude what would elsewhere be a compulsory assessment of the project’s impact under the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (“CEAA”), and/or under federal fisheries policy.

Argumentation écrite seulement par *P. Mitch McAdam* et *Chris Hambleton*, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Bryan P. Schwartz et *Jack R. London, c.r.*, pour l’intervenante l’Assemblée des Premières Nations.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Rothstein et Cromwell rendu par

LE JUGE BINNIE —

I. Introduction

[1] La question que soulève le présent pourvoi est celle de savoir si un projet d’exploitation minière dans le territoire visé par la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* (« Convention » ou « Convention de la Baie-James ») « entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l’habitat du poisson » (*Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14, par. 35(1)) est néanmoins dispensé par la Convention d’un examen indépendant mené par le ministre fédéral des Pêches préalablement à l’autorisation qui, selon toutes les parties au pourvoi, doit être obtenue pour que puisse débiter l’exploitation de la mine. Si l’autorisation n’est pas accordée ou si les conditions dont elle est assortie ne sont pas respectées, l’exploitant de la mine s’expose à des sanctions civiles et criminelles.

[2] Le procureur général du Québec soutient que le ministre fédéral n’aura d’autre choix que d’accorder l’autorisation une fois le projet minier approuvé par l’administrateur provincial désigné suivant la Convention ou par le cabinet du Québec. Il fait valoir que malgré l’incidence prévue des bassins de résidus miniers et d’autres polluants sur le poisson et son habitat, et même si les pêcheries relèvent de la compétence exclusive fédérale suivant le par. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Convention devrait être interprétée de manière à écarter ce qui, ailleurs, constituerait une évaluation obligatoire des répercussions du projet suivant la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (« LCÉE ») ou la politique fédérale sur les pêches, ou les deux.

[3] My colleagues LeBel and Deschamps JJ. agree with that position. They rely, in particular, on a term of the Treaty that provides that “a project shall not be submitted to more than one (1) impact assessment and review procedure unless such project falls within the jurisdictions of both Québec and Canada” (s. 22.6.7). They then interpret the Treaty to exclude fisheries’ “impacts” from the determination of whether the mine is to be considered “exclusively” federal or provincial. In the result, on this view, the provincially appointed Administrator under the Treaty could base a final decision upon an abbreviated fisheries study that is simply unacceptable to the federal Fisheries Minister. Alternatively, the Quebec Cabinet could for its own reasons override the fisheries concerns altogether and approve the mining project over the objection of the Administrator it has appointed, or lighten the conditions designed to mitigate the adverse effects of the project on the fisheries. In any such circumstances, on this view, the federal Fisheries Minister would be powerless to withhold the permit. I do not agree that the terms of the Treaty support such an anomalous result.

[4] My colleagues go further and accuse the federal government of “unilaterally reneg[ing] on its own solemn [treaty] promises” (para. 58). This is a very serious allegation and, I believe, highlights the importance of paying attention to the actual terms of the treaty to determine what the parties (including the federal government) agreed to, and whether the federal government has (as alleged) gone back on its word and, as my colleagues see it, violated “the honour of the Crown” (para. 58). With respect, I find no support whatsoever for this harsh condemnation in the body of the Treaty, or in the circumstances that gave rise to this dispute.

[5] My colleagues express concern about the “First Nations’ participatory rights” (para. 58), but the Cree First Nation — certainly a profoundly important party to the Treaty — considers that it is the Quebec government position, endorsed by my colleagues, that is not only “legally incorrect”

[3] Mes collègues les juges LeBel et Deschamps partagent ce point de vue. Ils s’appuient entre autres sur une disposition de la Convention selon laquelle « un projet ne peut être soumis à plus d’un processus d’évaluation et d’examen des répercussions à moins que ledit projet relève à la fois de la compétence du Canada et du Québec » (art. 22.6.7). Ils concluent ensuite que pour l’application de la Convention, les « répercussions » sur le poisson ne sont pas prises en compte aux fins de déterminer si la mine relève d’une compétence « exclusivement » fédérale ou provinciale. Dès lors, à leur avis, l’administrateur provincial désigné suivant la Convention pourrait fonder sa décision finale sur une étude écourtée que le ministre fédéral des Pêches juge tout simplement inacceptable. Subsidiairement, le cabinet du Québec pourrait, pour des motifs qui lui sont propres, passer outre aux inquiétudes relatives aux pêches et approuver le projet minier malgré l’opposition de l’administrateur qu’il a désigné ou alléger les conditions visant à réduire les effets nuisibles du projet sur les pêches. De ce point de vue, en pareille circonstance, le ministre fédéral des Pêches serait dépouillé du pouvoir de refuser l’autorisation. Je ne crois pas que le texte de la Convention appuie un résultat aussi inusité.

[4] Mes collègues vont plus loin et reprochent au gouvernement fédéral de « renier ses engagements solennels » (par. 58). L’allégation est très grave et met en évidence, selon moi, l’importance de considérer attentivement le libellé employé dans la Convention lorsqu’il s’agit de déterminer ce dont les parties (y compris le gouvernement fédéral) ont convenu et si le gouvernement fédéral est revenu sur sa parole et — toujours comme le soutiennent mes collègues — a manqué à l’« honneur de la Couronne » (par. 58). Avec égards, je ne vois absolument rien qui étaye ce reproche sévère, ni dans le texte de la Convention ni dans les circonstances qui sont à l’origine du litige.

[5] Mes collègues se disent soucieux des « droits de participation des Premières Nations » (par. 58), mais la Première Nation crie — assurément une partie foncièrement importante à la Convention — estime que c’est la thèse du gouvernement du Québec, que reprennent à leur compte mes

but “makes no practical sense”. In a factum filed jointly on behalf of Grand Chief Dr. Ted Moses, Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee) and Cree Regional Authority (the “Cree respondents”), they write:

In essence, the Attorney-General of Québec argues that federal authorities responsible for the implementation and enforcement of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, are required to rely solely on a provincial review (in which they do not participate) to base their decisions under the *Fisheries Act* in regard to the Vanadium project. In addition to being legally incorrect, this approach makes no practical sense. [para. 6]

The Cree objection was essentially endorsed by the Quebec Court of Appeal. While, as will be seen, I do not entirely accept the procedural element of the Cree argument, I agree with their conclusion that on a proper construction of s. 22.7.5 of the Treaty, “a federal assessment in this case is indeed ‘required by Federal law or regulation’” (Cree Factum, at para. 80). Furthermore, as I interpret the Treaty, the participatory rights of the Cree are fully protected (contrary to what is said by my colleagues, at para. 58), as will be discussed.

[6] What all of this means, I believe, is that it is necessary to approach this case on the basis of the terms the parties actually negotiated and agreed to as set out in the text of their agreement rather than on general observations and ideas which, in my respectful view, are unsupported by the text. Applying this approach, I would dismiss the appeal, albeit for reasons that differ somewhat from those of the Quebec Court of Appeal (2008 QCCA 741, [2009] 1 C.N.L.R. 169).

A. Overview

[7] In *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, Cory J. pointed out that Aboriginal “[t]reaties are analogous to contracts, albeit of a very solemn and special, public nature” (para. 76). At issue in that case was an 1899 treaty. The contract analogy is even more apt in relation to a modern comprehensive

collègues, qui est non seulement [TRADUCTION] « infondée en droit », mais « dénuée de sens dans les faits ». Dans leur mémoire conjoint, le Grand Chef Ted Moses, le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et l’Administration régionale crie (les « intimés cris ») affirment :

[TRADUCTION] En somme, le procureur général du Québec fait valoir que les autorités fédérales responsables de la mise en œuvre et de l’application de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14, doivent se fonder uniquement sur un examen provincial (auquel elles ne prennent pas part) pour se prononcer sur le projet de mine de vanadium au regard de cette loi. En plus d’être infondée en droit, cette thèse est dénuée de sens dans les faits. [par. 6]

La Cour d’appel du Québec a fait droit pour l’essentiel à l’objection des intimés cris. Comme on le verra, je n’adhère pas totalement au volet procédural de la thèse des Cris, mais je fais mienne leur conclusion que, suivant la juste interprétation de l’art. 22.7.5 de la Convention, [TRADUCTION] « une évaluation fédérale est en effet “exigée en l’espèce par une loi ou un règlement fédéral” » (mémoire des intimés cris, par. 80). Qui plus est, suivant mon interprétation de la Convention, les droits de participation des Cris sont parfaitement protégés (contrairement à ce que prétendent mes collègues au par. 58). J’y reviendrai.

[6] Il s’en suit dès lors, à mon sens, qu’il faut considérer la présente affaire sous l’angle de ce que les parties ont effectivement négocié et convenu selon le libellé de leur accord, et non au regard d’observations et d’idées générales qui, à mon humble avis, ne trouvent aucun appui dans le texte. Au terme de l’analyse que je préconise, je suis d’avis de rejeter le pourvoi, quoique pour des raisons qui diffèrent quelque peu de celles de la Cour d’appel du Québec (2008 QCCA 741, [2008] R.J.Q. 944).

A. Aperçu

[7] Dans l’arrêt *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, le juge Cory fait ressortir que les « traités [conclus avec les Autochtones] sont comme des contrats, si ce n’est qu’ils ont un caractère public très solennel et particulier » (par. 76). Dans cette affaire, le traité datait de 1899. L’analogie avec le contrat est encore

treaty whose terms (unlike in 1899) are not constituted by an exchange of verbal promises reduced to writing in a language many of the Aboriginal signatories did not understand (paras. 52-53). The text of modern comprehensive treaties is meticulously negotiated by well-resourced parties. As my colleagues note, “all parties to the Agreement were represented by counsel, and the result of the negotiations was set out in detail in a 450-page legal document” (para. 118). The importance and complexity of the actual text is one of the features that distinguishes the historic treaties made with Aboriginal people from the modern comprehensive agreement or treaty, of which the James Bay Treaty was the pioneer. We should therefore pay close attention to its terms.

[8] I do not agree with the attribution by the Attorney General of Quebec of “trump” status to the reference in s. 22.6.7 to only “one (1) impact assessment and review procedure”. This provision merely regulates the *internal* treaty review processes. It does not refer to requirements *external* to the Treaty. Indeed, s. 22.7.1 specifically preserves the external requirement imposed on the vanadium mine promoter, triggered by final approval of the project under the Treaty, to obtain “the necessary authorization or permits from responsible Government Departments and Services”, as follows:

22.7.1 If the proposed development is approved in accordance with the provisions of this Section, the proponent shall before proceeding with the work obtain[n] where applicable the necessary authorization or permits from responsible Government Departments and Services. The Cree Regional Authority shall be informed of the decision of the Administrator. [Emphasis added.]

If the argument of the Attorney General of Quebec were correct, s. 22.7.1 would be worded to place the obligation on the responsible Government Department and Services to *issue* automatically the necessary authorization or permit, not to put the obligation on the proponent to *obtain* the necessary authorization or permit.

plus valable dans le cas des traités modernes globaux dont les dispositions (contrairement à celles du traité de 1899) ne se résument pas à un échange verbal de promesses couché ensuite par écrit dans une langue inconnue de bon nombre des signataires autochtones (par. 52-53). De nos jours, le contenu de tels traités est soigneusement négocié par des parties disposant de moult ressources. Comme le signalent mes collègues, « chacune des parties était représentée par avocat, et le résultat des négociations se retrouve en détail dans un document juridique de 450 pages » (par. 118). L'importance et la complexité du texte distinguent notamment les traités modernes globaux, dont la Convention de la Baie-James a été le précurseur, des traités historiques conclus avec les peuples autochtones. Nous devons donc porter une grande attention à son libellé.

[8] Contrairement au procureur général du Québec, je ne crois pas que la mention à l'art. 22.6.7 d'« un [seul] processus d'évaluation et d'examen » crée une préséance. Ce paragraphe régit simplement les processus *internes* d'examen que prévoit la Convention. Il ne renvoie pas aux exigences *externes*. En effet, l'art. 22.7.1 préserve précisément l'exigence externe faite au promoteur de la mine de vanadium, applicable dès l'approbation finale du projet conformément à la Convention, d'obtenir « les autorisations ou les permis nécessaires des ministères et services gouvernementaux responsables » :

22.7.1 Si le projet de développement proposé est approuvé en conformité avec les dispositions du présent chapitre, le promoteur doit, avant d'entreprendre les travaux, obtenir s'il y a lieu les autorisations ou les permis nécessaires des ministères et services gouvernementaux responsables. L'Administration régionale crie est informée de la décision de l'administrateur. [Je souligne.]

Si la thèse du procureur général du Québec était juste, l'art. 22.7.1 obligerait les ministères et les services gouvernementaux responsables à *accorder* automatiquement l'autorisation ou le permis nécessaire, au lieu de contraindre le promoteur à *obtenir*.

[9] What, then, is the role and function of s. 22.6.7 relied upon by the Attorney General of Quebec whose approach in this respect is adopted by my colleagues? It provides:

22.6.7 The Federal Government, the Provincial Government and the Cree Regional Authority may by mutual agreement combine the two (2) impact review bodies provided for in this Section and in particular paragraphs 22.6.1 and 22.6.4 provided that such combination shall be without prejudice to the rights and guarantees in favour of the Crees established by and in accordance with this Section.

Notwithstanding the above, a project shall not be submitted to more than one (1) impact assessment and review procedure unless such project falls within the jurisdictions of both Québec and Canada or unless such project is located in part in the Territory and in part elsewhere where an impact review process is required.

My colleagues lay stress on the second paragraph (“shall not be submitted to more than one (1) impact assessment and review procedure”), but clearly the second paragraph must be read with the first paragraph. The two paragraphs read together are an elaboration of the internal treaty processes *leading up to* the decision of the Administrator. The rule against duplication simply provides that only one impact assessment is to be conducted *within* the pre-approval treaty process for the benefit of the Administrator. The recommendations forwarded to the relevant Administrator will come from *either* the provincial Committee *or* the federal Panel but (in the absence of governmental agreement) not both, unless the project itself falls within both jurisdictions.

[10] I agree with my colleagues that there is to be only one “impact review” of the mine project *under* the James Bay Treaty. The recommendations of that review process, as stated, will provide input to the provincial Administrator. The provincial Administrator (or the Quebec Cabinet) will then make an approval decision. However, the agreement of the parties to avoid duplication *internal*

[9] Quels sont alors le rôle et la fonction de l’art. 22.6.7 invoqué par le procureur général du Québec, de même que par mes collègues, qui se rallient à sa thèse sur ce point? En voici le libellé :

22.6.7 Le Canada, le Québec et l’Administration régionale crie peuvent, de consentement mutuel, fusionner les deux comités d’examen prévus au présent chapitre, et plus particulièrement aux alinéas 22.6.1 et 22.6.4, pourvu que cette fusion ne porte pas atteinte aux droits et aux garanties établis en faveur des Cris par le présent chapitre.

Nonobstant les dispositions précédentes, un projet ne peut être soumis à plus d’un processus d’évaluation et d’examen des répercussions à moins que ledit projet relève à la fois de la compétence du Canada et du Québec ou à moins que le projet se trouve en partie dans le Territoire et en partie ailleurs où un processus d’évaluation et d’examen des répercussions est requis.

Mes collègues mettent l’accent sur le second paragraphe (« ne peut être soumis à plus d’un processus d’évaluation et d’examen des répercussions »), mais celui-ci doit manifestement être considéré de pair avec le premier. Ensemble, les deux paragraphes apportent des précisions sur les processus internes prévus par la Convention et *menant à* la décision de l’administrateur. La disposition écartant le double examen prévoit simplement qu’une seule évaluation des répercussions a lieu *dans le cadre* du processus préalable à l’approbation que prévoit la Convention au bénéfice de l’administrateur. Les recommandations transmises à l’administrateur compétent proviennent *soit* du comité provincial, *soit* du comité fédéral, mais (en l’absence d’un accord gouvernemental) pas des deux, à moins que le projet lui-même ne relève à la fois des deux ordres de gouvernement.

[10] Je conviens avec mes collègues qu’il ne doit y avoir qu’une seule « étude d’impact » pour le projet minier *sous* le régime de la Convention de la Baie-James. Comme il est mentionné, l’administrateur provincial prend acte des recommandations formulées au terme de ce processus d’examen. L’administrateur provincial (ou le cabinet du Québec) décide ensuite d’approuver ou non le

to the Treaty does not eliminate the *post*-approval permit requirement contemplated by the Treaty if imposed *externally* by a law of general application, such as the *CEAA* or the *Fisheries Act*, whose operation is preserved by the Treaty itself in s. 22.7.1.

[11] To this group of provisions the parties added a further stipulation which contemplated the possibility of an external “impact assessment review procedure by the Federal Government” as follows:

22.7.5 Nothing in the present Section shall be construed as imposing an impact assessment review procedure by the Federal Government unless required by Federal law or regulation. However, this shall not operate to preclude Federal requirement for an additional Federal impact review process as a condition of Federal funding of any development project. [Emphasis added.]

The parties to the Treaty plainly agreed that the Treaty provisions dealing with the environment do not themselves require an independent impact assessment review by the federal government (i.e. the federal government itself as distinguished from the Treaty review bodies on which the federal government may or may not be represented). However, this provision is expressly made subject to such an external requirement being imposed by “Federal law or regulation” (i.e. not the Treaty). Far from excluding a separate federal obligation external to the Treaty, the Treaty thus contemplates the obligation of compliance with federal law whether in existence at the time of the negotiations (e.g. s. 31 of the *Fisheries Act* as it then was) or impact assessments subsequently imposed by federal law (e.g. the *CEAA*). This is the position of the Cree respondents and I agree with it.

[12] My colleagues LeBel and Deschamps JJ. take a different view. They state that s. 22.7.5 must be understood as merely a “transitional” provision pending enactment of implementing legislation (para. 133). I can find no support for this idea in

projet. Cependant, l'accord des parties visant à éviter le double examen *interne* dans le cadre de la Convention ne supprime pas l'obligation — faite par la Convention — d'obtenir *après* l'approbation une autorisation exigée *de manière externe* par une loi d'application générale, comme la *LCÉE* ou la *Loi sur les pêches*, dont l'application est préservée par la Convention elle-même à l'art. 22.7.1.

[11] À cet ensemble de dispositions, les parties en ont ajouté une autre qui prévoit la possibilité d'« un processus [externe] d'évaluation et d'examen des répercussions par le gouvernement fédéral » :

22.7.5 Rien dans le présent chapitre ne doit être interprété comme imposant un processus d'évaluation et d'examen des répercussions par le gouvernement fédéral à moins qu'une loi ou qu'un règlement fédéral l'exige. Cependant, ceci n'a pas pour effet d'empêcher le Canada d'exiger un processus additionnel fédéral d'évaluation et d'examen des répercussions comme condition de financement par le Canada d'un projet de développement. [Je souligne.]

Les parties à la Convention ont clairement convenu que ses dispositions portant sur l'environnement n'exigent pas elles-mêmes d'évaluation indépendante des répercussions par le gouvernement fédéral (à savoir le gouvernement fédéral lui-même, par opposition aux organismes d'examen créés en application de la Convention comptant ou non des représentants du gouvernement fédéral). Or, cette disposition s'applique expressément sous réserve d'une exigence externe « qu'une loi ou qu'un règlement fédéral » (et non la Convention) établit. Loin d'exclure une obligation fédérale distincte externe, la Convention admet donc l'obligation d'observer le droit fédéral existant au moment des négociations (p. ex. l'art. 31 de la *Loi sur les pêches* dans sa version d'alors) ou l'exigence d'évaluer les répercussions imposée subséquemment à l'échelon fédéral (p. ex. dans la *LCÉE*). C'est là le point de vue défendu par les intimés cris et j'y adhère.

[12] Mes collègues les juges LeBel et Deschamps sont d'un autre avis. Ils affirment que l'art. 22.7.5 doit être considéré comme une simple disposition « transitoire » applicable jusqu'à l'adoption des lois de mise en œuvre (par. 133). Je ne vois rien dans le

the text of the Treaty or its context. It is true that s. 22.7.5 is found at the end of Section 22 in a group of sections headed (appropriately enough) “Final Provisions”. The same group includes the provision for a Cabinet override of an Administrator’s decision not to authorize a proposed development (s. 22.7.2), a provision which is clearly permanent, not “transitional”. Where transitional arrangements are contemplated (as in s. 22.7.7), the text refers in explicit language to “interim measures”. There is no such qualification in s. 22.7.5. If we are to proceed, as I do, on the basis that these provisions were drafted by skilled individuals to reflect the precise agreement reached by the Cree with the federal and provincial governments, we have no mandate to rewrite them. The Court ought to do the parties the courtesy of respecting the rights and obligations in the terms they agreed to.

[13] My colleagues refer to the Treaty as a manifestation of cooperative federalism, but with respect, as they interpret it, the Treaty turns out to be a vehicle for provincial paramountcy. My view, on the contrary, is that a refusal by the federal Fisheries Minister to issue the necessary fisheries permit to alter, disrupt or destroy fish habitat pursuant to s. 35(2) of the federal *Fisheries Act* without compliance with the *CEAA* would neither be in breach of the Treaty nor be unconstitutional (as argued by the Attorney General of Quebec — see transcript, at pp. 2-3 and 5-9, and para. 84 of the Appellant’s Factum). The federal laws, the provincial laws and the James Bay Treaty fit comfortably together, and each should be allowed to operate within its assigned field of jurisdiction.

B. The Treaty Addressed a Long-Standing Aboriginal Grievance

[14] The James Bay Treaty was an epic achievement in the ongoing effort to reconcile the rights

texte de la Convention ou dans les circonstances de sa signature qui appuie cette assertion. Certes, l’art. 22.7.5 se trouve à la fin du chapitre 22 dans un ensemble de dispositions intitulées (bien évidemment) « Dispositions finales ». Le même ensemble renferme la disposition qui permet au cabinet d’infirmier la décision de l’administrateur de ne pas approuver le développement projeté (art. 22.7.2). Cette disposition est clairement permanente et non « transitoire ». Lorsque des mesures transitoires sont prévues (comme à l’art. 22.7.7), la Convention les qualifie expressément de « mesures provisoires ». Pareil terme n’est pas employé à l’art. 22.7.5. Si, comme je le fais, il faut partir du principe que ces dispositions ont été rédigées par des personnes chevronnées de manière à refléter l’accord précis intervenu entre les Cris et les gouvernements fédéral et provincial, il ne nous appartient pas de les remanier. La Cour doit faire preuve d’égards à l’endroit des parties et appliquer les droits et les obligations conformément au libellé dont elles ont convenu.

[13] Mes collègues voient dans la Convention une manifestation de fédéralisme coopératif, mais à mon humble avis, leur interprétation fait de la Convention un instrument voué à la prédominance du pouvoir provincial. J’estime au contraire que le refus du ministre fédéral des Pêches d’accorder l’autorisation nécessaire pour détériorer, détruire ou perturber l’habitat du poisson en vertu du par. 35(2) de la *Loi sur les pêches*, si les exigences de la *LCÉE* n’étaient pas respectées, ne constituerait pas une violation de la Convention ni ne serait inconstitutionnel (malgré ce que prétend le procureur général du Québec — voir la transcription, p. 2-3 et 5-9, par. 84 du mémoire de l’appelant). Les lois fédérales, les lois provinciales et la Convention de la Baie-James s’imbriquent bien les unes aux autres, et il convient de permettre à chacun de ces trois éléments de s’appliquer dans le domaine de compétence qui y correspond.

B. L’objectif de la Convention : régler un différend de longue date avec les Autochtones

[14] La Convention de la Baie-James constitue l’aboutissement d’une entreprise colossale et

and interests of Aboriginal peoples and those of non-Aboriginal peoples in Northern Quebec. Concluded in 1975 between the Grand Council of the Crees (of Quebec), the Northern Québec Inuit Association, the Governments of Canada and Quebec, and a number of Quebec Crown corporations, the Treaty was designed to fulfill obligations assumed by Quebec towards Aboriginal peoples at the time of the transfer of approximately 410,000 square miles of land and lakes from Canada's northern territories to Quebec in 1898 and 1912.

[15] There is no doubt that when the First Ministers' Conference on Aboriginal Constitutional Affairs agreed in 1983 to amend s. 35 of the *Constitution Act, 1982* to provide in subsection (3) that “[f]or greater certainty, in subsection (1) ‘treaty rights’ includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired”, their deliberations included the James Bay Treaty concluded but a few years earlier. The Cree participated in the relevant sessions, as did the federal and Quebec First Ministers. Many observers at the time considered the amendment to be superfluous. Hence the phrase “[f]or greater certainty”. The James Bay Treaty is clearly covered by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[16] The Treaty is not intended to operate as a land freeze. It contemplates “[t]he right to develop in the Territory” (s. 22.2.2) and preserves the “rights and interests of non-Native people, whatever they may be”, but such development is to be regulated by planning procedures that recognize “[t]he protection of the hunting, fishing and trapping rights of Native people in the Territory” and the need to minimize the “negative environmental and social impacts of development on Native people and on Native communities” (s. 22.2.4).

d’efforts soutenus en vue de concilier les droits et les intérêts des Autochtones et ceux des non-Autochtones dans le nord du Québec. Conclue en 1975 par le Grand Council of the Crees (of Québec) (dont l’appellation française est désormais Grand Conseil des Cris (Québec)), la Northern Québec Inuit Association, les gouvernements du Canada et du Québec et un certain nombre de sociétés d’État québécoises, la Convention devait permettre au Québec de s’acquitter des obligations qu’il avait contractées envers les Autochtones lors de la cession en 1898 et en 1912 d’un territoire d’environ 410 000 milles carrés dans le nord du Canada.

[15] Lorsque les participants à la Conférence des premiers ministres sur les questions constitutionnelles intéressant les Autochtones tenue en 1983 ont convenu de modifier l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour préciser au paragraphe (3) qu’« [i]l 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 », il ne fait aucun doute que leurs discussions avaient notamment porté sur la Convention conclue quelques années auparavant. Les Cris ont pris part aux séances sur le sujet, tout comme les premiers ministres fédéral et québécois. De nombreux observateurs jugeaient alors la modification inutile, d’où l’emploi de la formule « il est entendu ». Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* s’applique de toute évidence à la Convention de la Baie-James.

[16] La Convention n’empêche pas la mise en valeur des terres. Elle prévoit « le droit de mener des projets de développement dans le Territoire » (art. 22.2.2) et préserve « les droits et les intérêts, quels qu’ils soient, des non-autochtones », mais un tel développement est réglementé par des processus qui reconnaissent « la protection des droits de chasse, de pêche et de [piégeage] des autochtones dans le Territoire » et le besoin de réduire « [l]es répercussions indésirables découlant du développement relativement à l’environnement et au milieu social sur les autochtones et les communautés autochtones » (art. 22.2.4).

[17] It was of great importance to have Cree and Inuit participation in the environmental impact assessment of projects within their respective territories, although their formal participation in the development of Category III lands (as here) was to be only as members of consultative and recommending bodies. In a project involving Category III lands, these Treaty bodies include the James Bay Advisory Committee on the Environment, which is described in the Treaty as “the preferential and official forum for responsible governments in the Territory concerning their involvement in the formulation of laws and regulations relating to the environmental and social protection regime” (s. 22.3.24); and the Evaluating Committee, which recommends “the extent of impact assessment and review” of a proposed development (s. 22.5.14) as well as the Environmental and Social Impact Review *Committee* for projects “involving” provincial jurisdiction (s. 22.6.1) and the Environmental and Social Impact Review *Panel* for projects “involving” federal jurisdiction (s. 22.6.4). In none of these committees or panels do the Cree nominees have a majority (s. 22.6.2 and s. 22.6.5). In any event, these bodies do not make development decisions. Their recommendations are not binding on the relevant decision makers.

C. The Ultimate Treaty Decision Maker on This Project Is the Quebec Cabinet

[18] The treaty decision-making power in relation to development on the lands in question rests not with these committees or panels but with the provincial Administrator (in “matters” respecting provincial jurisdiction) and a federal Administrator (in “matters” involving federal jurisdiction) or a Cree Administrator in matters involving Category I lands (s. 22.1.1). (As stated, the proposed vanadium mine is located on Category III lands.)

[17] La participation des Cris et des Inuits à l'évaluation des répercussions environnementales des projets dans leurs territoires respectifs revêt une grande importance. Toutefois, en ce qui a trait au développement des terres de la catégorie III (dont celles visées en l'espèce), elle n'a formellement lieu que dans le cadre d'organismes de consultation et de recommandation. Pour un projet relatif à des terres de la catégorie III, ces organismes établis par la Convention sont le comité consultatif sur l'environnement de la Baie-James, que la Convention définit comme étant « l'organisme privilégié et officiel auquel font appel les gouvernements responsables dans le Territoire relativement à leur participation à l'élaboration des lois et règlements visant le régime de protection de l'environnement et du milieu social » (art. 22.3.24), le comité d'évaluation, qui formule des recommandations sur « la portée de l'étude des répercussions » de tout développement projeté (art. 22.5.14), ainsi que le comité provincial d'examen des répercussions sur l'environnement et le milieu social, pour les projets « de compétence » provinciale (art. 22.6.1) et le comité fédéral d'examen des répercussions sur l'environnement et le milieu social, pour les projets qui « relèvent » de la compétence fédérale (art. 22.6.4). Les Cris ne forment la majorité des membres d'aucun de ces comités (art. 22.6.2 et 22.6.5). De toute manière, ces comités ne prennent pas de décisions en matière de développement. Leurs recommandations ne lient pas les décideurs finals.

C. Le cabinet du Québec : l'instance décisionnelle ultime à l'égard du projet aux fins de la Convention

[18] Suivant la Convention, le pouvoir décisionnel lié à la mise en valeur des terres en question n'appartient pas à ces comités, mais bien à l'administrateur provincial (en matière de compétence provinciale) et à un administrateur fédéral (en matière de compétence fédérale) ou à un administrateur cri dans le cas d'un projet touchant des terres de la catégorie I (art. 22.1.1). (Rappelons que la mine de vanadium dont l'exploitation est projetée se trouve dans les terres de la catégorie III.)

[19] The Treaty contains a political override. An appeal lies from the decision of the Administrator to the Lieutenant-Governor in Council of Quebec (the Quebec Cabinet) or the federal Governor in Council (the federal Cabinet) on projects within their respective jurisdictions (s. 22.7.2). Cabinet may “authorize a development which has not been authorized [by the Administrator] or alter the terms and conditions established by the Administrator pursuant to Sub-Section 22.6” (s. 22.7.2). Cree participation is important and essential, but, at the end of the day, the Quebec Cabinet will have the final word on Category III lands if its intervention is sought by a mine promoter dissatisfied with the provincial Administrator’s decision.

II. Facts

[20] The salient background is set out in the opinion of my colleagues LeBel and Deschamps JJ. It is appropriate, however, to elaborate on some of the concerns related to the fisheries and fish habitat.

[21] The assessment procedure under the Treaty leading up to the Administrator’s decision consists of three stages. At the first stage of the present application, the proponent of the mining project submitted to the Administrator responsible for “matters respecting provincial jurisdiction” some preliminary information concerning its proposed development (s. 22.5.11). (I will refer to this official throughout as the “provincial Administrator” as it is a provincial appointment.) All parties accept that for treaty purposes the vanadium mine is a provincial project, relying on *Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator)*, [1993] 1 F.C. 501 (C.A.), at p. 527:

... once the project falls under provincial jurisdiction (as opposed to under federal jurisdiction) it is the provincial side of the procedure which is set in motion, regardless of whether the project has an environmental impact in an area under federal jurisdiction, and that the federal Administrator, the federal Review Panel

[19] La Convention prévoit un pouvoir d’infirmité de nature politique. Il peut en effet être interjeté appel de la décision de l’administrateur au lieutenant-gouverneur en conseil du Québec (le cabinet du Québec) ou au gouverneur en conseil fédéral (le cabinet fédéral), selon la compétence à laquelle ressortit le projet (art. 22.7.2). Le cabinet peut « autoriser un développement qui n’a pas été autorisé [par l’administrateur] en vertu de l’article 22.6 ou modifier les conditions posées par l’administrateur en vertu de l’article 22.6 » (art. 22.7.2). La participation des Cris est certes importante et essentielle, mais au bout du compte, le cabinet du Québec a le dernier mot pour ce qui concerne les terres de la catégorie III lorsque le promoteur minier éconduit par l’administrateur provincial requiert son intervention.

II. Faits

[20] Dans leurs motifs, mes collègues les juges LeBel et Deschamps font état des faits pertinents. Il convient toutefois d’élaborer au sujet de quelques préoccupations relatives aux pêches et à l’habitat du poisson.

[21] Le processus d’examen que prévoit la Convention et qui mène à la décision de l’administrateur comprend trois étapes. En l’espèce, à la première étape, le promoteur du projet minier a communiqué à l’administrateur responsable « en matière de compétence provinciale » certains renseignements préliminaires concernant son projet de développement (art. 22.5.11). (Je renvoie ci-après à l’« administrateur provincial » puisque cet administrateur est nommé par le gouvernement de la province.) Les parties conviennent toutes que, pour les besoins de la Convention, la mine de vanadium constitue un projet provincial; elles s’appuient sur l’arrêt *Bande d’Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1993] 1 C.F. 501 (C.A.), à la p. 527 :

... à compter du moment où il s’agit d’un projet de compétence provinciale (par opposition à un projet de compétence fédérale), c’est le volet provincial du processus qui est déclenché, peu importe que le projet ait des retombées environnementales dans un domaine de compétence fédérale, et que l’administrateur fédéral,

and the Governor in Council then have no active role to play. [Emphasis added.]

Eastmain Band addressed internal treaty procedures. It said nothing about the requirement imposed on a mine operator to obtain required permits and authorizations. As mentioned, the parties to the Treaty segregated out the fisheries licence issue and left it to be determined *not* under the Treaty procedures but according to federal laws of general application.

A. *The Review Procedure*

[22] The provincial Administrator transmitted the proponent's information about its proposal for a mine to the Evaluating Committee (s. 22.5.12), which was limited to making a recommendation about the extent of impact assessment and review and whether or not a preliminary and/or a final impact statement should be done (s. 22.5.14). Once provided with the Evaluating Committee's recommendations, the provincial Administrator *alone* decided the scope of the assessment (s. 22.5.4) and gave appropriate directions to the proponent (ss. 22.5.4, 22.5.15 and 22.5.16) in that regard.

[23] While Schedule 3 to Section 22 contemplates a broad ranging assessment that would normally include fish habitat, where relevant, the Administrator is not bound by Schedule 3, which itself provides in its introduction that:

In the exercise of his functions, and duties pursuant to this Section of the Agreement, the Administrator shall give due consideration to the provisions of this Schedule but shall not be restricted or bound by or to the said provisions. [Emphasis added.]

It is to be expected that all participants in the approval process will be conscientious and carry out their work with due diligence, but the fact remains that the Treaty is structured to give the Administrator(s) and Cabinet(s) a lot of leeway in establishing the scope of the impact assessment and in reflecting (or not) its recommendations in their final decision to approve or not to

le comité fédéral d'examen et le gouverneur en conseil n'ont alors aucun rôle actif à jouer. [Je souligne.]

L'arrêt *Bande d'Eastmain* porte sur des processus internes prévus par la Convention, et rien n'y est dit concernant l'exigence faite à l'exploitant d'une mine d'obtenir les autorisations et les permis requis. Comme je l'ai mentionné, les parties à la Convention ont dissocié la question de l'autorisation relative au poisson et à son habitat pour qu'elle soit tranchée *non pas* dans le cadre des processus prévus dans la Convention, mais conformément aux dispositions fédérales d'application générale.

A. *Le processus d'examen*

[22] L'administrateur provincial a transmis au comité d'évaluation les renseignements fournis par le promoteur sur son projet de mine (art. 22.5.12). Le comité avait pour seule tâche celle de formuler des recommandations concernant la portée de l'étude des répercussions et la nécessité d'un rapport préliminaire ou final, ou les deux, sur les répercussions (art. 22.5.14). Après avoir pris connaissance des recommandations du comité d'évaluation, l'administrateur provincial a décidé *seul* de la portée de l'évaluation (art. 22.5.4) et il a donné au promoteur les instructions qui s'imposaient à cet égard (art. 22.5.4, 22.5.15 et 22.5.16).

[23] L'annexe 3 du chapitre 22 prévoit une évaluation de grande portée qui, normalement, englobe l'habitat du poisson, s'il y a lieu, mais l'administrateur n'est pas tenu de s'y conformer. Son introduction précise ce qui suit :

Dans l'exercice de ses fonctions et devoirs, conformément au présent chapitre de la Convention, l'administrateur tient compte des dispositions de la présente Annexe sans y être restreint ou lié. [Je souligne.]

Il faut présumer que tous les participants au processus d'approbation sont consciencieux et s'acquittent de leur tâche avec la diligence voulue, mais il demeure que la Convention est conçue de façon à donner une grande latitude aux administrateurs et aux cabinets pour établir la portée de l'évaluation des répercussions et pour tenir compte (ou non) des recommandations dans la décision

approve a development project such as a vanadium mine.

[24] On receipt of the provincial Administrator's instructions, the proponent supplied information about the potential environmental and social impacts "especially those on the Cree populations potentially affected" (Section 22, Sch. 3). This material ("the impact statement") was transmitted by the provincial Administrator to the provincial Review Committee (s. 22.6.10). The material was also to be transmitted to the Cree Regional Authority (s. 22.6.11) for their "representations" (s. 22.6.12).

B. Fisheries Concerns

[25] The impact study prepared in this case by the mining proponent was presented on June 26, 2003. It acknowledged a significant impact on fish habitat, including the risks associated with the tailing ponds, and the fact that many water bodies, including lakes, would be lost during the building of the complex. In its summary of the impact study, the proponent itself mentioned the following:

[TRANSLATION] As for the federal framework, it requires, first, compliance with the *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA) to the extent that the project has an impact on fish habitat . . .

. . .

Some small bodies of water that are undergoing eutrophication will be lost as a result of the disposal of mining waste. A number of watercourses will be spanned by the access road and the electrical power line, while others will be cut off by or diverted around the plant and its waste disposal sites. The main collectors (Villefagnan, Boisvert) have minimum annual flows up to 40 times greater than the tributaries that will be affected by the project.

. . .

The study area includes a walleye spawning ground in the Armitage River and several brook trout spawning grounds at the outfall of Audet Lake and in Wynne

finale d'approuver ou non un projet de développement, comme celui de l'exploitation d'une mine de vanadium.

[24] Lorsqu'il a reçu les instructions de l'administrateur provincial, le promoteur a fourni des renseignements concernant les répercussions possibles sur l'environnement et le milieu social, « plus particulièrement les répercussions sur les populations crie pouvant être touchées » (chapitre 22, ann. 3). L'administrateur provincial a transmis les données (le « rapport des répercussions ») au comité provincial d'examen (art. 22.6.10). Les données devaient également être transmises à l'Administration régionale crie (art. 22.6.11) pour qu'elle puisse faire des « représentations » (art. 22.6.12).

B. Inquiétudes liées aux pêches

[25] L'étude d'impact réalisée en l'espèce a été présentée le 26 juin 2003. Le promoteur minier y reconnaissait les répercussions importantes sur l'habitat du poisson, dont les risques associés aux bassins de résidus miniers, et le fait que la construction du complexe entraînerait la perte de nombreux plans d'eau, notamment des lacs. Dans son résumé, le promoteur mentionnait ce qui suit :

Pour ce qui est du cadre de référence fédéral, il implique en premier lieu la conformité aux exigences de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (LCÉE) dans la mesure où le projet touche à l'habitat du poisson . . .

. . .

Des petits plans d'eau en voie d'eutrophisation seront perdus à la suite de la disposition des rejets miniers. Plusieurs cours d'eau seront traversés par la route d'accès et la ligne électrique alors que d'autres seront sectionnés ou détournés pour l'implantation de l'usine et des parcs de rejets. Les collecteurs principaux (Villefagnan, Boisvert) ont des débits d'étiage jusqu'à 40 fois supérieurs aux tributaires qui seront touchés par le projet.

. . .

Le secteur à l'étude englobe une frayère à doré dans la rivière Armitage, des frayères à omble de fontaine à l'exutoire du lac Audet et dans le ruisseau Wynne. La

Creek. The Boisvert River has a habitat suitable for the reproduction of walleye. Chibougamau Lake is of great importance to the region's residents and tourists, primarily for walleye fishing in the summer. [Emphasis added; Exhibit P-11, Appellant's Record, vol. III, at pp. 76 and 81-82.]

(See Exhibit P-11, Appellant's Record, vols. III to IX, for the detailed Impact Study.)

The proponent, however, did not provide very much information about the scale and nature of the precise impact of the project on fish habitat; nor did it disclose in any detail how it proposed to mitigate the environmental damage.

[26] On the basis of the impact study and other information before it, the Review Committee was given the task of recommending to the provincial Administrator whether or not the development should proceed and, if so, under what terms and conditions (s. 22.6.15).

[27] In this case, the Review Committee found the fisheries information deficient, as noted in its report dated March 2004, as follows:

[TRANSLATION] To compensate for the loss of fish habitat that would result from the mining project, the proponent recommends alterations to a waterfall located 300 metres upstream of Villefagnan Creek in order to provide access to the walleye spawning grounds.

However, the information in the impact assessment statement does not make it possible to quantify the loss of fish habitat production capacity associated with the project, although it is agreed that the project will result in a net loss of breeding, nursery and rearing areas, overwintering habitat, etc., for several species of fish in various types of environments.

The proponent must therefore present its fish habitat compensation exercise by specifying the various types, functions and surface areas involved together with the multispecies potential of the environments affected by the project. [Exhibit P-13-1, at p. 15, Appellant's Record, vol. IX, at p. 60]

[28] The Review Committee notably expressed concern with respect to fish habitat, water quality loss, loss of numerous lakes, use of explosives,

rivière Boisvert possède un habitat propice à la reproduction du doré. Le lac Chibougamau revêt une grande importance pour les gens de la région et les touristes, principalement pour la pêche au doré durant la saison estivale. [Je souligne; pièce P-11, dossier de l'appellant, vol. III, p. 76 et 81-82.]

(Voir pièce P-11, dossier de l'appellant, vol. III à IX, pour l'étude d'impact détaillée.)

Toutefois, le promoteur n'a pas donné beaucoup de renseignements sur l'ampleur et la nature des répercussions du projet sur l'habitat du poisson et il n'a pas précisé non plus comment il entendait atténuer le préjudice environnemental.

[26] À partir de l'étude d'impact et des autres renseignements dont il disposait, le comité d'examen s'est vu confier la tâche de recommander à l'administrateur provincial de permettre ou non que le projet de développement aille de l'avant et, dans l'affirmative, à quelles conditions (art. 22.6.15).

[27] En l'espèce, le comité d'examen est arrivé à la conclusion que les renseignements sur le poisson étaient insuffisants. Voici ce qu'il a signalé dans son rapport daté du mois de mars 2004 :

À titre de mesures proposées en guise de compensation des pertes d'habitat du poisson qui seraient occasionnées lors de la réalisation du projet minier, l'initiateur préconise un aménagement de la chute sise à 300 mètres en amont du ruisseau Villefagnan pour permettre un accès aux habitats de frai du doré jaune.

D'autre part, l'information contenue dans l'étude d'impact ne permet pas de quantifier la perte de capacité de production de l'habitat du poisson associée au projet alors qu'il est entendu que celui-ci va occasionner des pertes nettes d'aires de reproduction, d'alevinage, de croissance, de survie hivernale, etc. pour plusieurs espèces de poissons et dans différents types de milieux.

En conséquence, l'initiateur doit présenter son exercice de compensation d'habitat du poisson en précisant les différents types, fonctions et superficies en cause ainsi que le potentiel multispécifique des milieux affectés par le projet. [Pièce P-13-1, p. 15, dossier de l'appellant, vol. IX, p. 60]

[28] Le comité d'examen s'est dit particulièrement préoccupé par l'habitat du poisson, la diminution de la qualité de l'eau, la disparition de nombreux

pollution through discharge of effluent into water, extraction and use of fresh water, pollution of waters frequented by fish through tailing ponds, remedial works including construction of a fish ladder or waterfall, loss of fish production, and degradation of fish habitat generally (Exhibit P-13-1, at pp. 14-16, Appellant's Record, vol. IX, at pp. 59-61).

C. Federal Commentary on the Fisheries Concerns

[29] Although there are no federal appointees on the provincial Review Committee, the Canadian Environmental Assessment Agency did contact the provincial Administrator by letter dated October 28, 2003 to try to coordinate the Treaty process and the CEAA review (Exhibit P-25, Appellant's Record, vol. IX, at pp. 153-54). The CEAA expressly contemplates dealing with bodies designated by land claims agreements (see ss. 12(5)(c) and 40(1)(d)). It therefore seems that the federal government was willing to harmonize both assessment processes as it is authorized (but not required) to do under ss. 40 to 45 of the CEAA. Such harmonization would be an exercise in cooperative federalism. For present purposes, it is sufficient to note that no joint body was established, by the federal Minister or delegation made to the Treaty body, as must be done in writing under s. 43(2) of the CEAA.

[30] Fisheries and Oceans Canada commented in its October 2003 statement on the proponent's submission:

[TRANSLATION] As a result, the content of the impact assessment statement (IAS) submitted by McKenzie Bay Resources Ltd. (MBRL) does not meet the requirements of DFO [the Department of Fisheries and Oceans] and is insufficient for the FHMB [Fish Habitat Management Branch] to conduct a complete analysis of the project's potential impact on fish and fish habitat for the purposes of the Fisheries Act (FA). Much information remains

lacs, l'utilisation d'explosifs, la pollution causée par le déversement des effluents dans l'eau, l'extraction et l'utilisation d'eau douce, la pollution d'eaux poissonneuses par les bassins de résidus miniers, les mesures d'atténuation, dont la construction d'une échelle à poissons ou d'une chute d'eau, la diminution de la production de poissons et la détérioration de l'habitat du poisson en général (pièce P-13-1, p. 14-16, dossier de l'appelant, vol. IX, p. 59-61).

C. Observations du fédéral concernant les préoccupations relatives à la pêche

[29] Même si le comité provincial d'examen ne comptait aucun représentant du gouvernement fédéral, l'Agence canadienne d'évaluation environnementale a fait parvenir à l'administrateur provincial une lettre datée du 28 octobre 2003 en vue de coordonner le processus prévu dans la Convention et celui prescrit par la LCÉE (pièce P-25, dossier de l'appelant, vol. IX, p. 153-154). La LCÉE prévoit expressément la mise en rapport avec des organismes créés par des accords sur des revendications territoriales (voir les al. 12(5)c) et 40(1)d)). Il appert donc que le gouvernement fédéral était disposé à harmoniser les deux processus d'évaluation comme le permettent (sans toutefois le prescrire) les art. 40 à 45 de la LCÉE. Pareille harmonisation constituerait une manifestation de fédéralisme coopératif. Pour les besoins du présent pourvoi, il suffit de signaler qu'aucun organisme conjoint n'a été mis sur pied, par le ministre fédéral ou par voie de délégation à l'organisme créé par la Convention, ce qui doit être fait par écrit suivant le par. 43(2) de la LCÉE.

[30] En octobre 2003, Pêches et Océans Canada a formulé les observations suivantes sur le document présenté par le promoteur :

Par conséquent, le contenu de l'étude d'impact (ÉI) présentée par Ressources McKenzie Bay Ltée (RMBL) ne rencontre pas les exigences du MPO [ministère des Pêches et des Océans] et ne permet pas à la DGHP [Direction de la gestion de l'habitat du poisson] d'effectuer une analyse complète des effets potentiels du projet sur le poisson et l'habitat du poisson en vertu de la Loi sur les pêches (LP). Plusieurs éléments d'information

to be clarified or provided. [Exhibit P-24, Appellant's Record, vol. IX, at p. 121]

On page 176 of Volume 2 of the IAS, the promoter proposes alterations to a waterfall 300 m upstream from its mouth in order to provide access to potential spawning grounds for walleye in the downstream portion of Villefagnan Creek. This measure is proposed to compensate for the losses of fish habitat that would result from the mining project.

At this time, the information in the IAS is insufficient for us to quantify the loss of fish habitat production capacity. It is therefore currently impossible to determine whether the proposed compensation project would make a result of no net loss possible.

... the mining project will likely result in the loss of breeding, feeding, nursery and rearing areas, overwintering habitat, etc., for several species of fish in various types of environments (lentic, lotic, grass bed, etc.). However, only walleye spawning grounds were considered for the purposes of compensation. [Emphasis added; Exhibit P-24, Appellant's Record, vol. IX, at p. 129.]

[31] Environment Canada commented in November 2003:

[TRANSLATION] First of all, it is our opinion that there are significant gaps in the project description and in the description of the receiving environment. The information in the report does not provide a sufficient scientific basis for assessing the project's environmental impact, particularly where the aspects under our jurisdiction are concerned. [Exhibit P-24, Appellant's Record, vol. IX, at p. 135]

[32] Natural Resources Canada also commented in November 2003:

[TRANSLATION] Natural Resources Canada is of the opinion that there are significant gaps in the impact assessment statement and that we need more information to assess the project's environmental impact, especially where the aspects under our jurisdiction are concerned. [Exhibit P-24, Appellant's Record, vol. IX, at p. 141]

[33] Thus, all parties involved in the present matter acknowledged the harmful impact of the

devront être clarifiés ou fournis. [Pièce P-24, dossier de l'appelant, vol. IX, p. 121]

À la page 176 du volume 2 de l'ÉI, le promoteur préconise l'aménagement de la chute sise à 300 m en amont de son embouchure afin de permettre l'accès aux habitats de frai potentiels pour le doré jaune dans la portion aval du ruisseau Villefagnan. Cette mesure est proposée en guise de compensation des pertes d'habitat du poisson qui seraient occasionnées lors de la réalisation du projet minier.

À l'heure actuel [*sic*], l'information contenue dans l'ÉI ne nous permet pas de quantifier la perte de la capacité de production de l'habitat du poisson. De ce fait, il n'est actuellement pas possible de déterminer si le projet de compensation proposé permettrait d'atteindre un bilan d'aucune perte nette.

... le projet minier va vraisemblablement occasionner des pertes d'aires de reproduction, d'alimentation, d'alevinage, de croissance, de survie hiémale, etc. pour plusieurs espèces de poissons et dans différents types de milieux (lentic, lotique, herbiers, etc.). Toutefois, seuls les habitats de frai pour le doré ont été considérés pour la compensation. [Je souligne; pièce P-24, dossier de l'appelant, vol. IX, p. 129.]

[31] Environnement Canada faisait observer en novembre 2003 :

Premièrement, nous sommes d'avis qu'il y a des lacunes importantes dans la description du projet ainsi que dans la description du milieu récepteur. Les renseignements présentés dans le rapport sont insuffisants pour nous permettre d'évaluer sur des bases scientifiques les impacts du projet sur l'environnement, particulièrement pour les composantes qui relèvent de nos compétences. [Pièce P-24, dossier de l'appelant, vol. IX, p. 135]

[32] Également en novembre 2003, Ressources naturelles Canada opinait :

Ressources naturelles Canada est d'avis qu'il y a des lacunes importantes dans l'étude d'impact et que des renseignements supplémentaires sont nécessaires pour nous permettre d'évaluer les impacts du projet sur l'environnement, surtout pour les éléments qui relèvent de nos compétences. [Pièce P-24, dossier de l'appelant, vol. IX, p. 141]

[33] Ainsi, tous les intéressés en l'espèce ont constaté les répercussions néfastes du projet minier

mining project on fish and fish habitat, and both the Review Committee and the governmental authorities at the federal as well as the provincial level identified a serious lack of pertinent information.

[34] The Treaty provides that the Review Committee report is to be forwarded to the Administrator who makes the decision whether or not to approve the project and on what conditions. In the present case, the litigation was commenced before the provincial process had proceeded to completion.

III. Relevant Statutory Enactments

[35] See Appendix.

IV. Analysis

[36] There is no doubt that a vanadium mining project, considered in isolation, falls within provincial jurisdiction under s. 92A of the *Constitution Act, 1867* over natural resources. There is also no doubt that ordinarily a mining project anywhere in Canada that puts at risk fish habitat could not proceed without a permit from the federal Fisheries Minister, which he or she could not issue except after compliance with the *CEAA*. The mining of non-renewable mineral resources aspect falls within provincial jurisdiction, but the fisheries aspect is federal.

[37] Parliament, of course, has bound the federal government to comply with the Treaty provisions in all respects: *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*, S.C. 1976-77, c. 32, s. 8. The Attorney General of Quebec argues that the Treaty review process leading up to a decision by the Administrator is exhaustive of environmental assessment requirements (unless overturned by order of the Cabinet) but, in my view, the effect of the Treaty provisions is as follows. Under s. 22.2.3 of the Treaty, all federal laws of general application respecting environmental protections apply insofar as they are not inconsistent with the Treaty (a similar regime applies to education (s. 16.0.2)).

sur le poisson et son habitat, et tant le comité d'examen que les autorités gouvernementales — fédérales et provinciales — ont relevé que l'information communiquée était largement insuffisante.

[34] La Convention prévoit que le rapport du comité d'examen est transmis à l'administrateur, qui décide alors d'approuver ou non le projet et, s'il l'approuve, à quelles conditions. Dans la présente affaire, le litige a vu le jour avant que le processus provincial n'ait été mené à terme.

III. Dispositions législatives applicables

[35] Se reporter à l'annexe.

IV. Analyse

[36] Il ne fait aucun doute que, considéré isolément, le projet d'exploiter une mine de vanadium relève de la compétence provinciale sur les ressources naturelles suivant l'art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il va également de soi que, n'importe où au Canada, un projet d'exploitation minière qui compromet l'habitat du poisson ne peut normalement aller de l'avant sans que le ministre fédéral des Pêches n'accorde une autorisation, ce qu'il ne peut faire que si les exigences de la *LCÉE* sont respectées. L'exploitation des ressources minérales non renouvelables relève de la compétence provinciale, mais les pêcheries ressortissent à la compétence fédérale.

[37] Bien entendu, le législateur a obligé le gouvernement fédéral à observer à tous égards les dispositions de la Convention : *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-77, ch. 32, art. 8. Le procureur général du Québec soutient que le processus d'examen prévu dans la Convention et menant à la décision de l'administrateur épuise les exigences d'évaluation environnementale (à moins que le cabinet n'infirmes la décision par décret). Or, à mon avis, l'effet des dispositions de la Convention est le suivant. L'article 22.2.3 dispose que toutes les lois fédérales d'application générale touchant à la protection de l'environnement s'appliquent dans la

The *CEAA* is a federal law of general application respecting the environment. The question, then, is whether there is any inconsistency between the *CEAA* and the Treaty. I believe not. As stated, s. 22.7.1 of the Treaty provides that once the proposed development is approved by the Administrator following consultation and receipt of “recommendations”, the mine promoter is required *notwithstanding such approval* to obtain “the necessary authorization or permits from responsible Government Departments and Services”. Nothing in the Treaty relieves the proponent from compliance with the ordinary procedures governing the issuance of the necessary authorization or permits. If the makers of the Treaty had intended the Administrator’s approval (or Cabinet’s substituted approval) to be the end of the regulatory requirements, they would have said so, but they did not. They said the contrary.

A. *Application of the Canadian Environmental Assessment Act*

[38] What must the proponent of the mine do in order to obtain the s. 35(2) fisheries permit as required (“shall” obtain) by s. 22.7.1 of the Treaty? Once the project is approved by the provincial Administrator (or the provincial Cabinet overruling the Administrator’s disapproval), the proponent would have to make an application for the s. 35(2) fisheries permit to the federal Minister of Fisheries. As a matter of law, a *CEAA* assessment is obligatory prior to the grant of a s. 35(2) permit.

[39] Section 5(1)(d) of the *CEAA* provides that an environmental assessment must be made “before a federal authority” acting “under a provision prescribed [by regulation] pursuant to paragraph 59(f) [of the *CEAA*], issues a permit or licence, grants an approval or takes any other action for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part”. The Governor General in Council has enacted the *Law List Regulations*, SOR/94-636, which set out the government functions that require

mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la Convention (une disposition semblable vise l’éducation (art. 16.0.2)). La *LCÉE* est une loi fédérale d’application générale touchant à l’environnement. La question est alors de savoir s’il y a incompatibilité entre elle et la Convention. Je ne le crois pas. Rappelons que, suivant l’art. 22.7.1 de la Convention, une fois le projet de développement approuvé par l’administrateur au terme du processus de consultation et après la réception de « recommandations », le promoteur de la mine doit, *même s’il a obtenu cette approbation*, obtenir « les autorisations ou les permis nécessaires des ministères et services gouvernementaux responsables ». Aucune disposition de la Convention ne soustrait le promoteur à l’obligation de respecter la procédure habituelle d’obtention des autorisations ou des permis nécessaires. Si les auteurs de la Convention avaient voulu faire de l’approbation de l’administrateur (ou de celle du cabinet s’y substituant) l’ultime exigence réglementaire, ils l’auraient précisé, mais ils ne l’ont pas fait. Ils ont plutôt exprimé l’intention contraire.

A. *Application de la Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*

[38] Que doit faire le promoteur de la mine pour obtenir l’autorisation visée au par. 35(2) de la *Loi sur les pêches* comme l’exige (« doit » obtenir) l’art. 22.7.1 de la Convention? Une fois le projet approuvé par l’administrateur provincial (ou par le cabinet provincial qui infirme la décision de l’administrateur), le promoteur doit demander une autorisation au ministre fédéral des Pêches en application du par. 35(2) de la *Loi sur les pêches*. Une évaluation doit avoir lieu sous le régime de la *LCÉE* pour que cette autorisation puisse légalement être accordée.

[39] L’alinéa 5(1)d) de la *LCÉE* dispose qu’une évaluation environnementale doit être effectuée « [avant qu’]une autorité fédérale, aux termes d’une disposition prévue par règlement pris en vertu de l’alinéa 59f) [de la *LCÉE*], délivre un permis ou une licence, donne toute autorisation ou [prenne] toute mesure en vue de permettre la mise en œuvre du projet en tout ou en partie ». Le gouverneur en conseil a pris le *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées*, DORS/94-636,

an environmental assessment pursuant to s. 5(1)(d). Item 6(e) of Sch. I on the list is “*Fisheries Act* . . . subsection 35(2)”.

[40] The vanadium mine at issue here — a metal mine with an ore production capacity of greater than 3,000 tons per day — is covered by s. 3 of the federal *Comprehensive Study List Regulations*, SOR/94-638, and s. 16(a) of the Schedule. As such, the assessment under the *CEAA* must comply with the “comprehensive study” provisions, meaning that it requires public consultation and participation, among other procedures set out in the *CEAA* itself : *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6.

B. *There Is No Conflict Between the Treaty and the CEAA*

[41] The Treaty specifically provides for processes outside those established by the Treaty and it cannot, therefore, be inconsistent with the Treaty to require the mine promoter to follow them.

[42] The Quebec Court of Appeal found that the *CEAA* procedures conflict to some extent with the Treaty procedures. For example, the *CEAA* does not specifically contemplate Cree participation, although it does provide that “[c]ommunity knowledge and aboriginal traditional knowledge may be considered in conducting an environmental assessment” (*CEAA*, s. 16.1). The argument is that the Treaty guarantees the Cree particular rights to participate in the assessment process (ss. 22.5.6, 22.6.2 and 22.6.5) and that the *CEAA* process denies them that constitutionally protected right. The *CEAA* process (it is contended) is to that extent inconsistent with the Treaty.

[43] However, s. 22.7.5 not only singles out the federal government for special attention in matters

qui énonce les attributions des autorités fédérales dont l’exercice rend nécessaire une évaluation environnementale suivant l’al. 5(1)d). Dans l’énumération, l’al. 11e) de l’annexe I correspond à la « *Loi sur les pêches* [. .] paragraphe 35(2) ».

[40] La mine de vanadium dont il est question en l’espèce — une mine métallifère dont la capacité de production de minerai est supérieure à 3 000 tonnes par jour — est visée par l’art. 3 du *Règlement sur la liste d’étude approfondie*, DORS/94-638, et l’al. 16a) de l’annexe. L’évaluation effectuée en application de la *LCÉE* doit être compatible avec les dispositions sur l’« étude approfondie », de sorte qu’il doit notamment y avoir consultation et participation du public entre autres mesures prévues par la *LCÉE* elle-même : *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6.

B. *Absence d’incompatibilité entre la Convention et la LCÉE*

[41] La Convention prévoit expressément que d’autres processus que ceux qu’elle établit peuvent avoir lieu, de sorte qu’il ne va pas à l’encontre de ses dispositions de soumettre le promoteur minier à un tel autre processus.

[42] La Cour d’appel du Québec conclut que les processus de la *LCÉE* sont dans une certaine mesure incompatibles avec ceux de la Convention. Par exemple, la *LCÉE* n’envisage pas spécifiquement la participation des Cris, bien qu’elle prévoit que « [l]es connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles autochtones peuvent être prises en compte pour l’évaluation environnementale d’un projet » (art. 16.1). On tient ainsi pour acquis que la Convention garantit aux Cris des droits spéciaux de participation au processus d’évaluation (art. 22.5.6, 22.6.2 et 22.6.5) et que le processus de la *LCÉE* les prive de ces droits protégés par la Constitution. Le processus de la *LCÉE*, soutient-on, est dès lors incompatible avec la Convention.

[43] Or, non seulement l’art. 22.7.5 fait ressortir le rôle particulier du gouvernement fédéral en matière

of impact assessment, but specifically preserves the application of its federal “impact assessment review procedure”. I reproduce s. 22.7.5 for convenience:

22.7.5 Nothing in the present Section shall be construed as imposing an impact assessment review procedure by the Federal Government unless required by Federal law or regulation. However, this shall not operate to preclude Federal requirement for an additional Federal impact review process as a condition of Federal funding of any development project. [Emphasis added.]

I noted earlier that the Cree respondents themselves emphasized in their factum the words “unless required by Federal law or regulation” as preserving the application of the *CEAA* to the proposed vanadium mine.

[44] Section 22.7.5 cannot, in its terms, refer to the Environmental and Social Impact Review Panel established under s. 22.6.4 to review “development projects in the Territory involving Federal jurisdiction” because the words “Federal Government” are not apt to describe a Treaty body to which the federal government may nominate some of the members. Moreover, the reference in s. 22.7.5 expressly permits a federal impact assessment review *procedure* where required by federal law or regulation. In this respect, the Quebec Court of Appeal erred, in my view, in substituting the Treaty procedure for the *CEAA* procedure. The application of a federal government *procedure* is expressly preserved by the Treaty.

[45] Accordingly, unlike the Quebec Court of Appeal, I do not believe the correct outcome here is to substitute the Section 22 Treaty procedure in place of the statutory procedure required by the *CEAA*. The *CEAA* procedure governs but, of course, it must be applied by the federal government in a way that fully respects the Crown’s duty to consult the Cree on matters affecting their James Bay Treaty rights in accordance with the principles

d’évaluation des répercussions, mais il préserve l’application de son « processus [fédéral] d’évaluation et d’examen des répercussions ». J’en reproduis le texte pour faciliter sa consultation :

22.7.5 Rien dans le présent chapitre ne doit être interprété comme imposant un processus d’évaluation et d’examen des répercussions par le gouvernement fédéral à moins qu’une loi ou qu’un règlement fédéral l’exige. Cependant, ce[la] n’a pas pour effet d’empêcher le Canada d’exiger un processus additionnel fédéral d’évaluation et d’examen des répercussions comme condition de financement par le Canada d’un projet de développement. [Je souligne.]

Je rappelle que les intimés cris eux-mêmes font valoir dans leur mémoire que les mots « à moins qu’une loi ou qu’un règlement fédéral l’exige » ont pour effet de préserver l’assujettissement du projet de mine de vanadium à la *LCÉE*.

[44] Le libellé de l’art. 22.7.5 exclut la possibilité qu’il puisse viser le comité fédéral d’examen des répercussions sur l’environnement et sur le milieu social créé à l’art. 22.6.4 pour examiner les « projets de développement qui relèvent de la compétence fédérale dans le Territoire » puisque le terme « gouvernement fédéral » ne saurait désigner un organisme créé par la Convention dont le gouvernement fédéral peut nommer certains des membres. En outre, l’art. 22.7.5 autorise expressément un *processus* fédéral d’évaluation et d’examen des répercussions lorsqu’une loi ou un règlement fédéral l’exige. À cet égard, la Cour d’appel du Québec substitue à tort, selon moi, le processus de la Convention à celui de la *LCÉE*. L’application d’un *processus* relevant du gouvernement fédéral est expressément préservée par la Convention.

[45] Partant, contrairement à la Cour d’appel du Québec, je ne crois pas que la solution consiste en l’espèce à substituer la procédure établie au chapitre 22 de la Convention à celle prescrite par la *LCÉE*. Le processus de la *LCÉE* s’applique, mais le gouvernement fédéral doit évidemment y recourir de façon à respecter intégralement l’obligation de la Couronne de consulter les Cris sur les sujets qui touchent les droits que leur confère la Convention de

established in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 32, *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, and in *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388. I need say nothing further on this aspect of the case because nothing in the evidence or argument suggests a federal reluctance to consult fully with the Cree in the *CEAA* process.

[46] Nor can it be said that the federal Fisheries Minister would not, in the ordinary course, pay close attention to the work done by the Treaty bodies. Undoubtedly, in many cases, the Treaty work would provide sufficient information for federal fisheries purposes. Indeed, as Canada points out in its factum, at para. 49, the *CEAA* allows the responsible federal authority to collaborate with another [TRANSLATION] “jurisdiction”/“instance” and, at para. 50, that one of the objects of the *CEAA* is to promote uniformity and harmonization in the assessment of environmental effects at all levels of government.

[47] In short, I believe the concern expressed by my colleagues (at para. 58) that “[t]he results would be duplication, delays and additional costs for taxpayers and interested parties, and a breach of the First Nations’ participatory rights” is not well founded. The “First Nations’ participatory rights” on matters that may adversely affect their Treaty rights are not at risk. The issue is whether in relation to a vanadium mine, which is expected to pollute fish habitat, the fisheries interest is ultimately the responsibility of the federal Fisheries Minister or (if invoked) the Quebec Cabinet.

[48] Common sense as well as legal requirements suggest that the *CEAA* assessment will be structured to accommodate the special context of a

la Baie-James, et ce, conformément aux principes dégagés dans les arrêts *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 32, *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, et *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388. Point n’est besoin d’ajouter quoi que ce soit sur ce volet de l’affaire, car nul élément de la preuve ou de la plaidoirie ne donne à penser que le fédéral serait réticent à s’acquitter intégralement de son obligation de consulter les Cris dans le cadre du processus de la *LCÉE*.

[46] On ne peut pas dire non plus que le ministre fédéral des Pêches ne suit pas normalement de près les travaux des organismes créés par la Convention. Dans de nombreux cas, le processus issu de la Convention met sûrement à sa disposition suffisamment de données pour qu’il puisse s’acquitter de ses obligations. Le procureur général du Canada signale en effet au par. 49 de son mémoire que la *LCÉE* permet à l’autorité fédérale responsable de collaborer avec une autre « instance », puis au par. 50, que la *LCÉE* a notamment pour mission de promouvoir l’uniformisation et l’harmonisation des processus d’évaluation des effets environnementaux, tous ordres de gouvernement confondus.

[47] En somme, j’estime que la crainte de mes collègues (au par. 58) qu’« [i]l en découle double emploi, délais et frais supplémentaires pour le contribuable et les intéressés, sans compter l’atteinte aux droits de participation des Premières Nations » n’est pas fondée. Les « droits de participation des Premières Nations » relativement à des sujets susceptibles de nuire à leurs droits issus de la Convention ne sont pas compromis. La question qui se pose est celle de savoir si, dans la mesure où l’on prévoit que la mine de vanadium polluera l’habitat du poisson, l’enjeu des pêcheries ressortit en fin de compte au ministre fédéral des Pêches ou (s’il est sollicité) au cabinet du Québec.

[48] Le bon sens ainsi que toutes les exigences légales commandent que le processus d’évaluation de la *LCÉE* tienne compte du contexte particulier

project proposal in the James Bay Treaty territory, including the participation of the Cree. Reference has already been made to the possibility of a joint or substituted panel under ss. 40 to 45 of the *CEAA*. Nevertheless, the legal question before us is whether, absent such an arrangement, the federal Minister is *bound* to issue a s. 35(2) fisheries permit following the approval of a mining project by the Administrator (or the Quebec Cabinet) and, in my view, he is not so bound.

C. *The Autonomy of the Federal Minister of Fisheries*

[49] Section 35(1) of the *Fisheries Act* provides that “[n]o person shall carry on any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat.” As stated, s. 35(2) allows the Minister to set conditions upon which a person can engage in conduct otherwise prohibited by s. 35(1). Specifically, it provides that “[n]o person contravenes subsection (1) by causing the alteration, disruption or destruction of fish habitat by any means or under any conditions authorized by the Minister or under regulations made by the Governor in Council under this Act.” In other words, s. 35(2) allows the Minister to issue a permit to a person, like the proponent of the vanadium mine, to engage in conduct harmful to fish habitat that would otherwise contravene s. 35(1) and expose the mine operator to serious consequences.

[50] Although the requirement for authorization under s. 35(2) of the *Fisheries Act* was disputed by the Attorney General of Quebec in the courts below (see Quebec Court of Appeal decision, at para. 114), he now concedes that a federal fisheries permit is required. (See transcript, at pp. 8-9 and 11-12.) I agree that the federal permit is required once the Treaty approvals are given. Having conceded the necessity of a federal fisheries permit, however, the Attorney General of Quebec is unable to point to anything in the Treaty that would relieve a mining promoter of compliance with the federal

du développement projeté dans le territoire visé par la Convention de la Baie-James, notamment en prévoyant la participation des Cris. J’ai déjà fait état de la possibilité d’un examen conjoint ou d’une substitution suivant les art. 40 à 45 de la *LCÉE*. Néanmoins, la question de droit dont nous sommes saisis est celle de savoir si, à défaut d’un tel arrangement, l’approbation d’un projet minier par l’administrateur (ou le cabinet du Québec) *oblige* le ministre fédéral à accorder l’autorisation visée au par. 35(2) de la *Loi sur les pêches*. À mon avis, ce n’est pas le cas.

C. *L’autonomie du ministre fédéral des Pêches*

[49] Le paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* dispose qu’« [i]l est interdit d’exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l’habitat du poisson. » Rappelons que le par. 35(2) autorise le ministre à fixer les conditions auxquelles une personne peut commettre un acte par ailleurs interdit au par. 35(1) : « Le paragraphe (1) ne s’applique pas aux personnes qui détériorent, détruisent ou perturbent l’habitat du poisson avec des moyens ou dans des circonstances autorisés par le ministre ou conformes aux règlements pris par le gouverneur en conseil en application de la présente loi. » En d’autres termes, le par. 35(2) permet au ministre d’autoriser une personne, tel le promoteur de la mine de vanadium, à se livrer à une activité préjudiciable à l’habitat du poisson qui, sans cette autorisation, contreviendrait au par. 35(1) et exposerait l’exploitant de la mine à de graves sanctions.

[50] Devant les tribunaux inférieurs, le procureur général du Québec a nié l’obligation d’obtenir l’autorisation prévue au par. 35(2) de la *Loi sur les pêches* (voir l’arrêt de la Cour d’appel du Québec, par. 114), mais il la reconnaît désormais. (Voir la transcription aux p. 8-9 et 11-12.) Je conviens que l’autorisation du ministère fédéral des Pêches est requise une fois le projet approuvé sous le régime de la Convention. Or, vu cet aveu, le procureur général du Québec ne peut invoquer quelque autre disposition de la Convention qui soustrairait le promoteur d’une mine à l’observation du droit fédéral

law applicable to the issuance of such a permit, including in particular the *CEAA*.

[51] The Treaty does not purport to dictate to the federal Minister how to go about making his decision under s. 35(2) of the *Fisheries Act*. In particular, it does not fetter the exercise of his or her evaluation of the fisheries issues to the outcome of the provincial Treaty Administrator's (or Quebec Cabinet's) assessment of the mine and its impact on fish habitat.

[52] The autonomy of the federal Fisheries Minister is preserved even though Section 22 of the Treaty requires the provincial bodies to "consider" fisheries concerns. The provincial bodies do not bear constitutional responsibility for the fisheries. The Treaty requirement for them to have regard to the native fisheries in reaching a conclusion on the merits of the vanadium mine for treaty purposes does not constitute the provincial Administrator (or, if called on, the Quebec Cabinet) delegates of the federal Minister or relieve the federal Minister of the responsibility to comply with federal rules and responsibilities in relation to fish habitat.

V. Conclusion

[53] In my view, the vanadium mine cannot lawfully proceed without a fisheries permit. The proponent is unable to obtain, and the federal Minister is unable to issue, a s. 35(2) fisheries permit without compliance with the *CEAA*. The contention of the Quebec Attorney General that the Treaty requires the federal Minister to issue the s. 35(2) fisheries permit as a result of the province-led review panel regardless of the federal Minister's independent assessment of potential damage to fish habitat should be rejected.

[54] It is only after final approval by the Treaty bodies that it can be said that "the proposed development is approved in accordance with the provisions of this Section", which is the condition precedent to the proponent's obligations under s. 22.7.1

applicable à l'octroi d'une telle autorisation, en particulier la *LCÉE*.

[51] La Convention ne dicte pas sa démarche au ministre fédéral lorsqu'il s'agit de rendre la décision visée au par. 35(2) de la *Loi sur les pêches*. Plus particulièrement, elle ne le contraint pas à s'en remettre au résultat de l'évaluation du projet minier et de ses répercussions sur l'habitat du poisson effectuée par l'administrateur désigné suivant la Convention (ou par le cabinet du Québec) pour se prononcer sur les enjeux liés aux pêches.

[52] L'autonomie du ministre fédéral des Pêches est préservée même si le chapitre 22 de la Convention oblige les organismes provinciaux à « tenir compte » des préoccupations liées aux pêches. Les organismes provinciaux n'ont pas d'obligation constitutionnelle en cette matière. L'exigence que leur impose la Convention de tenir compte des activités de pêche des Autochtones pour se prononcer sur l'opportunité d'exploiter une mine de vanadium eu égard à la Convention ne fait pas de l'administrateur provincial (ou, s'il est sollicité, du cabinet du Québec) le délégué du ministre fédéral ni ne soustrait ce dernier à l'obligation d'observer les règles et les attributions fédérales en ce qui a trait à l'habitat du poisson.

V. Conclusion

[53] À mon avis, la mine de vanadium ne peut être exploitée légalement sans l'autorisation visée au par. 35(2) de la *Loi sur les pêches*. Le promoteur ne peut l'obtenir, et le ministre fédéral ne peut la lui accorder, si les exigences de la *LCÉE* ne sont pas respectées. La prétention du procureur général du Québec selon laquelle le ministre fédéral est tenu d'accorder cette autorisation à l'issue de l'examen effectué par le comité provincial, sans égard à l'évaluation indépendante, par le ministre fédéral, du préjudice possible à l'habitat du poisson, doit être rejetée.

[54] Ce n'est qu'après son approbation finale par les organismes créés en application de la Convention que l'on peut considérer que le « développement [...] est approuvé en conformité avec les dispositions du présent chapitre », et il s'agit de

to “obtai[n] where applicable the necessary authorization or permits from responsible Government Departments and Services”. There is thus no conflict. The need for a *post-Treaty* approval fisheries permit is made mandatory by the Treaty itself (“shall” obtain). In the case of fisheries, it is federal law, not the Treaty, that governs when such a permit may be granted as well as its terms and conditions.

[55] I agree with the observation expressed by my colleagues LeBel and Deschamps JJ. that “[i]t would hardly be reasonable to believe that the parties intended that one of them might sign the Agreement one day and withdraw its signature the next day, week or year in respect of a key part of their contract” (para. 58). This sentiment is true so far as it goes, but in my view, with respect, it has no application to the dispute at issue in this appeal. I would dismiss the appeal but vary the order of the Quebec Court of Appeal to provide that if the vanadium mine project is approved pursuant to the Treaty, the proponent may not proceed with the work without authorization under s. 35(2) of the *Fisheries Act*, and that the issuance of any such authorization is to comply with the *CEAA* in accordance with its procedures, as well as the Crown’s duty to consult with the First Nations in relation to matters that may adversely affect their Treaty rights.

[56] The Attorney General of Quebec is to pay the Cree respondents and the Attorney General of Canada respectively their costs in this Court. The costs of prior proceedings are to remain as disposed of by the courts below.

The reasons of LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. were delivered by

LEBEL AND DESCHAMPS JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[57] For the first time since the groundbreaking *James Bay and Northern Québec Agreement*

la condition préalable à l’obligation faite au promoteur à l’art. 22.7.1 d’« obtenir s’il y a lieu les autorisations ou les permis nécessaires des ministères et services gouvernementaux responsables ». Il n’y a donc pas de conflit. La Convention rend elle-même obligatoire l’obtention de l’autorisation du ministère des Pêches (« doit » obtenir) *après* l’approbation du projet. En matière de pêches, c’est le droit fédéral, et non la Convention, qui régit cette autorisation, les conditions de son obtention et celles dont elle est assortie.

[55] Je conviens avec mes collègues les juges LeBel et Deschamps qu’« [i]l est difficilement concevable que les parties aient voulu que l’une d’elles puisse, relativement à un volet essentiel de leur accord, donner son consentement un jour, puis le retirer un jour, une semaine ou un an plus tard » (par. 58). Cette assertion vaut pour ce qu’elle est, mais à mon sens, elle ne s’applique pas au différend qui oppose les parties. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi, mais de modifier l’ordonnance de la Cour d’appel du Québec pour préciser qu’une fois le projet de mine de vanadium approuvé conformément à la Convention, le promoteur ne peut aller de l’avant sans obtenir au préalable l’autorisation visée au par. 35(2) de la *Loi sur les pêches* et que l’octroi de cette autorisation doit être conforme à la *LCÉE* et à ses processus, ainsi que respecter l’obligation de la Couronne de consulter les Premières Nations relativement à ce qui peut nuire aux droits que leur confère la Convention.

[56] Le procureur général du Québec se voit ordonner de verser aux intimés cris et au procureur général du Canada leurs dépens respectifs devant la Cour. Les décisions des tribunaux inférieurs concernant les dépens afférents aux instances antérieures demeurent inchangées.

Version française des motifs des juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron rendus par

LES JUGES LEBEL ET DESCHAMPS (dissidents) —

I. Introduction

[57] Pour la première fois depuis la signature en 1975 de l’entente innovatrice qu’était la

(“Agreement”) was signed in 1975, this Court must interpret its provisions. At issue are conflicting views about which, or how many, of three possible environmental assessment processes should apply to a mining project in the James Bay area of Quebec that is covered by this agreement between certain First Nations, the governments of Quebec and Canada and several Crown corporations. The parties disagree about whether the project should be reviewed once, twice or three times, or possibly through a combination of competing processes. We find that there is but one answer from both a legal and a practical standpoint: on the facts of this case, only the provincial process provided for in the Agreement applies. The Quebec Superior Court so concluded, while the Court of Appeal disagreed.

[58] Our colleague Binnie J. rejects this interpretation. He finds support in the argument of the Cree that to interpret the Agreement as limiting the assessment to the provincial process would be legally incorrect. However, far from accepting the only interpretation the Cree consider legally correct, one that would entitle them to participate in the assessment process (see para. 29 of the factum of the Cree respondents), he proposes yet another interpretation, which rests on s. 22.7.5 of the Agreement. According to this interpretation, a federal environmental assessment based on a statute that was not in force at the time of the Agreement is mandatory because of a proviso that the negotiated process applies alone only if no other process is “required by Federal law or regulation”. With respect, this provision is merely transitional. In any event, we cannot accept these words as proof that the parties intended to allow the federal government to unilaterally alter the terms of the Agreement. In so interpreting them, Justice Binnie would add yet another level of assessment without any evidence of a benefit for the public or of an improvement on any aspect of the processes provided for in the Agreement, especially the provincial process. The results would be duplication, delays and additional costs for taxpayers and interested parties, and a breach of the First Nations’ participatory rights. The parties to the Agreement adopted

Convention de la Baie-James et du Nord québécois (« Convention »), la Cour doit en interpréter les dispositions. Le litige demande que l’on détermine auquel de trois processus d’évaluation environnementale devrait être soumis un projet d’exploitation minière à la Baie-James, au Québec, un territoire où s’applique cet accord intervenu entre certaines Premières Nations, les gouvernements du Québec et du Canada, et quelques sociétés d’État. Le projet devrait-il faire l’objet d’une, de deux ou de trois évaluations, voire d’une combinaison de processus concurrents? Les parties ne s’entendent pas sur la question. Nous concluons qu’une seule réponse est possible sur les plans juridique et pratique : dans les circonstances de la présente affaire, seul le processus provincial prévu dans la Convention est applicable. La Cour supérieure du Québec a conclu dans ce sens, mais pas la Cour d’appel.

[58] Notre collègue le juge Binnie rejette cette interprétation. Il s’appuie sur la thèse des intimés cris selon laquelle il serait erroné en droit de considérer que la Convention fait du processus provincial la seule évaluation requise. Cependant, loin de faire sienne la seule interprétation que les intimés cris jugent valable en droit et qui reconnaîtrait leur droit de participer au processus d’évaluation (voir le par. 29 de leur mémoire), il préconise une autre interprétation ayant pour assise l’art. 22.7.5 de la Convention. Ainsi, il estime obligatoire la tenue d’une évaluation environnementale fédérale sous le régime d’une loi non en vigueur lors de la signature de la Convention, au motif que le processus d’évaluation négocié s’applique seul « à moins qu’une loi ou qu’un règlement fédéral [n]’exige » un autre processus. Avec égards, il s’agit seulement d’une disposition transitoire. Quoi qu’il en soit, nous ne pouvons convenir que par l’emploi de ce libellé, les parties ont voulu permettre au gouvernement fédéral de modifier unilatéralement la Convention. En l’interprétant ainsi, le juge Binnie ajoute un autre palier d’examen sans qu’il ne soit établi que cela est dans l’intérêt du public ou qu’il en résulte une amélioration sous quelque rapport des processus prévus par la Convention, en particulier le processus provincial. Il en découle double emploi, délais et frais supplémentaires pour le contribuable et les intéressés, sans compter l’atteinte aux droits de

a pioneering approach in respect of environmental law. The *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (“CEAA”), did not exist at the time. The parties surely did not intend that one of them would be able to unilaterally change the terms of the Agreement with respect to a matter that was one of their main concerns and had been the subject of difficult and intensive negotiations. The Agreement contemplated the application of existing laws of general application. It would hardly be reasonable to believe that the parties intended that one of them might sign the Agreement one day and withdraw its signature the next day, week or year in respect of a key part of their contract. The long history of negotiations and of amendments to the Agreement does not allow of such an interpretation. Our colleague would now condone a decision by the federal government to unilaterally renege on its own solemn promises. This is hardly what one would expect this Court to endorse in such stark contradiction to the honour of the Crown.

[59] In the reasons that follow, we will explore the background and judicial history of this case. We will discuss important issues concerning the nature and interpretation of the Agreement and of modern treaties between the Crown and the First Nations of Canada more generally, and these issues will inform our final disposition of this appeal.

II. Background

A. *James Bay Agreement*

[60] In 1971, the Quebec government announced plans to build an extensive hydro-electric generation complex on the La Grande River in the James Bay area. The project involved flooding vast expanses of land used by the Cree for hunting and fishing in order to build reservoirs that would feed hydro-electric turbines. The Cree responded by initiating litigation. In November 1973, the Quebec Superior Court granted an interlocutory injunction that stopped all work on the project on the basis that it had been undertaken without any consultation about

participation des Premières Nations. Les parties à la Convention ont adopté une approche avant-gardiste à l’égard du droit de l’environnement. La *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (« LCÉE »), n’existait pas encore. Les parties n’ont certainement pas voulu que l’une d’elles puisse modifier unilatéralement la Convention sur un point précis qui les interpellait particulièrement et qui avait fait l’objet de négociations difficiles et intensives. La Convention supposait l’application des lois de portée générale existantes. Il est difficilement concevable que les parties aient voulu que l’une d’elles puisse, relativement à un volet essentiel de leur accord, donner son consentement un jour, puis le retirer un jour, une semaine ou un an plus tard. La longue gestation de la Convention — sa négociation et ses modifications — ne permet pas une telle interprétation. Notre collègue est aujourd’hui disposé à légitimer la décision du gouvernement fédéral de renier ses engagements solennels. La Cour ne saurait avaliser une mesure si manifestement opposée à l’honneur de la Couronne.

[59] Dans les motifs qui suivent, nous examinons le contexte de l’affaire et son historique judiciaire. Ensuite, nous analysons de façon plus générale d’importantes questions touchant à la nature et à l’interprétation de la Convention et des traités modernes conclus par la Couronne et les Premières Nations du Canada. Toutes ces considérations fondent notre décision définitive en l’espèce.

II. Contexte

A. *Convention de la Baie-James*

[60] En 1971, le gouvernement québécois a annoncé qu’il projetait la construction d’un vaste complexe de production d’hydroélectricité sur la rivière La Grande à la Baie-James. Un vaste territoire utilisé par les Cris pour la chasse et la pêche devait être inondé pour créer des réservoirs appelés à alimenter les turbines hydroélectriques. Les Cris se sont alors tournés vers les tribunaux. En novembre 1973, la Cour supérieure du Québec a ordonné la suspension des travaux, par voie d’injonction interlocutoire, au motif qu’ils avaient été

its environmental and social impact on Aboriginal inhabitants. The Court of Appeal reversed that decision, and leave to appeal to this Court was refused ([1975] 1 S.C.R. 48). While the litigation was under way, the Cree and Inuit communities entered into negotiations with the governments of Quebec and Canada that resulted in the signing of the Agreement in November 1975.

[61] The Agreement territory, which comprises more than 1,082,000 square kilometres extending inland from the shores of James Bay, constitutes the northernmost reaches of present-day Quebec (the “Territory”). Its only permanent inhabitants in 1975 were 7,000 Cree and 5,000 Inuit, who had occupied the land “since time immemorial” (É. Gourdeau, “Genesis of the James Bay and Northern Québec Agreement”, in A.-G. Gagnon and G. Rocher, eds., *Reflections on the James Bay and Northern Québec Agreement* (2002), at p. 17). The Agreement was intended to settle all Aboriginal claims to the land, establish a comprehensive and forward-looking governance regime, and provide a framework for the exercise and performance of the respective rights and obligations of the two First Nations and the two governments in the course of their ongoing relationship. In many respects, the Agreement grants the First Nations parties a form of self-government.

[62] For this purpose, the Agreement established a far-reaching governance scheme under which important powers are conferred on the Cree and Inuit. It created a framework that would govern many aspects of life in the Territory, including Aboriginal hunting and fishing, resource and hydro-electric development, the administration of justice, school administration, Aboriginal economic and social development, health and social services, local governance and — the aspect that is in issue in this case — preservation of the natural environment.

[63] The environmental protection regime will be examined in greater detail below, but it will be

entrepris sans consultation préalable au sujet des répercussions environnementales et sociales sur la population autochtone. La Cour d’appel du Québec a infirmé la décision, et la Cour suprême a rejeté la demande d’autorisation d’appel ([1975] 1 R.C.S. 48). Dans l’intervalle, les Cris et les Inuits avaient entrepris avec les gouvernements québécois et canadien des négociations qui ont mené à la signature de la Convention en novembre 1975.

[61] Le territoire visé par la Convention englobe plus de 1 082 000 kilomètres carrés, des rives de la Baie-James vers l’intérieur des terres, et constitue la partie la plus septentrionale du Québec actuel (le « Territoire »). En 1975, 7 000 Cris et 5 000 Inuits en étaient les seuls habitants permanents. Les Cris et les Inuits occupent le Territoire « depuis des temps immémoriaux » (É. Gourdeau, « Genèse de la Convention de la Baie-James et du Nord québécois », dans A.-G. Gagnon et G. Rocher, dir., *Regard sur la Convention de la Baie-James et du Nord québécois* (2002), p. 17). La Convention visait à régler l’ensemble des revendications territoriales des Autochtones, à établir un régime de gestion du territoire complet et orienté vers l’avenir et à créer un cadre pour l’exercice des droits et l’exécution des obligations des deux Premières Nations et des deux ordres de gouvernement dans la poursuite de leurs rapports. À bien des égards, la Convention accorde aux parties autochtones une forme d’autonomie gouvernementale.

[62] À cette fin, la Convention établit un régime d’administration de grande portée qui reconnaît d’importants pouvoirs aux Cris et aux Inuits. En effet, elle crée un cadre régissant de nombreux aspects de la vie dans le territoire, notamment les activités de chasse et de pêche des Autochtones, la mise en valeur des ressources et de l’hydroélectricité, l’administration de la justice, la gestion des écoles, le développement économique et social des Autochtones, les services sanitaires et sociaux, le gouvernement local et, ce qui est l’objet du litige en l’espèce, la préservation de l’environnement naturel.

[63] Nous examinons le régime de protection de l’environnement plus en détail ci-après, mais

helpful here to mention a few of its most noteworthy features. Sections 22 and 23 of the Agreement set out detailed and comprehensive procedures for environmental impact assessments that, when drafted, were ahead of their time. Indeed, they predated analogous environmental legislation that has since been enacted by all the provinces and by the federal government. In a sense, the Agreement foreshadowed the increased knowledge of and heightened concern for environmental issues that have since developed throughout Canada. Another significant feature of the Agreement is the explicit affirmation in s. 22.2.2 of its goal of striking a balance between two overarching objectives: economic development and the protection of traditional Aboriginal uses of the land. The resulting environmental impact assessment procedure, which involves the First Nations and the governments of Quebec and Canada, rests on two key principles: guaranteeing Aboriginal participation and consultation at all stages of the assessment process, and avoiding duplication by providing for a single environmental assessment process based on the nature of the project involved and on whether it falls within provincial or federal constitutional jurisdiction.

B. *Vanadium Mine Project*

[64] At issue in this appeal is the future of a vanadium mining project (“Project”) located at Lac Doré, near Chibougamau, within the James Bay Territory. Lac Doré Mining Inc. (“proponent”) intended to open and exploit the mine. The Project is to be situated in the Agreement Territory on “Category III” lands, with respect to which the Agreement recognizes Quebec’s right to regulate natural resource development subject to the environmental protection provisions of Section 22. Vanadium is an element used in the production of steel alloys. The mine contains reserves of 10 million tons, has an anticipated life of 40 years, corresponds to 12 percent of worldwide vanadium consumption, and is the only mine of its kind in North America.

il convient à ce stade de signaler quelques-unes de ses caractéristiques les plus importantes. Les chapitres 22 et 23 de la Convention prévoient des mécanismes détaillés et exhaustifs pour l’évaluation des répercussions environnementales, des mécanismes qui étaient avant-gardistes à l’époque. Ces mécanismes sont de fait antérieurs aux dispositions analogues sur l’environnement adoptées depuis par les provinces et le gouvernement fédéral. En un sens, la Convention présageait la sensibilité accrue aux problèmes environnementaux qui est apparue depuis au Canada. Une autre caractéristique importante de la Convention est la confirmation explicite de son objet à l’art. 22.2.2, à savoir la réalisation d’un équilibre entre deux objectifs primordiaux : le développement économique et la protection de l’utilisation traditionnelle du territoire par les Autochtones. Le processus d’évaluation des répercussions environnementales ainsi créé et qui touche les Premières Nations, le gouvernement du Québec et celui du Canada repose sur deux grandes assises : garantir la participation et la consultation des Autochtones à toutes les étapes de l’évaluation et éviter le double examen, en prévoyant la mise en œuvre d’un seul processus, selon la nature du projet en cause et son assujettissement constitutionnel à la compétence provinciale ou fédérale.

B. *Projet d’exploitation d’une mine de vanadium*

[64] Dans le présent pourvoi, la Cour doit décider de l’avenir d’un projet d’exploitation d’une mine de vanadium (« projet ») au Lac Doré, près de Chibougamau, dans le territoire de la Baie-James. Lac Doré Mining Inc. (le « promoteur ») entendait ouvrir la mine et l’exploiter. Le projet se trouve sur des terres de la catégorie III. Dans cette partie du territoire, la Convention reconnaît le droit du Québec de régir la mise en valeur des ressources naturelles, sous réserve des dispositions du chapitre 22 relatives à la protection de l’environnement. Le vanadium entre dans la composition d’alliages d’acier. La mine contient des réserves de 10 millions de tonnes. Sa durée de vie est estimée à 40 ans. Seule mine de vanadium en Amérique du Nord, elle représente 12 p. 100 de la consommation mondiale de ce métal.

[65] On May 27, 1999, the proponent forwarded to the Quebec Minister of Environment a Notice of Project in respect of the Project in accordance with the Agreement's procedures. In June 2003, the proponent submitted its impact statement to the deputy minister, and the impact statement was then forwarded to the provincial Review Committee.

[66] Meanwhile, federal officials concluded that the Project's impact on fisheries engaged s. 35(2) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, and required a comprehensive study pursuant to s. 16(a) of the Schedule of the *Comprehensive Study List Regulations*, SOR/94-638, made under the *CEAA*. In April 2004, federal officials informed the Cree that the study would be conducted by a review panel under the *CEAA* and not through the federal assessment procedure provided for in Section 22 of the Agreement.

[67] In response, the Cree commenced an action for declaratory relief in the Quebec Superior Court. The commencement of this litigation effectively interrupted the environmental assessment process originally undertaken pursuant to the Agreement.

III. Judicial History

A. *Superior Court, 2006 QCCS 1832, [2007] 1 C.N.L.R. 256*

[68] In the Superior Court, the Cree sought a declaration (i) that the *CEAA* was inapplicable in the Agreement Territory because it was inconsistent with the Agreement, and (ii) that the federal and provincial environmental assessments under the Agreement should be conducted instead in light of the nature and impact of the Project. The Attorney General of Quebec ("AGQ") agreed with the Cree that the *CEAA* was inapplicable but argued that because the nature of the Project related to a matter within provincial jurisdiction, only the provincial assessment under the Agreement was applicable. The Attorney General of Canada took a third position: (i) because of the licence requirement in the *Fisheries Act*, the Project's potential impact on fisheries validly triggered the federal environmental

[65] Le 27 mai 1999, le promoteur a transmis au ministre québécois de l'Environnement, relativement au projet, un avis conforme à la procédure établie par la Convention. En juin 2003, il a présenté son étude d'impact à la sous-ministre, qui l'a ensuite fait parvenir au comité provincial d'examen.

[66] Pendant ce temps, les fonctionnaires fédéraux ont conclu que les répercussions du projet sur les pêches emportaient l'application du par. 35(2) de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14, et nécessitaient une étude approfondie suivant l'al. 16a) de l'annexe du *Règlement sur la liste d'étude approfondie*, DORS/94-638, pris en vertu de la *LCÉE*. En avril 2004, ils ont informé les Cris que le projet ferait l'objet d'une étude par une commission conformément à la *LCÉE*, et non en vertu du processus fédéral d'évaluation prévu au chapitre 22 de la Convention.

[67] Les Cris ont alors saisi la Cour supérieure du Québec d'une demande de jugement déclaratoire. Cette procédure a interrompu l'évaluation environnementale entreprise conformément à la Convention.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure, 2006 QCCS 1832, [2006] R.J.Q. 1113*

[68] Les Cris ont demandé à la Cour supérieure de déclarer (i) que la *LCÉE* était inapplicable dans le territoire visé par la Convention en raison de son incompatibilité avec celle-ci, de sorte (ii) qu'il fallait plutôt recourir aux processus fédéral et provincial d'évaluation environnementale prévus par la Convention en raison de la nature et des répercussions du projet. Le procureur général du Québec (« PGQ ») a convenu avec les Cris de l'inapplicabilité de la *LCÉE*, mais il a plaidé que seul le processus provincial s'appliquait à cause de la nature provinciale du projet. Le procureur général du Canada a soutenu pour sa part ce qui suit : (i) en raison de la nécessité d'une autorisation en vertu de la *Loi sur les pêches* et des répercussions possibles du projet sur les pêches, la loi fédérale sur l'évaluation

assessment legislation, and (ii) because the nature of the Project related to a matter within provincial jurisdiction, the provincial environmental assessment procedure in the Agreement was also applicable. In the Superior Court, the parties proceeded on the basis of an agreed statement of facts that read as follows:

- (1) that the Cree rights under the Agreement “exist by way of land claims agreements” in the sense of s. 35(3) of the *Constitution Act, 1982*;
- (2) that the lands impacted by the vanadium mine are used by the Cree for traditional activities;
- (3) that mining projects are “Future Developments Automatically Subject to Assessment” as provided by Sch. I of Section 22 of the Agreement;
- (4) that the provincial nature of the project made it subject to provincial jurisdiction and a provincial environmental assessment, though litigation was required to determine whether its impact on federal jurisdiction might also make it subject to a federal assessment.

[69] The parties’ divergent positions gave rise to several issues: (i) whether the environmental assessment procedures under the Agreement are consistent with the procedures required by the *CEAA*; (ii) the effect of any inconsistency between the Agreement and the *CEAA*; and (iii) whether the requirement to proceed with a provincial or federal environmental assessment under the Agreement was triggered solely by the nature of the Project, or by both its nature and its impact.

[70] On the first issue, Bénard J. undertook a detailed comparison of the environmental assessment provisions of Section 22 of the Agreement and those of the *CEAA*. She observed that Section 22 establishes a set of principles that inform the conduct of the assessment. A salient feature of this regime is that it ensures consultation with the Cree — about the specific impact of the use of the

environnementale s’applique légitimement; (ii) par ailleurs, comme la nature du projet se situe dans la compétence provinciale, le processus provincial d’évaluation environnementale prévu dans la Convention s’imposait également. En Cour supérieure, les parties ont présenté un exposé conjoint des faits précisant ce qui suit :

- (1) les droits des Cris issus de la Convention sont des droits « existants issus d’accords sur des revendications territoriales » au sens du par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*;
- (2) les terres touchées par la mine de vanadium sont utilisées par les Cris pour leurs activités traditionnelles;
- (3) les projets miniers sont des « [d] veloppements futurs automatiquement soumis au processus d’évaluation », comme le prévoit l’annexe 1 du chapitre 22 de la Convention;
- (4) par sa nature, le projet ressortit à la compétence provinciale et doit faire l’objet d’une évaluation environnementale provinciale, sous réserve de la question de savoir si, vu ses répercussions dans un domaine de compétence fédérale, une évaluation fédérale s’impose aussi.

[69] Les thèses divergentes des parties soulèvent plusieurs questions : (i) les processus d’évaluation environnementale prévus par la Convention sont-ils compatibles avec ceux que prévoit la *LC E*; (ii) quelle est la conséquence d’une incompatibilité entre la Convention et la *LC E*; (iii) le caractère provincial ou fédéral de l’évaluation environnementale exigée par la Convention dépend-il seulement de la nature du projet, ou à la fois de sa nature et de ses répercussions?

[70] Dans son étude de la première question, la juge Bénard effectue une comparaison détaillée des dispositions sur l’évaluation environnementale du chapitre 22 de la Convention et de celles de la *LC E*. Elle fait observer que le chapitre 22 établit un ensemble de principes directeurs qui orientent le processus d’évaluation. Une caractéristique importante du régime réside dans l’obligation de consulter

lands on their lifestyle and traditional activities — in all environmental assessments conducted on Category III lands. By contrast, the *CEAA*'s procedure contains no equivalent guiding principles or consultation rights for the Cree and grants no rights to Aboriginal membership in review panels. Bénéard J. referred to nine different examples of inconsistency between the *CEAA* and the Agreement (paras. 111-34), focusing most notably on the issue of Cree participation. She held that the overall effect of proceeding with an environmental assessment under the *CEAA* would be to dilute the role of the Cree in the conduct of the assessment, contrary to the protections guaranteed by the Agreement (para. 134).

[71] After identifying the inconsistencies between the Agreement and the *CEAA*, Bénéard J. turned to the second issue. She observed that the Agreement is a tripartite pact between the governments of Canada and Quebec and the Cree, is binding upon the two levels of government and imposes an obligation on them to uphold Cree rights, including the right to a [TRANSLATION] “detailed and exhaustive” environmental review process (paras. 136 and 138). She added that the Agreement cannot be amended without the consent of all parties (para. 138). Both the Agreement and the implementing legislation provide that in the event of any inconsistencies between the Agreement and provincial or federal law, the Agreement is paramount, which meant that owing to the inconsistencies between the Agreement and the *CEAA*, the *CEAA* was inapplicable to the Project (paras. 147 and 177).

[72] This led to the third issue: whether the Project was covered by the Agreement's provincial or federal assessment procedure. To resolve this issue, it was necessary to decide whether the nature of the Project alone, or both its nature and its impact, should be considered in determining which procedure or procedures would apply. Bénéard J. acknowledged the *dictum* of the Federal Court of Appeal in *Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator)*, [1993] 1 F.C. 501 (*per* Décary J.A.), that only the nature of the project is relevant

les Cris — au sujet des répercussions précises de l'utilisation des terres sur leur mode de vie et leurs activités traditionnelles — lors de toute évaluation environnementale visant des terres de la catégorie III. À l'opposé, le processus établi par la *LCÉE* ne se fonde sur aucun principe directeur équivalent ni ne reconnaît aux Cris le droit d'être consultés et il n'accorde pas aux Autochtones le droit de faire partie des commissions. La juge Bénéard donne neuf exemples d'incompatibilité entre la *LCÉE* et la Convention (par. 111-134) et insiste particulièrement sur la participation ou la non-participation des Cris. Elle conclut que le recours à la procédure d'évaluation environnementale sous le régime de la *LCÉE* réduirait le rôle des Cris dans le processus, contrairement aux garanties de la Convention (par. 134).

[71] Après avoir relevé les différences entre la Convention et la *LCÉE*, la juge Bénéard se penche sur la deuxième question soulevée. Elle souligne que la Convention constitue un accord tripartite liant les gouvernements du Canada et du Québec et les Cris. Cet accord lie les deux ordres de gouvernement et les oblige à respecter les droits des Cris, dont celui à un processus d'évaluation environnementale « détaillé[é] et exhaustif[f] » (par. 136 et 138). Elle ajoute que la Convention ne peut être modifiée qu'avec le consentement de toutes les parties (par. 138). En cas de conflit avec une loi provinciale ou fédérale, la Convention et la législation de mise en œuvre disposent que la Convention prévaut. La *LCÉE* ne s'applique donc pas au projet lorsqu'elle s'avère incompatible avec la Convention (par. 147 et 177).

[72] Puis, la juge Bénéard passe à la troisième question. Elle se demande si le projet devait faire l'objet du processus d'évaluation provincial ou fédéral prévu dans la Convention. Pour statuer, il fallait déterminer si seulement la nature du projet ou sa nature et ses répercussions devaient être prises en compte pour arrêter le ou les processus requis. Elle constate que dans l'arrêt *Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1993] 1 C.F. 501, la Cour d'appel fédérale (par la voix du juge Décary) opine que seule la nature du projet

in determining which procedure to employ, but she stopped short of explicitly endorsing it. Instead, she reached the same result by interpreting the words of the Agreement, resting her conclusion on the following propositions: First, the Agreement clearly distinguishes between federal and provincial projects. Second, the intent of the Agreement is to provide, as a general rule, for a single environmental assessment, subject to only two narrow exceptions, neither of which was relevant on the facts of the instant case. As a result, Bénard J. concluded that the position of the Cree that both the nature and the impact of a project can trigger an assessment would lead to a dual assessment in most cases, thereby turning the exception into the rule. Bénard J. concluded that only the provincial process was applicable in the case at bar.

B. *Quebec Court of Appeal (Pelletier, Rochon, and Hilton J.J.A.), 2008 QCCA 741, [2009] 1 C.N.L.R. 169*

[73] The Cree appealed the Superior Court's judgment. The Quebec Court of Appeal ruled, in a *per curiam* decision, on three issues: (i) whether there was a valid *CEAA* trigger justifying a federal environmental assessment procedure; (ii) whether there was any inconsistency between the *CEAA*'s assessment procedure and the procedures set out in the Agreement; and (iii) whether, under the Agreement's assessment procedures, two assessments — one provincial, the other federal — can be conducted if the federal trigger is the *CEAA* and not the Agreement.

[74] In the court's view, the first issue did not concern the constitutional validity of the *CEAA*, as this Court had held it to be valid in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3. Rather, the question was whether, in light of the decision on jurisdiction in *Oldman*, the *CEAA* was applicable in the instant case. Comparing the *Guidelines Order* (the federal legislation at issue in *Oldman*) with the *CEAA* (more recent legislation passed after *Oldman*), the Court of Appeal concluded that the *CEAA*, in conjunction with s. 35 of the federal *Fisheries Act*,

est déterminante à cet égard, mais elle ne va pas jusqu'à faire explicitement sienne cette remarque. Elle arrive plutôt au même résultat par l'interprétation du texte de la Convention et fonde sa conclusion sur les arguments suivants. D'abord, la Convention distingue clairement entre un projet fédéral et un projet provincial. Ensuite, l'intention qui sous-tend la Convention veut qu'en règle générale, une seule évaluation environnementale ait lieu, sous réserve seulement de deux exceptions bien précises, dont aucune ne s'applique en l'espèce. La juge conclut donc que la prétention des Cris, selon laquelle la nature et les répercussions d'un projet peuvent commander un processus d'évaluation, entraînerait un double examen dans la plupart des cas. Ce serait transformer l'exception en une règle générale. Elle conclut que seul le processus provincial s'appliquait en l'espèce.

B. *Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier, Rochon et Hilton), 2008 QCCA 741, [2008] R.J.Q. 944*

[73] Les Cris ont interjeté appel. Dans un arrêt *per curiam*, la Cour d'appel du Québec tranche trois questions : (i) l'existence d'un élément emportant légitimement l'application de la *LCÉE* et le déroulement d'une évaluation environnementale fédérale, (ii) la présence d'une incompatibilité entre le processus de la *LCÉE* et celui de la Convention et (iii) la possibilité, suivant la Convention, de deux évaluations — l'une provinciale et l'autre fédérale — lorsque le processus fédéral découle de la *LCÉE*, et non de la Convention.

[74] Selon la Cour d'appel, la première question ne met pas en cause la constitutionnalité de la *LCÉE*, qui a été confirmée par notre Cour dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3. Il s'agit plutôt de déterminer si l'application de cette conclusion permet de reconnaître que la *LCÉE* s'applique en l'espèce. Après avoir comparé le *Décret sur les lignes directrices* (la loi fédérale en cause dans l'affaire *Oldman*) et la *LCÉE* (une loi postérieure à l'arrêt *Oldman*), la Cour d'appel conclut que la *LCÉE*, en liaison avec l'art. 35 de la *Loi sur les*

validly triggered a federal environmental assessment. As a result, before the Minister of Fisheries and Oceans could authorize a work or undertaking, a valid environmental assessment had to be conducted pursuant to s. 5(1)(d) of the *CEAA*.

[75] The AGQ had argued that the *CEAA*'s review procedure exceeded the scope of the federal jurisdiction over fisheries as delineated in *Oldman*, because s. 16(2) of the *CEAA* authorized the Minister to review the purpose of the Project, not merely its effects. Such a power extended beyond the limits of the federal jurisdiction recognized in *Oldman* (para. 108). The court rejected this argument, comparing s. 16(1)(e) of the *CEAA* to s. 4(2) of the *Guidelines Order* upheld in *Oldman* and finding that they were equivalent although the *CEAA* provision was [TRANSLATION] “[w]ritten more elaborately” (para. 111). Rejecting the AGQ's constitutional and textual arguments about the scope of the *CEAA*, the court concluded that there was a valid external trigger for a federal assessment.

[76] The second issue arose from the first: the finding of a valid external trigger for the federal process led to an analysis of whether the *CEAA*'s process was consistent with Section 22 of the Agreement. In this inquiry, the question was what principles should guide the court in interpreting a modern Aboriginal treaty. After reviewing the principles of interpretation applicable to treaties as summarized by this Court in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456 (“*Marshall (1999)*”), and the decisions of the courts of appeal in *Cree School Board v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 C.N.L.R. 112 (Que. C.A.), and *Eastmain Band*, the Court of Appeal outlined a set of guiding principles for the interpretation of modern treaties. First and foremost, the Agreement must be interpreted broadly and liberally, in a manner consistent with the government's fiduciary obligations to the Cree. Nevertheless, the interpretation must reflect a reasonable analysis of the parties' intentions and interests, taking into account both the historical context and the legal context of the Agreement. Finally, where two or

pêches, a légitimement déclenché la mise en œuvre du processus fédéral d'évaluation environnementale. Par conséquent, l'al. 5(1)d) de la *LCÉE* exigeait au préalable une évaluation environnementale pour que le ministre des Pêches et Océans puisse autoriser un ouvrage ou une activité.

[75] Le PGQ soutenait que le processus d'examen de la *LCÉE* outrepassait la compétence fédérale sur les pêches définie dans l'arrêt *Oldman* en ce que le par. 16(2) de la *LCÉE* autorisait le ministre à considérer non seulement les effets du projet, mais aussi sa raison d'être. Un tel pouvoir excédait selon lui les limites de la compétence fédérale établies dans l'arrêt *Oldman* (par. 108). La Cour d'appel rejette l'argument après avoir comparé l'al. 16(1)e) de la *LCÉE* et le par. 4(2) du *Décret sur les lignes directrices* validé dans l'arrêt *Oldman*. Elle conclut que les deux dispositions sont équivalentes, même si celle de la *LCÉE* est « [r]édigé[e] sous une forme élaborée » (par. 111). Rejetant les arguments constitutionnel et textuel du PGQ sur la portée de la *LCÉE*, la Cour d'appel statue qu'un déclencheur externe valide impose la tenue d'une évaluation fédérale.

[76] La deuxième question découlait de la première. Dans la mesure où un déclencheur externe valable entraînait la mise en œuvre du processus fédéral, il fallait examiner la compatibilité du processus de la *LCÉE* avec le chapitre 22 de la Convention. À quels principes devait alors recourir la Cour d'appel pour interpréter un traité moderne conclu avec des Autochtones? Après examen des principes d'interprétation applicables aux traités résumés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 (« *Marshall (1999)* »), et des arrêts *Québec (Procureur général) c. Commission scolaire crie*, [2001] R.J.Q. 2128 (C.A.), et *Bande d'Eastmain*, la Cour d'appel énonce des principes directeurs pour l'interprétation de traités modernes. D'abord et avant tout, la Convention doit recevoir une interprétation large et libérale dans le respect des obligations fiduciaires du gouvernement envers les Cris. Cependant, l'interprétation doit prendre appui sur une analyse raisonnable de l'intention et de l'intérêt de chacune des parties, compte tenu des contextes historique et juridique de la Convention. Enfin, lorsque plusieurs

more interpretations are reasonably possible, the interpretation most consistent with the interests of the Aboriginal signatories must prevail.

[77] The Court of Appeal then proposed a method for applying these principles to conduct a comparative analysis of the *CEAA* and the Agreement. To begin, an inconsistency will be found only if there is an irreconcilable conflict that prevents the Aboriginal signatories from exercising their rights under the Agreement. An inconsistency may emerge, first, from a comparative analysis of the provisions of the Agreement and those of the *CEAA*. However, beyond this comparative exercise, there may also be a second level of inconsistency resulting from the principles underlying the Agreement itself. This analysis is based solely on the words of the Agreement.

[78] In the first inquiry, the court found that while the [TRANSLATION] “principles, purposes, and objectives of the two texts are consistent” (para. 148), “[t]he irreconcilable conflict appears when the review procedures at issue are examined to reveal a practical and operational inconsistency” (para. 149). Briefly stated, the consultative and participatory rights guaranteed to the Cree in the Agreement are not available under the *CEAA* (paras. 154-60). As a result, the *CEAA* procedure must be excluded on the Agreement Territory.

[79] The second inquiry turned on a key principle found by the court to arise from the Agreement: the prohibition against a dual federal/provincial assessment of the same project (s. 22.6.7). Reading the Agreement as a whole, and noting in particular the [TRANSLATION] “considerable care [the parties took] to distinguish the projects under federal jurisdiction from those under provincial jurisdiction”, the court rejected the argument of the Cree that the level of government designated to conduct an environmental assessment should be determined by both the nature and the impact of the project (para. 171). Instead, it endorsed the Superior Court’s reasoning and refused to make the conduct of dual federal and provincial assessments the rule rather than the exception. The determination of the level

interprétations sont raisonnablement possibles, il faut retenir celle qui s’harmonise le mieux avec l’intérêt des signataires autochtones.

[77] La Cour d’appel propose ensuite une démarche pour comparer la *LCÉE* et la Convention, au regard de ces principes directeurs. Premièrement, une incompatibilité ne survient qu’en présence d’un conflit irréductible empêchant les signataires autochtones d’exercer leurs droits issus de la Convention. Une incompatibilité peut d’abord ressortir de l’analyse comparative des dispositions de la Convention et de celles de la *LCÉE*. Toutefois, au-delà de cette comparaison, un second degré d’incompatibilité peut résulter des principes fondamentaux de la Convention elle-même. Cette analyse se fonde alors sur le seul libellé de la Convention.

[78] À cette première étape, la Cour d’appel conclut que même si « les principes, les objectifs et les objets des deux textes sont compatibles » (par. 148), « [l]e conflit irréductible apparaît toutefois lorsque l’on examine les processus d’examen en cause. Cet examen met [au] jour une incompatibilité pratique et opérationnelle » (par. 149). En résumé, la *LCÉE* n’accorde pas aux Cris les droits de consultation et de participation que leur reconnaît la Convention (par. 154-160), de sorte que le processus de la *LCÉE* doit être exclu dans le territoire conventionné.

[79] Le second volet de l’analyse est axé sur un principe fondamental qui, selon la Cour d’appel, se dégage de la Convention : la règle voulant qu’un même projet ne puisse être soumis à un double processus d’examen — fédéral et provincial (art. 22.6.7). Compte tenu de la Convention dans son ensemble et, en particulier, du fait que les parties signataires « ont apporté un soin considérable afin de distinguer les projets qui relèvent de la compétence fédérale de ceux soumis à la compétence provinciale », la Cour d’appel écarte la thèse des Cris selon laquelle l’évaluation environnementale devrait relever de l’un ou l’autre des gouvernements selon la nature du projet et ses répercussions (par. 171). Elle reprend plutôt le raisonnement de la Cour supérieure et refuse de faire une règle générale de

of government that would conduct the assessment depended on the nature of the project (paras. 176 and 178). A reading of the Agreement itself did not justify triggering the federal assessment process in the case at bar.

[80] Having found a valid external trigger for the *CEAA* in the *Fisheries Act* but no valid trigger for the federal assessment process in the Agreement, the court went on to consider whether the external trigger could justify a federal environmental assessment in the Agreement Territory. Applying s. 22.2.3, the court concluded that valid external provincial or federal environmental legislation could, to the extent that it was not incompatible with the Agreement, trigger an external environmental assessment under the procedure provided for in the Agreement (para. 193). The combined effect of these conclusions was that the *CEAA* assessment was valid owing to the external trigger, but that because the Agreement was paramount, the *CEAA* assessment process was inapplicable. To the extent of the inconsistency, the Agreement's federal assessment process prevailed.

IV. Analysis

[81] The issue remains the same as in the courts below. Which environmental review process applies to the Project: the provincial or the federal process under the Agreement, both those processes, or the federal process under the *CEAA*? To resolve this issue, we must first discuss the nature, interpretation and effect of the Agreement and situate it in its proper legal and constitutional context.

A. *The James Bay Agreement*

(1) Nature

[82] The Agreement is both an intergovernmental agreement and an Aboriginal rights agreement. It

l'exception à l'interdiction de la double évaluation fédérale et provinciale. La nature du projet détermine l'ordre de gouvernement appelé à effectuer l'évaluation (par. 176 et 178). En l'espèce, le texte de la Convention ne justifie pas en soi la mise en œuvre du processus fédéral.

[80] La Cour d'appel a retrouvé dans la *Loi sur les pêches* un élément externe déclencheur justifiant l'application de la *LCÉE*. À son avis toutefois, il n'existe aucun élément déclencheur externe qui permette la tenue d'une évaluation fédérale dans le cadre de la Convention. La Cour d'appel se penche donc sur la question de savoir si la présence de l'élément déclencheur externe pouvait justifier la mise en œuvre d'un processus fédéral d'évaluation environnementale dans le territoire conventionné. S'appuyant sur l'art. 22.2.3, elle conclut qu'une loi externe valide sur l'environnement, qu'elle soit provinciale ou fédérale, peut, dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec la Convention, justifier une évaluation environnementale externe conformément à la procédure établie par la Convention (par. 193). Selon ce raisonnement, le processus d'évaluation de la *LCÉE* était valable en raison de l'élément déclencheur externe, mais la prépondérance de la Convention le rendait inapplicable. Dans la mesure de l'incompatibilité, le processus fédéral prévu dans la Convention prévalait.

IV. Analyse

[81] La question en litige demeure la même que devant les tribunaux inférieurs. À quel processus d'examen environnemental le projet est-il soumis? S'agit-il du processus provincial ou du processus fédéral prévu par la Convention, des deux, ou du processus fédéral établi par la *LCÉE*? Pour statuer, nous devons d'abord considérer la nature, l'interprétation et l'effet de la Convention, en les situant dans le contexte juridique et constitutionnel approprié.

A. *La Convention de la Baie James*

(1) Nature

[82] La Convention constitue à la fois un accord intergouvernemental et un accord sur les droits de

is binding upon, and creates rights and obligations for, the federal and provincial governments and the First Nations. It may be viewed as a model for the many modern land treaties that have been signed since the 1982 constitutional amendments, which included the protection of what are now referred to as “modern” treaty rights under s. 35(3) of the *Constitution Act, 1982*. However, the Agreement does not just settle and determine the rights and obligations as between the provincial and federal Crowns, on the one hand, and the Aboriginal peoples living in the Territory, on the other. It also settles and determines the obligations, in relation to the Territory, of the federal and provincial governments as between themselves. Both these points warrant further discussion.

[83] The full significance and effect of the Agreement as it relates to the government and Aboriginal signatories will be discussed below. It will suffice for now to note that all the parties saw the Agreement as a means of settling the rights of the Cree and Inuit with respect to the Territory (speech to the National Assembly by John Ciaccia, representative of then Premier Robert Bourassa, reproduced in the *James Bay and Northern Québec Agreement and Complementary Agreements* (1998)). The Aboriginal parties were to be given the power of “self-administration” — what would today be referred to as “self-government” — over all Category I lands within the Territory. The Agreement also protected the right of the Aboriginal signatories to hunt, fish and trap throughout the Territory. At the time, the Agreement was groundbreaking in that one of its objectives was to establish and develop procedures and mechanisms to enable Aboriginal communities to participate in the management and development of the Territory’s lands and resources.

[84] However, in addition to being an Aboriginal rights document under which the Cree are given powers of self-government over large segments of the Territory, the Agreement is an intergovernmental agreement between the federal government and the province of Quebec. It is therefore yet another

peuples autochtones. Elle lie les gouvernements fédéral et provincial, ainsi que certaines Premières nations, auxquels elle confère des droits et impose des obligations. On peut reconnaître qu’elle a servi de modèle aux nombreux traités territoriaux modernes intervenus depuis les modifications constitutionnelles apportées en 1982, notamment pour protéger ce qu’on appelle désormais les droits issus de traités « modernes » au par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Toutefois, la Convention n’établit pas seulement les droits et les obligations des gouvernements fédéral et provincial, d’une part, et des peuples autochtones habitant le Territoire, d’autre part. Elle énonce aussi les obligations mutuelles des gouvernements fédéral et provincial relativement au Territoire. Les deux points méritent d’être approfondis.

[83] Nous analysons plus loin l’importance et l’effet de la Convention pour les gouvernements et les Autochtones signataires. Il suffit pour l’heure de signaler que toutes les parties ont vu dans la Convention un moyen de déterminer la nature des droits des Cris et des Inuits à l’égard du Territoire (discours prononcé devant l’Assemblée nationale par M. John Ciaccia, représentant du Premier ministre d’alors, M. Robert Bourassa, reproduit dans la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires* (1998)). Les signataires autochtones devaient se voir accorder l’« autonomie administrative » — ce qu’on appellerait aujourd’hui l’« autonomie gouvernementale » — sur les terres de la catégorie I du Territoire. La Convention protégeait également le droit des signataires autochtones de chasser, de pêcher et de piéger dans le Territoire. À sa signature, en particulier, elle innovait en raison de son objectif d’établir des mécanismes et des procédures permettant aux collectivités autochtones de participer à la gestion et à la mise en valeur des terres et des ressources du Territoire.

[84] Or, la Convention constitue non seulement un document relatif aux droits des peuples autochtones qui confère aux Cris une autonomie gouvernementale dans de grandes parties du Territoire, mais aussi une entente intergouvernementale entre le gouvernement fédéral et la province de Québec.

example of what this Court has repeatedly called “co-operative federalism” (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 24; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 162; see also *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, at para. 10).

[85] Governance through intergovernmental agreements has become increasingly commonplace in Canada and is resorted to frequently by the federal government and the provinces, and also by the provinces between themselves. As Professor Poirier has noted, modern states continue to rely on these types of agreements as a means of coordinating and managing government services:

[TRANSLATION] The functioning of federal systems is supported by a wide range of co-operation and information- and resource-sharing mechanisms. Defining what is to be done by various levels of government appears to be essential to the effective management of public business. . . .

. . . .

Intergovernmental agreements between components of a federal state are one of the most formal and most widely used mechanisms of federal governance.

(J. Poirier, “Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale: aux confins du droit et du non-droit”, in J.-F. Gaudreault-DesBiens and F. Gélinas, eds., *The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology* (2005), 441, at pp. 442-43)

The scope of these agreements can be quite broad, covering the vast majority of areas of public policy, including the protection of minority language rights, the financing of government programs such as health care, and matters that engage a federation’s international obligations (see Poirier, at p. 443). Often essentially administrative in nature, such agreements set out who does what, and who pays for it, within the Canadian federal structure. They can — directly or indirectly — affect

Il s’agit d’une autre illustration de ce que notre Cour appelle souvent le « fédéralisme coopératif » (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 24; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 162; voir également *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 10).

[85] Les ententes intergouvernementales sont devenues de plus en plus courantes dans la gouvernance au Canada. Elles interviennent souvent entre le gouvernement fédéral et les provinces, ainsi qu’entre les provinces elles-mêmes. Comme le signale la professeure Poirier, les États modernes continuent d’y recourir pour coordonner et gérer les services gouvernementaux :

Le fonctionnement des régimes fédéraux repose sur un large éventail de mécanismes de coopération, de partage d’informations et de ressources. L’articulation de l’action de différents ordres de gouvernement apparaît essentielle à la gestion efficace des affaires publiques. . . .

. . . .

Les ententes intergouvernementales conclues entre composantes d’un État fédéral représentent l’un des dispositifs les plus formels et les plus répandus de la gouvernance fédérale.

(J. Poirier, « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit », dans J.-F. Gaudreault-DesBiens et F. Gélinas, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie* (2005), 441, p. 442-443)

Ces ententes peuvent avoir une portée assez large et interviennent dans la plupart des domaines d’intérêt public, notamment la protection des droits des minorités linguistiques, le financement des programmes gouvernementaux comme les soins de santé et les sujets qui mettent en jeu les obligations internationales d’une fédération (voir Poirier, p. 443). Souvent de nature essentiellement administrative, elles précisent le rôle et la contribution financière de chacun des membres de la fédération

the constitutional division of legislative powers (see Poirier, at pp. 446 and 448; see also S. A. Kennett, “Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment” (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 644).

[86] Intergovernmental agreements can range from rather simple declaratory statements to complex regulatory mechanisms (see *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292). However, not all will be found to have the force and effect of positive law. In this sense, “a spectrum exists between ‘political’ agreements and those having a ‘legal’ content” (Kennett, at p. 655). According to the commentators, in the absence of some form of statutory approval, an intergovernmental agreement will be binding only on its signatories, and therefore will not create rights and obligations for third parties (N. Bankes, “Co-operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 792; Kennett, at p. 658). Nor would it appear that statutory authorization alone will suffice. Rather, a provision indicating that an agreement takes effect as if it were a statute will provide the strongest indication that the agreement ought to be given the force of law (Bankes, at p. 828). For example, Professor Bankes suggests that, in English, language such as “as if enacted in this Act” will be required.

[87] The legal status of the Agreement must be considered with this in mind. There is no question that the Agreement establishes a comprehensive and elaborate regime for the administration of the James Bay Territory. Of clear significance is the provision that the Agreement would come into force only upon the coming into force of both provincial and federal legislation approving and giving effect to it and declaring it valid:

2.7 During the Transitional Period of two (2) years referred to herein, Canada and Québec shall to

canadienne. Elles peuvent avoir des conséquences — directement ou non — sur le partage constitutionnel des compétences législatives (voir Poirier, p. 446 et 448; voir aussi S. A. Kennett, « Hard Law, Soft Law and Diplomacy : The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment » (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 644).

[86] Le contenu des ententes intergouvernementales peut aller de l'énoncé déclaratoire assez simple au mécanisme réglementaire complexe (voir l'arrêt *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292), mais elles n'ont pas toujours force de loi. Il subsiste donc [TRADUCTION] « une marge entre l'accord “politique” et celui dont la teneur est “juridique” » (Kennett, p. 655). Pour les observateurs, à défaut d'une forme d'autorisation législative, l'entente intergouvernementale ne lie que ses signataires et, par conséquent, ne crée ni droits ni obligations à l'égard de tiers (N. Bankes, « Co-operative Federalism : Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 792; Kennett, p. 658). Il ne semble pas non plus qu'une simple approbation législative suffise. En fait, une disposition indiquant que l'entente entre en vigueur comme s'il s'agissait d'une loi représente le meilleur indice pour conclure que l'entente doit avoir force de loi (Bankes, p. 828). Par exemple, le professeur Bankes laisse entendre qu'en anglais, l'expression « *as if enacted in this Act* » (« comme si elle était édictée par la présente loi ») ou une formule équivalente doit être employée.

[87] Il faut examiner le statut juridique de la Convention en retenant ces principes. Il ne fait aucun doute que la Convention établit un régime complet et détaillé pour l'administration du territoire de la Baie James. Fait révélateur, une de ses dispositions stipule que la Convention ne s'applique qu'à l'entrée en vigueur des lois fédérale et provinciale l'approuvant, la mettant en vigueur et la déclarant valide :

2.7 Pendant la période de transition de deux (2) ans mentionnée aux présentes, le Canada et

the extent of their respective obligations, take the measures necessary to put into force, with effect from the date of execution of the Agreement, the Transitional Measures referred to in the Agreement.

Except for such Transitional Measures, the Agreement shall come into force and shall bind the Parties on the date when both the federal and provincial laws respectively approving, giving effect to and declaring valid the Agreement are in force.

Upon the coming into force of the said federal and provincial legislation the Transitional Measures shall be replaced by all the other provisions of this Agreement. All acts done by the Parties in virtue of the said Transitional Measures shall then be deemed to have been ratified by all the Parties hereto. [Emphasis added.]

It is important to stress that the Agreement itself was not binding on the parties until this authorizing legislation was in force.

[88] In accordance with ss. 2.5 and 2.7 of the Agreement, Parliament enacted the *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*, S.C. 1976-77, c. 32. In addition to a preamble in which the government's purpose in entering into the Agreement is stated, the Act contains, in s. 3(1), the following statutory authorization: "The Agreement is hereby approved, given effect and declared valid." Likewise, the Quebec legislature enacted the *Act approving the Agreement concerning James Bay and Northern Québec*, R.S.Q., c. C-67. In approving the Agreement, the National Assembly used language virtually identical to that of the federal legislation: "The Agreement is hereby approved, given effect to and declared valid" (s. 2(1)). In further support of the intention to give the Agreement the force of positive law, the provincial legislation includes the delegation of a regulation-making power to the Quebec government so that it may "create the agencies provided for in the Agreement necessary for the implementation thereof" (s. 2(6)(a)).

le Québec doivent prendre, dans la mesure de leurs obligations respectives, les mesures nécessaires pour mettre en vigueur, à effet de la date de la signature de la Convention, les dispositions transitoires dont il est fait mention dans la Convention.

À l'exception de ces dispositions transitoires, la Convention entre en vigueur et lie les parties à la date à laquelle les lois fédérales et provinciales approuvant respectivement la Convention, la mettant en vigueur et la déclarant valide sont toutes deux en vigueur.

Dès l'entrée en vigueur des lois fédérales et provinciales, les dispositions transitoires sont remplacées par toutes les autres dispositions de la Convention. Tous les actes faits par les parties en vertu desdites dispositions transitoires sont alors considérés comme ayant été ratifiés par toutes les parties aux présentes. [Nous soulignons.]

Il importe de souligner que la Convention elle-même ne liait pas les parties avant l'entrée en vigueur des lois l'approuvant.

[88] Conformément aux art. 2.5 et 2.7 de la Convention, le Parlement a adopté la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-77, ch. 32. Outre son préambule qui précise l'objectif poursuivi par le gouvernement en concluant la Convention, la loi comporte au par. 3(1) la formule de ratification suivante : « La Convention est approuvée, mise en vigueur et déclarée valide par la présente loi. » De même, l'Assemblée législative du Québec a adopté la *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.R.Q., ch. C-67. Pour approuver la Convention, l'Assemblée nationale emploie pratiquement les mêmes termes que le Parlement : « La Convention est approuvée, mise en vigueur et déclarée valide par la présente loi » (par. 2(1)). Pour appuyer davantage l'intention de donner force de loi à la Convention, le législateur provincial délègue notamment au gouvernement du Québec le pouvoir de prendre un règlement pour « créer les organismes prévus à la Convention et requis pour sa mise en application » (al. 2(6)a)).

[89] The Agreement also provides clear direction to the respective legislative bodies on the content of the legislation contemplated in s. 2.7:

2.5 Canada and Québec shall recommend to the Parliament of Canada and to the National Assembly of Québec respectively, forthwith upon the execution of the Agreement, suitable legislation to approve, to give effect to and to declare valid the Agreement and to protect, safeguard and maintain the rights and obligations contained in the Agreement. Canada and Québec undertake that the legislation which will be so recommended will not impair the substance of the rights, undertakings and obligations provided for in the Agreement. [Emphasis added.]

The Agreement is clearly intended to have the force of law.

[90] The Agreement also clearly indicates that, in the event of a conflict, it is to be paramount over other federal and provincial laws of general application:

2.5 . . .

Both the federal and provincial legislation approving and giving effect to and declaring valid the Agreement, if adopted, shall provide that, where there is an inconsistency or conflict between such legislation and the provisions of any other federal or provincial law, as the case may be, applicable to the Territory, the former legislation shall prevail to the extent of such inconsistency or conflict. Canada and Québec acknowledge that the rights and benefits of the Indians and Inuit of the Territory shall be as set forth in the Agreement and agree to recommend that the federal and provincial legislation approving, giving effect and declaring valid the Agreement will provide for the repeal of Sub-Sections c), d) and e) of Section 2 of the federal Québec Boundaries Extension Act, 1912, and of the same Sub-Sections of Section 2 of the Schedule to the provincial Québec boundaries extension act, 1912. [Emphasis added.]

[91] Both pieces of authorizing legislation confirm the Agreement's paramountcy over all other general laws. Section 8 of the federal Act reads as follows:

8. Where there is any inconsistency or conflict between this Act and the provisions of any other law

[89] La Convention donne aussi aux corps législatifs en cause des instructions claires sur la teneur des dispositions visées à l'art. 2.7 :

2.5 Dès la signature de la Convention, le Canada et le Québec doivent recommander respectivement au Parlement du Canada et à l'Assemblée nationale du Québec une législation appropriée pour approuver la Convention, la mettre en vigueur et la déclarer valide, et pour protéger, sauvegarder et maintenir les droits et obligations énoncés dans la Convention. Le Canada et le Québec s'engagent à ce que la législation ainsi recommandée ne modifie en rien la substance des droits, engagements et obligations prévus à la Convention. [Nous soulignons.]

Les parties ont clairement voulu conférer force de loi à la Convention.

[90] De plus, la Convention prévoit clairement qu'en cas de conflit, elle a prépondérance sur les autres lois fédérales et provinciales d'application générale :

2.5 . . .

La législation fédérale et provinciale visant à approuver la Convention, à la mettre en vigueur et à la déclarer valide, si elle est adoptée, doit stipuler qu'en cas d'incompatibilité ou de conflit entre cette législation et les dispositions de toute autre loi fédérale ou provinciale, selon le cas, s'appliquant au Territoire, ladite législation a prépondérance dans la mesure de cette incompatibilité ou de ce conflit. Le Canada et le Québec reconnaissent que les droits et avantages des Indiens et des Inuit du Territoire sont tels qu'énoncés dans la Convention, et acceptent de recommander que la législation fédérale et provinciale approuvant la Convention, la mettant en vigueur et la déclarant valide abroge les paragraphes c), d) et e) de l'article 2 de la loi fédérale de l'extension des frontières du Québec, 1912, et les mêmes paragraphes de l'article 2 de la CÉDULE de la loi provinciale de l'extension des frontières du Québec, 1912. [Nous soulignons.]

[91] Les deux lois portant approbation confirment la prépondérance de la Convention sur toute autre loi générale. En effet, l'art. 8 de la loi fédérale est libellé comme suit :

8. En cas de conflit ou d'incompatibilité, la présente loi l'emporte sur toute autre loi qui s'applique au

applying to the Territory, this Act prevails to the extent of the inconsistency or conflict.

In the same vein, s. 6 of the provincial legislation reads as follows:

6. In case of conflict or inconsistency, this Act shall prevail over any other Act applicable to the territory described in the Agreement to the extent necessary to resolve the conflict or inconsistency.

[92] These provisions have never been repealed, and they continue to bind both governments. The Agreement settles the parties' mutual rights and obligations, and is clearly binding on the parties in the same way as any ordinary private law contract would be. However, the Agreement has the added feature of statutory implementation through legislation enacted by both federal and provincial legislative bodies, includes a paramountcy clause, and clearly allows that there was an intention to elevate the Agreement to supra-legislative status. Having demonstrated that the Agreement is binding law and that it is paramount over conflicting laws of general application, we will now discuss its constitutional status.

[93] While the Agreement itself has been the subject of much litigation, the courts that have considered it have thus far refrained from expressly addressing its constitutional status. In *Eastmain Band*, Décarry J.A. expressed no opinion on this issue:

The appellant, Hydro-Québec and the Attorney General of Canada, assuming for the purposes of this case that the Agreement is a "treaty", strictly speaking, on which point I shall express no opinion, argue that while the first element of this rule — liberal construction — applies in the case of a modern treaty, the second element — doubtful expressions should be construed in favour of the Indians — does not apply. The point which they dispute, to borrow the expression used by counsel for Hydro-Québec, is that the Aboriginals have a constitutional right to have any ambiguity resolved in their favour. [Emphasis added; p. 514.]

Rousseau-Houle J.A., writing for the majority in *Cree School Board*, also refrained from considering the issue:

Territoire dans la mesure nécessaire pour résoudre le conflit ou l'incompatibilité.

De même, l'art. 6 de la loi provinciale dispose :

6. En cas de conflit ou d'incompatibilité, la présente loi l'emporte sur toute autre loi qui s'applique au territoire décrit dans la Convention, dans la mesure nécessaire pour résoudre le conflit ou l'incompatibilité.

[92] Ces dispositions n'ont jamais été abrogées, et les deux gouvernements y demeurent assujettis. La Convention établit les droits et les obligations mutuels des parties, qu'elle lie manifestement de la même façon que le ferait un contrat ordinaire de droit privé. Toutefois, elle possède un caractère particulier, celui d'avoir été mise en œuvre par voie législative au fédéral et au provincial, de comprendre une disposition assurant sa prépondérance et de refléter clairement l'intention des parties de lui conférer un caractère supralégislatif. Après avoir démontré que la Convention a valeur de règle de droit dotée d'une force obligatoire et qu'elle prime toute loi conflictuelle d'application générale, nous passons maintenant à sa protection constitutionnelle.

[93] Bien que la Convention ait été l'objet de nombreux litiges, les tribunaux saisis se sont abstenus à ce jour d'étudier expressément sa protection constitutionnelle. Par exemple, dans l'arrêt *Bande d'Eastmain*, le juge Décarry ne se prononce pas sur la question :

L'appellant, Hydro-Québec et la procureure générale du Canada, en tenant pour acquis pour les fins du débat que la Convention est un « traité » à proprement parler, ce sur quoi je ne me prononce pas, font valoir que si le premier volet de cette règle — l'interprétation libérale — s'applique lorsqu'il s'agit d'un traité moderne, le second volet — toute ambiguïté doit être interprétée en faveur des Indiens — ne s'applique pas. Ce qu'ils contestent, pour reprendre l'expression du procureur d'Hydro-Québec, c'est que les Autochtones aient un droit constitutionnel de voir toute ambiguïté résolue en leur faveur. [Nous soulignons; p. 514.]

Dans l'arrêt *Commission scolaire crie*, la juge Rousseau-Houle, au nom des juges majoritaires, s'abstient aussi d'aborder la question :

[TRANSLATION] Like Baudouin J.A., I believe that it is inappropriate to rule on whether the Agreement should benefit from constitutional protection under section 35 of the *Constitution Act, 1982*, given the record as constituted by the parties and the three actions brought before the Superior Court (*Coon-Come v. Procureur général du Québec*, No. 500-02-017984-960; *Coon-Come v. Hydro-Québec*, No. 500-05-004330-906; and *Lord v. Procureur général du Québec*, No. 500-05-043203-981) that bear directly on the characterization and validity of the Agreement.

Although it is not necessary to examine whether the rights granted in the Agreement should benefit from constitutional protection, the Agreement is nonetheless a solemn accord reached with the Crees and the Inuit, which was ratified and implemented through legislative channels. [Emphasis added; paras. 91 and 96.]

[94] Nor was the constitutional status of the Agreement a live issue in the courts below. In the Superior Court, the parties admitted that the Agreement was a treaty for the purposes of s. 35(3):

[TRANSLATION]

2. Admissions by the parties

This Agreement is a claims agreement within the meaning of subsection 35(3) of the *Constitution Act, 1982*, and the Crees' rights are treaty rights recognized and affirmed by section 35 of the *Constitution Act*. [para. 22]

Because of this admission, the constitutionality of the Agreement was not in issue on appeal (paras. 14 and 126). It therefore falls to this Court to determine whether the Agreement qualifies as a modern treaty for the purposes of s. 35(3). In light of the parties' arguments, we must address this issue squarely.

[95] The Agreement, which was signed in 1975, of course predates s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, as does the federal and provincial legislation approving it. Quite understandably, in this context, the Agreement is silent with respect to the constitutional status of the rights it recognizes. The Agreement must therefore be analysed from

À l'instar du juge Baudouin, je considère qu'il n'est pas approprié, vu le dossier tel que constitué par les parties et les trois actions prises en Cour supérieure (*Coon-Come c. Procureur général du Québec*, dossier n° 500-02-017984-960; *Coon-Come c. Commission hydroélectrique de Québec*, dossier n° 500-05-004330-906; et *Lord c. Procureur général du Québec*, dossier n° 500-05-043203-981) portant directement sur la qualification et la validité de la convention, de décider si celle-ci peut recevoir la protection constitutionnelle de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Sans qu'il soit nécessaire d'examiner si les droits issus de la convention peuvent recevoir une protection constitutionnelle, celle-ci demeure une entente solennelle conclue avec les Cris et les Inuits et qui a été ratifiée et mise en œuvre par voie législative. [Nous soulignons; par. 91 et 96.]

[94] La protection constitutionnelle de la Convention n'a pas non plus été débattue devant les tribunaux inférieurs. En Cour supérieure, les parties ont reconnu que la Convention constituait un traité aux fins du par. 35(3) :

2. [Aveux] des parties

La convention est un accord de revendications au sens de l'article 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et les droits des Cris sont issus de traités reconnus et confirmés par l'article 35 de la loi constitutionnelle. [par. 22]

En raison de cet aveu, la question de la protection constitutionnelle de la Convention n'était pas en litige (par. 14 et 126). Il revient donc à la Cour de décider si la Convention peut être considérée comme un traité moderne visé au par. 35(3). L'argumentation des parties nous impose clairement d'examiner la question.

[95] Signée en 1975, la Convention est évidemment antérieure à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, tout comme les lois fédérale et provinciale l'approuvant. Elle demeure évidemment muette au sujet de la valeur constitutionnelle des droits qu'elle reconnaît. Par conséquent, nous devons l'analyser en fonction d'un cadre constitutionnel qui

the perspective of a constitutional framework that did not exist at the time it was negotiated and executed.

[96] Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* recognizes and affirms the existing treaty rights of Aboriginal peoples:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Because the Agreement is a modern agreement, s. 35(3) is also relevant:

35. . . .

(3) For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

[97] In *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, Lamer J. (as he then was) set out the constituent elements of a treaty for the purposes of s. 35. Relying on this Court’s earlier decision in *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, he concluded that “it is clear that what characterizes a treaty is the intention to create obligations, the presence of mutually binding obligations and a certain measure of solemnity” (p. 1044; see also S. Grammond, “Les effets juridiques de la *Convention de la Baie James* au regard du droit interne canadien et québécois” (1991-1992), 37 *McGill L.J.* 761, at p. 779).

[98] The most significant feature, for the purposes of our analysis, is the creation of mutually binding obligations. The Agreement is far more comprehensive in scope than either the treaties of peace and friendship or the numbered treaties considered by this Court in a number of cases in which the analytical framework for interpreting the historical treaties between certain First Nations, Canada and Great Britain was developed (see e.g. *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *Marshall* (1999);

n’existait pas au moment où elle a été négociée, puis signée.

[96] Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît et confirme les droits existants issus de traités des peuples autochtones :

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Le paragraphe 35(3) mérite également d’être cité, car la Convention constitue un traité moderne :

35. . . .

(3) 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.

[97] Dans l’arrêt *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) décrit les éléments constitutifs d’un traité aux fins de l’art. 35. Prenant appui sur l’arrêt antérieur *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, il conclut que « ce qui caractérise un traité c’est l’intention de créer des obligations, la présence d’obligations mutuellement exécutoires et d’un certain élément de solennité » (p. 1044; voir aussi S. Grammond, « Les effets juridiques de la *Convention de la Baie James* au regard du droit interne canadien et québécois » (1991-1992), 37 *R.D. McGill* 761, p. 779).

[98] L’élément le plus important aux fins de notre analyse réside dans la création d’obligations mutuellement exécutoires. La Convention a une portée beaucoup plus grande que les traités de paix et d’amitié ou les traités numérotés que notre Cour a examinés dans un certain nombre d’affaires où elle a établi le cadre analytique permettant d’interpréter les traités historiques intervenus entre certaines Premières nations, le Canada et la Grande-Bretagne (voir p. ex. les arrêts *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Bande et nation indiennes d’Ermineskin c. Canada*, 2009

R. v. Marshall, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220; *Simon*). As Professor Grammond suggests, modern treaties tend to address far more than just the ceding of territory:

[TRANSLATION] Modern treaties therefore cover a much wider range of subjects than the territorial treaties of the 19th century. In modern treaties, the Crown and Aboriginal peoples have tried to specifically define their rights and obligations in many areas, such as land use, hunting and fishing, sharing of royalties for the use of natural resources, environmental assessment, economic development, preferential hiring, awarding of contracts, adaptation of public services, etc. The most recent agreements also include provisions on self-government, dispute arbitration and co-ordination with the claims of neighbouring Aboriginal peoples.

(S. Grammond, *Aménager la coexistence: Les peuples autochtones et le droit canadien* (2003), at p. 255)

The Agreement fits this description well. It establishes a comprehensive legal framework, setting out the parties' respective responsibilities where services and rights to land are concerned and organizing their relationships for the future.

[99] It is also important to note that the Agreement was the first one entered into by the federal government and an Aboriginal group following this Court's decision in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313. That decision is credited with reorienting the federal government's policy on Aboriginal land claims and, more specifically, with producing a "shift toward negotiation as the preferred policy for resolving land claims in northern Quebec, Yukon, Northwest Territories, and British Columbia" (D. Sanders, "We Intend to Live Here Forever": A Primer on the *Nisga'a Treaty*" (1999-2000), 33 *U.B.C. L. Rev.* 103, at p. 108; *Cree School Board*, at para. 81). In 1973, under the then Minister of Indian Affairs, Jean Chrétien, the federal Department of Indian Affairs created the Office of Native Claims to deal with both specific and comprehensive land claims.

CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Marshall* (1999); *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *Simon*). Comme le laisse entendre le professeur Grammond, les traités modernes portent généralement sur beaucoup d'autres sujets que la seule cession de terres :

Les traités modernes constituent donc des documents beaucoup plus étoffés que ne l'étaient les traités territoriaux du XIX^e siècle. L'État et les [A]utochtones ont tenté d'y définir précisément leurs droits et obligations quant à un grand nombre de domaines : utilisation du territoire, activités de chasse et de pêche, partage des redevances liées à l'exploitation des ressources naturelles, évaluation environnementale, développement économique, embauche préférentielle et octroi de contrats, adaptation des services publics, etc. Les accords les plus récents comprennent aussi des dispositions sur l'autonomie gouvernementale, sur l'arbitrage des différends et sur la coordination avec les revendications des peuples autochtones voisins.

(S. Grammond, *Aménager la coexistence: Les peuples autochtones et le droit canadien* (2003), p. 255)

La Convention correspond bien à cette description. Elle établit un cadre juridique complet énonçant les obligations respectives des parties en matière de services et de droits fonciers, tout en aménageant les modalités de leurs relations ultérieures.

[99] Il importe également de signaler que la Convention est le premier accord intervenu entre le gouvernement fédéral et un groupe autochtone après l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. On reconnaît couramment que cet arrêt de notre Cour a provoqué une réorientation de la politique fédérale sur les revendications territoriales des Autochtones et, plus précisément, un [TRADUCTION] « virage vers la négociation comme mode de règlement privilégié des revendications territoriales dans le nord du Québec, au Yukon, dans les Territoires du Nord-Ouest et en Colombie-Britannique » (D. Sanders, « "We Intend to Live Here Forever" : A Primer on the *Nisga'a Treaty* » (1999-2000), 33 *U.B.C. L. Rev.* 103, p. 108; *Commission scolaire crie*, par. 81). Dans cette perspective, en 1973, le ministère fédéral des Affaires indiennes, alors dirigé par

The Agreement was the first one entered into under this new policy.

[100] Furthermore, it is clear from the legislative record that the parties intended to resolve all outstanding issues between them and settle their respective rights and obligations. As we mentioned above, effect was given to the Agreement by enacting legislation at both the federal and the provincial levels. A review of both those statutes further supports this reading of the parties' intentions.

[101] The wording of a statute's preamble often provides insight into the statute's purpose or goal that can be helpful to a court interpreting it. According to s. 13 of the federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, "[t]he preamble of an enactment shall be read as a part of the enactment intended to assist in explaining its purport and object." As Professor Sullivan notes, "[t]he most direct and authoritative evidence of legislative purpose is found in formal purpose statements appearing in the body of legislation" (*Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 270). Legislative preambles in particular may "contain direct descriptions of purpose or descriptions of the circumstances giving rise to the enactment — the mischief the legislature intended to cure, the social problems it wished to address" (Sullivan, at p. 271). Although a legislative preamble will never be determinative of the issue of legislative intent since the statute must always be interpreted holistically, it can nevertheless assist in the interpretation of the legislature's intention (P.-A. Côté with the collaboration of S. Beaulac and M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at pp. 72-75).

[102] The preamble to the federal legislation further highlights the intention to create mutually binding obligations between the parties:

WHEREAS the Government of Canada and the Government of Quebec have entered into an Agreement

Jean Chrétien, a créé le Bureau des revendications autochtones, lui confiant la mission de régler les revendications territoriales tant particulières que globales. La Convention a été le premier accord conclu dans le cadre de cette nouvelle politique.

[100] De plus, il ressort de l'historique législatif que les parties ont voulu régler toutes les questions qui les opposaient et déterminer la nature de leurs droits et de leurs obligations respectifs. Comme nous l'avons déjà expliqué, la Convention est entrée en vigueur par l'adoption d'une loi fédérale et d'une loi provinciale. Le libellé de ces deux textes législatifs appuie en outre cette interprétation de l'intention des parties.

[101] L'étude du texte du préambule d'une loi joue un rôle utile à son interprétation, car il permet souvent de saisir le but ou les objectifs de la mesure législative. L'article 13 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, dispose que « [l]e préambule fait partie du texte et en constitue l'exposé des motifs. » Comme le fait observer la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [I]a preuve la plus directe et la plus digne de foi d'un objectif législatif se trouve dans l'énoncé de l'objet que renferme la loi » (*Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 270). Plus particulièrement, le préambule d'un texte législatif peut [TRADUCTION] « préciser directement son objet ou faire état des circonstances qui ont mené à son adoption — les maux auxquels le législateur voulait s'attaquer, les problèmes sociaux qu'il entendait régler » (Sullivan, p. 271). Si le préambule ne joue jamais un rôle décisif pour déterminer l'intention du législateur — car la loi doit toujours être interprétée dans son ensemble —, il peut néanmoins contribuer à saisir cette intention (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 72-75).

[102] Le préambule de la loi fédérale fait ressortir encore plus clairement l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires entre les parties :

ATTENDU QUE le gouvernement du Canada et le gouvernement du Québec ont conclu une Convention avec

with the Crees and the Inuit inhabiting the Territory within the purview of the 1898 acts respecting the Northwestern, Northern and Northeastern Boundaries of the Province of Quebec and the 1912 Quebec Boundaries extension acts, and with the Inuit of Port Burwell;

AND WHEREAS the Government of Canada and the Government of Quebec have assumed certain obligations under the Agreement in favour of the said Crees and Inuit;

AND WHEREAS the Agreement provides, *inter alia*, for the grant to or the setting aside for Crees and Inuit of certain lands in the Territory, the right of the Crees and Inuit to hunt, fish and trap in accordance with the regime established therein, the establishment in the Territory of regional and local governments to ensure the full and active participation of the Crees and Inuit in the administration of the Territory, measures to safeguard and protect their culture and to ensure their involvement in the promotion and development of their culture, the establishment of laws, regulations and procedures to manage and protect the environment in the Territory, remedial and other measures respecting hydro-electric development in the Territory, the creation and continuance of institutions and programs to promote the economic and social development of the Crees and Inuit and to encourage their full participation in society, an income support program for Cree and Inuit hunters, fishermen and trappers and the payment to the Crees and Inuit of certain monetary compensation;

AND WHEREAS the Agreement further provides in consideration of the rights and benefits set forth therein for the surrender by the said Crees, the Inuit of Quebec and the Inuit of Port Burwell of all their native claims, rights, titles and interests, whatever they may be, in and to the land in the Territory and in Quebec;

AND WHEREAS Parliament and the Government of Canada recognize and affirm a special responsibility for the said Crees and Inuit;

AND WHEREAS it is expedient that Parliament approve, give effect to and declare valid the Agreement;

NOW, THEREFORE, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows

[103] Important concessions were made by the Cree and Inuit parties in entering into the Agreement. Before the negotiations started, the parties had been involved in protracted litigation. The Aboriginal signatories therefore, in addition

les Cris et les Inuit habitant le Territoire visé aux lois concernant la délimitation des frontières nord-ouest, nord et nord-est de la province de Québec, 1898 et aux Lois de l'extension des frontières de Québec, 1912, et avec les Inuit de Port Burwell;

ATTENDU QUE le gouvernement du Canada et le gouvernement du Québec ont, aux termes de cette Convention, contracté certaines obligations à l'égard desdits Cris et Inuit;

ATTENDU QUE ladite Convention prévoit, *inter alia*, l'octroi ou la mise de côté pour les Cris et les Inuit de certaines terres dans le Territoire, le droit des Cris et Inuit de chasser, de pêcher et de trapper en vertu d'un régime établi par la Convention, la création sur le Territoire d'administrations régionales et locales permettant aux Cris et Inuit de participer pleinement à l'administration du Territoire, des mesures visant à protéger et à promouvoir leur culture, l'établissement d'une législation, d'une réglementation et de procédures destinées à protéger l'environnement sur le Territoire, des mesures de correction et autres relatives au développement hydro-électrique sur le Territoire, la création et le soutien d'institutions et de programmes destinés à promouvoir les intérêts économiques et sociaux des Cris et des Inuit et leur pleine participation dans la société, la mise sur pied d'un programme de sécurité du revenu pour des chasseurs, pêcheurs et trappeurs Cris et Inuit et le versement aux Cris et Inuit de certaines indemnités pécuniaires;

ATTENDU QUE la Convention prévoit en outre la remise par lesdits Cris, Inuit du Québec et Inuit de Port Burwell, en considération des droits et des avantages qu'elle leur accorde, de tous leurs revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire et du Québec;

ATTENDU QUE le Parlement et le gouvernement du Canada reconnaissent et affirment une responsabilité particulière envers lesdits Cris et Inuit;

ATTENDU QU'il y a lieu pour le Parlement d'approuver, de mettre en vigueur et de déclarer valide la Convention;

SA MAJESTÉ, sur l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, décrète . . .

[103] Les Cris et les Inuits ont fait d'importantes concessions en signant la Convention. Avant d'entreprendre les négociations, les parties s'étaient affrontées dans de longs procès. Par conséquent, en plus de reconnaître l'exhaustivité du document

to agreeing that the document was to be exhaustive with regard to their rights, agreed that all court actions were to be discontinued during the transitional period:

2.9.7 The Parties agree to further suspend during the Transitional Period the legal proceedings relating to the James Bay project or to the claims, rights, titles and interests in land of the James Bay Crees and the Inuit of Québec, including the effects of any judgment, rendered or to be rendered, resulting therefrom, and not to institute any further proceedings relating to such matters, during the Transitional Period, including all matters contemplated by the proceedings in the case of *Kanatewat et al. vs. the James Bay Development Corporation et al.* pending before the Supreme Court of Canada and related proceedings pending before the Superior Court of Québec. The Parties further agree not to institute legal proceedings relating to Transitional Measures referred to herein during the Transitional Period. [Emphasis added.]

[104] The Agreement also extinguished all outstanding and future Aboriginal claims, which is confirmed by s. 3(3) of the *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*:

3. . . .

(3) All native claims, rights, title and interests, whatever they may be, in and to the Territory, of all Indians and all Inuit, wherever they may be, are hereby extinguished, but nothing in this Act prejudices the rights of such persons as Canadian citizens and they shall continue to be entitled to all of the rights and benefits of all other citizens as well as to those resulting from the *Indian Act*, where applicable, and from other legislation applicable to them from time to time.

In short, the Aboriginal signatories agreed to abandon all current and future claims against the Crown and also agreed that their rights were to be determined exclusively and comprehensively by reference to the Agreement.

[105] The amendment procedure provided for in the Agreement attests to its solemnity. Although

quant à leurs droits, les signataires autochtones ont accepté de suspendre toutes les poursuites judiciaires au cours de la période de transition :

2.9.7 Les parties conviennent en outre de suspendre, au cours de la période de transition, les poursuites judiciaires relatives au projet de la Baie James ou aux revendications, droits, titres et intérêts relatifs aux terres des Cris de la Baie James et des Inuit du Québec, et d'annuler les effets de tout jugement en résultant, rendu ou à être rendu, et de ne pas tenter au cours de la période de transition d'autres poursuites judiciaires relatives aux questions susmentionnées, y compris toutes celles visées dans la cause *Kanatewat et al. vs. The James Bay Development Corporation et al.* pendante devant la Cour suprême du Canada et aux causes connexes pendantes devant la Cour supérieure du Québec. Les parties conviennent aussi de n'intenter, durant la période de transition, aucune poursuite judiciaire relative aux Dispositions transitoires mentionnées aux présentes. [Nous soulignons.]

[104] De plus, la Convention éteignait toutes les revendications existantes et ultérieures des Autochtones, ce que confirme le par. 3(3) de la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois* :

3. . . .

(3) La présente loi éteint tous les revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, aux terres et dans les terres du Territoire, de tous les Indiens et de tous les Inuit, où qu'ils soient, mais rien dans la présente loi ne porte atteinte aux droits de telles personnes en tant que citoyens canadiens et celles-ci continuent de bénéficier des mêmes droits et avantages que tous les autres citoyens, et de ceux prévus dans la *Loi sur les Indiens*, telle qu'applicable, et dans toute autre loi qui les vise en tout temps.

En somme, les signataires autochtones ont convenu d'abandonner toute revendication en cours contre la Couronne et de renoncer à toute revendication ultérieure. Ils ont aussi accepté que la détermination de leurs droits s'effectue en fonction de la seule Convention.

[105] La procédure de modification prévue témoigne du caractère solennel attribué à la Convention.

the Agreement can be amended, the prior consent of all the parties is required:

2.15 The Agreement may be, from time to time, amended or modified in the manner provided in the Agreement, or in the absence of such provision, with the consent of all the Parties. Whenever for the purposes of, or pursuant to, the Agreement, unless otherwise expressly specified, consent is required in order to amend or modify any of the terms and conditions of the Agreement, such consent may be given on behalf of the Native people by the interested Native parties.

The Agreement has in fact been amended several times. In this sense, it is similar to a binding contract entered into by parties who are all ably represented by counsel. This is a strong indication of the solemnity of the Agreement. So, too, is the requirement of statutory authorization, from two separate levels of government, before the Agreement will have binding effect on the parties themselves.

[106] We therefore conclude that the Agreement has constitutional status under s. 35(3) of the *Constitution Act, 1982*. It satisfies the criteria established by this Court for the recognition of a treaty under s. 35(3) and should therefore be recognized to be one.

(2) Principles of Interpretation

[107] Since we have determined that the Agreement is a treaty for the purposes of s. 35(3) of the *Constitution Act, 1982*, it follows that special principles of interpretation will apply to it. This Court has stated many times that Aboriginal treaties are to be interpreted broadly, flexibly and generously (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at paras. 76-78; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, at para. 24; *Sioui*, at p. 1043; *Simon*, at p. 404; see also Sullivan, at p. 513). In *Marshall (1999)*, McLachlin J. (as she then was), dissenting but not on this point, provided what is now the most frequently cited summary of the relevant interpretive principles, as they have been developed by this Court (at para. 78):

Cette entente peut être modifiée, mais toujours avec le consentement préalable des parties :

2.15 La Convention peut être amendée ou modifiée en tout temps, selon les dispositions y prévues à cet effet ou, à défaut, avec le consentement de toutes les parties. Si, aux fins de la Convention ou en vertu de cette dernière, il est requis un consentement pour amender ou modifier les conditions de la Convention, ce consentement peut être donné par les parties autochtones intéressées au nom des autochtones, sauf stipulation contraire expresse des présentes.

La Convention a de fait été modifiée plusieurs fois. Sous cet angle, elle s'assimile à un contrat exécutoire conclu par des parties toutes bien conseillées sur le plan juridique, ce qui est un bon indicateur de son caractère solennel. L'exigence que les deux législateurs approuvent séparément la Convention pour qu'elle lie les parties confirme aussi ce caractère.

[106] Nous concluons donc que la Convention est protégée par la Constitution suivant le par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle satisfait aux critères établis par notre Cour pour la reconnaissance d'un traité aux fins du par. 35(3); elle devrait donc être considérée comme un traité.

(2) Principes d'interprétation

[107] Parce qu'elle constitue selon nous un traité aux fins du par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Convention commande l'application de principes d'interprétation spéciaux. Notre Cour a maintes fois affirmé que les traités conclus avec des Autochtones doivent faire l'objet d'une interprétation généreuse, souple et libérale (*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 76-78; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 24; *Sioui*, p. 1043; *Simon*, p. 404; voir aussi Sullivan, p. 513). Dans l'arrêt *Marshall (1999)*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente, mais pas sur ce point, fait la synthèse la plus souvent citée à ce jour des principes jurisprudentiels applicables établis par la Cour (au par. 78) :

This Court has set out the principles governing treaty interpretation on many occasions. They include the following.

1. Aboriginal treaties constitute a unique type of agreement and attract special principles of interpretation: *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, at para. 24; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 78; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1043; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 404. See also: J. [Sákéj] Youngblood Henderson, “Interpreting *Sui Generis* Treaties” (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 46; L. I. Rotman, “Defining Parameters: Aboriginal Rights, Treaty Rights, and the *Sparrow* Justificatory Test” (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 149.
2. Treaties should be liberally construed and ambiguities or doubtful expressions should be resolved in favour of the aboriginal signatories: *Simon*, *supra*, at p. 402; *Sioui*, *supra*, at p. 1035; *Badger*, *supra*, at para. 52.
3. The goal of treaty interpretation is to choose from among the various possible interpretations of common intention the one which best reconciles the interests of both parties at the time the treaty was signed: *Sioui*, *supra*, at pp. 1068-69.
4. In searching for the common intention of the parties, the integrity and honour of the Crown is presumed: *Badger*, *supra*, at para. 41.
5. In determining the signatories’ respective understanding and intentions, the court must be sensitive to the unique cultural and linguistic differences between the parties: *Badger*, *supra*, at paras. 52-54; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, at p. 907.
6. The words of the treaty must be given the sense which they would naturally have held for the parties at the time: *Badger*, *supra*, at paras. 53 *et seq.*; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36.
7. A technical or contractual interpretation of treaty wording should be avoided: *Badger*, *supra*; *Horseman*, *supra*; *Nowegijick*, *supra*.
8. While construing the language generously, courts cannot alter the terms of the treaty by exceeding what “is possible on the language”

Notre Cour a, à maintes reprises, énoncé les principes qui régissent l’interprétation des traités, notamment les principes suivants :

1. Les traités conclus avec les Autochtones constituent un type d’accord unique, qui demandent l’application de principes d’interprétation spéciaux : *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, au par. 24; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, au par. 78; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1043; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 404. Voir également : J. [Sákéj] Youngblood Henderson, « Interpreting *Sui Generis* Treaties » (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 46; L. I. Rotman, « Defining Parameters : Aboriginal Rights, Treaty Rights, and the *Sparrow* Justificatory Test » (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 149.
2. Les traités doivent recevoir une interprétation libérale, et toute ambiguïté doit profiter aux signataires autochtones : *Simon*, précité, à la p. 402; *Sioui*, précité, à la p. 1035; *Badger*, précité, au par. 52.
3. L’interprétation des traités a pour objet de choisir, parmi les interprétations possibles de l’intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des deux parties à l’époque de la signature : *Sioui*, précité, aux pp. 1068 et 1069.
4. Dans la recherche de l’intention commune des parties, l’intégrité et l’honneur de la Couronne sont présumés : *Badger*, précité, au par. 41.
5. Dans l’appréciation de la compréhension et de l’intention respectives des signataires, le tribunal doit être attentif aux différences particulières d’ordre culturel et linguistique qui existaient entre les parties : *Badger*, précité, aux par. 52 à 54; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, à la p. 907.
6. Il faut donner au texte du traité le sens que lui auraient naturellement donné les parties à l’époque : *Badger*, précité, aux par. 53 et suiv.; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36.
7. Il faut éviter de donner aux traités une interprétation formaliste ou inspirée du droit contractuel : *Badger*, précité, *Horseman*, précité, et *Nowegijick*, précité.
8. Tout en donnant une interprétation généreuse du texte du traité, les tribunaux ne peuvent en modifier les conditions en allant au-delà de ce

or realistic: *Badger, supra*, at para. 76; *Sioui, supra*, at p. 1069; *Horseman, supra*, at p. 908.

9. Treaty rights of aboriginal peoples must not be interpreted in a static or rigid way. They are not frozen at the date of signature. The interpreting court must update treaty rights to provide for their modern exercise. This involves determining what modern practices are reasonably incidental to the core treaty right in its modern context: *Sundown, supra*, at para. 32; *Simon, supra*, at p. 402.

[108] The rationale behind this interpretive approach is that the negotiation of historical treaties was marked by “significant differences” in the signatories’ languages, concepts, cultures and world views. This meant that the Crown and the Aboriginal signatories had fundamentally different understandings of the exact nature of their agreements (L. I. Rotman, “Taking Aim at the Canons of Treaty Interpretation in Canadian Aboriginal Rights Jurisprudence” (1997), 46 *U.N.B.L.J.* 11, at p. 20). Because of these contextual factors, Aboriginal treaties are to be interpreted in light of the contexts in which they were signed, and that interpretation must be both liberal and dynamic so as to avoid the freezing of rights, while any ambiguity is to be resolved in favour of the Aboriginal signatories.

[109] Applying these principles, without adaptation, to the interpretation of modern agreements, as opposed to historical ones, is not uncontroversial. Appellate courts have held that, because the circumstances that support a generous interpretation of historical treaties do not always exist in the context of modern agreements, courts should not automatically take such an approach without first considering whether it is necessary. Indeed, both the courts below reviewed the distinct circumstances of the negotiation of modern treaties in their analyses, and the appellant urges this Court to take the same approach as them. The Cree respondents and the intervenor Assembly of First Nations strongly object to this, however.

qui est réaliste ou de ce que « le langage utilisé [. . .] permet » : *Badger*, précité, au par. 76; *Sioui*, précité, à la p. 1069; *Horseman*, précité, à la p. 908.

9. Les droits issus de traités des peuples autochtones ne doivent pas être interprétés de façon statique ou rigide. Ils ne sont pas figés à la date de la signature. Les tribunaux doivent les interpréter de manière à permettre leur exercice dans le monde moderne. Il faut pour cela déterminer quelles sont les pratiques modernes qui sont raisonnablement accessoires à l'exercice du droit fondamental issu de traité dans son contexte moderne : *Sundown*, précité, au par. 32; *Simon*, précité, à la p. 402.

[108] L'adoption de ce mode d'interprétation s'explique par le fait que la négociation de traités historiques a été marquée par des [TRADUCTION] « différences appréciables » entre les signataires en ce qui touche leur langue, leur culture, leur conception et leur vision du monde. La Couronne et les signataires autochtones avaient donc des visions diamétralement opposées de la nature exacte de leur accord (L. I. Rotman, « Taking Aim at the Canons of Treaty Interpretation in Canadian Aboriginal Rights Jurisprudence » (1997), 46 *R.D. U.N.-B.* 11, p. 20). En raison de ce constat, les traités conclus avec des Autochtones doivent être interprétés à la lumière des circonstances de leur signature, de manière libérale et dynamique, afin d'éviter de figer les droits en jeu. De plus, toute ambiguïté doit être résolue en faveur des signataires autochtones.

[109] L'application — sans adaptation — de ces principes d'interprétation aux traités modernes, par opposition aux traités historiques, n'emporte pas l'unanimité. Parce que les circonstances justifiant l'interprétation généreuse d'un traité historique ne sont pas toujours présentes dans le cas d'un traité moderne, des cours d'appel ont conclu que les tribunaux devaient s'abstenir d'utiliser mécaniquement la même méthode sans s'assurer au préalable de la nécessité de le faire. En l'espèce, les deux tribunaux inférieurs considèrent en effet, dans leur analyse, les circonstances particulières de la négociation des traités modernes, et l'appelant invite notre Cour à faire de même. Cependant, les intimés Cris et l'intervenante Assemblée des Premières Nations s'y opposent vigoureusement.

[110] The trial judge applied the principles set out in *Cree School Board* to the instant case. Section 22 was given a large and liberal interpretation, consistent with the government's fiduciary obligation towards the Cree. The parties' intentions and interests were analysed reasonably, taking into account the historical and judicial context. It was considered important to remember that the Agreement had been the result of lengthy negotiations in which all the parties had been represented by lawyers and that this situation was very different from the circumstances of the negotiation of historical treaties (para. 135). Although the Court of Appeal noted that neither it nor the Federal Court of Appeal had in interpreting the Agreement taken the constitutional status of the Agreement expressly into account, it nevertheless chose to adopt the reasons in *Cree School Board*, with one minor caveat:

[TRANSLATION] These various elements lead the Court to conclude that a treaty that on the one hand confers constitutionally protected rights and on the other enjoys paramountcy over any inconsistent Canadian and Quebec laws must, according to the principles stated by Rousseau-Houle, J.A. in *Cree School Board*, be interpreted in conjunction with an additional element drawn from the submission of counsel for the Aboriginal parties: where two or more interpretations of the text may reasonably be argued, the interpretation that is most consistent with the interests of the Aboriginal signatories must prevail. Emphasis is placed on the reasonableness of the interpretation. [Emphasis added; para. 135.]

[111] The courts below found support for their interpretive approach in the reasons of Rousseau-Houle J.A. in *Cree School Board*, and Décary J.A. in *Eastmain Band*. In the latter case, Décary J.A. noted that, "while the interpretation of agreements entered into with the Aboriginals in circumstances such as those which prevailed in 1975 must be generous, it must also be realistic, reflect a reasonable analysis of the intention and interests of all the parties who signed it and take into account the historical and legal context out of which it developed" (p. 518).

[112] In *Cree School Board*, Rousseau-Houle J.A. also refused to systematically resolve every

[110] La juge de première instance applique les principes énoncés dans l'arrêt *Commission scolaire crie*. Le chapitre 22 s'interprète de manière large et libérale, dans le respect de l'obligation fiduciaire du gouvernement envers les Cris. L'intention et l'intérêt des parties sont analysés de façon raisonnable, compte tenu des contextes historique et juridique. Selon la juge, il importe de se rappeler que la Convention est le fruit de longues négociations, où chacune des parties a été représentée par avocat. Une telle situation diffère considérablement des circonstances habituelles de la négociation des traités historiques (par. 135). Même si elle note que ni elle ni la Cour d'appel fédérale n'ont tenu compte expressément de la protection constitutionnelle de la Convention pour interpréter ses dispositions, la Cour d'appel fait tout de même siens les motifs de l'arrêt *Commission scolaire crie*, à une nuance près :

Ces différents éléments amènent la Cour à conclure qu'un traité qui confère, d'une part, des droits protégés sur le plan constitutionnel et, d'autre part, qui jouit d'une règle de prépondérance sur toutes lois canadiennes et québécoises incompatibles, doit être interprété, selon les principes retenus par la juge Rousseau-Houle dans *Commission scolaire crie*, avec l'élément additionnel tiré de la proposition du procureur des autochtones : dans la mesure où deux ou plusieurs interprétations du texte peuvent être raisonnablement soutenues alors l'interprétation la plus conforme aux intérêts des signataires autochtones doit prévaloir. L'accent est mis sur le caractère raisonnable de l'interprétation. [Nous soulignons; par. 135.]

[111] Ainsi, les tribunaux inférieurs ont fait leurs motifs de la juge Rousseau-Houle dans l'arrêt *Commission scolaire crie* et ceux du juge Décary dans l'arrêt *Bande d'Eastmain*. Dans ce dernier cas, le juge Décary fait remarquer que « [m]ême généreuse [. . .], l'interprétation des ententes conclues avec les Autochtones dans des circonstances comme celles qui prévalaient en 1975 doit être réaliste, refléter une analyse raisonnable de l'intention et des intérêts de toutes les parties signataires et tenir compte du contexte historique et juridique qui leur a donné naissance » (p. 518).

[112] Dans l'arrêt *Commission scolaire crie*, la juge Rousseau-Houle refuse aussi de résoudre

ambiguity in favour of the Aboriginal signatories, noting in particular that they had been ably represented by lawyers:

[TRANSLATION] These considerations lead me to conclude that paragraphs 16.0.22 and 16.0.23 of the Agreement must be interpreted broadly, liberally and in compliance with the governments' fiduciary obligation toward the Crees. This fiduciary relation must, however, reflect a reasonable analysis of the signatories' intention and interest, and take into account the historical and juridical context that produced the Agreement. Given that the Crees were counselled by attorneys and that the Agreement can be characterized as "modern", ambiguity cannot systematically be interpreted in the Crees' favour. [para. 98]

[113] Although this Court has yet to pronounce on this particular issue, it did note in *R. v. Howard*, [1994] 2 S.C.R. 299, that the 1923 treaty at issue in that case did "not raise the same concerns as treaties signed in the more distant past or in more remote territories where one can legitimately question the understanding of the Indian parties" (p. 306). On this point, Gonthier J., writing for the Court, relied on *Sioui*, at p. 1036, and *Eastmain Band*, at pp. 515-16.

[114] The intervenor Assembly of First Nations and the Cree respondents strongly urge us to reject the interpretive approach adopted in the courts below. The Cree respondents argue that the same rules of interpretation apply to all Aboriginal treaties, whether historical or modern (Respondent's Factum, at p. 16). Similarly, the Assembly of First Nations challenges the decision in *Eastmain Band* as the starting point for a rigid, categorical split in interpretive approaches (Intervener's Factum, at p. 3). Both the Cree respondents and the intervenor rely on the following passage from *Marshall (1999)* in support of their submissions:

This raises the issue of whether it is useful to slot treaties into different categories, each with its own rules of interpretation. The principle that each treaty must

systématiquement toute ambiguïté en faveur des signataires autochtones. Elle souligne notamment que ces derniers avaient été bien conseillés sur le plan juridique :

Ces considérations m'amènent à conclure que l'on doit privilégier, dans l'interprétation des articles 16.0.22 et 16.0.23 de la convention, une interprétation large et libérale qui respecte l'obligation de fiduciaire des gouvernements envers les Cris. Cette relation de fiduciaire doit toutefois refléter une analyse raisonnable de l'intention et de l'intérêt des parties signataires et tenir compte du contexte historique et juridique qui a donné naissance à la convention. Comme les Cris étaient conseillés par des avocats et qu'il s'agit d'une entente que l'on peut qualifier de « moderne », toute ambiguïté ne saurait être systématiquement interprétée en leur faveur. [par. 98]

[113] Notre Cour ne s'est pas encore prononcée sur cette question précise, mais dans l'arrêt *R. c. Howard*, [1994] 2 R.C.S. 299, elle fait remarquer que le traité de 1923 en cause ne « soulève pas les mêmes préoccupations que les traités signés à une époque plus lointaine ou dans des territoires plus éloignés, à propos desquels on peut légitimement s'interroger sur la compréhension des parties indiennes » (p. 306). Le juge Gonthier, au nom de la Cour, se fonde à cet égard sur les arrêts *Sioui*, à la p. 1036, et *Bande d'Eastmain*, aux p. 515-516.

[114] L'intervenante Assemblée des Premières Nations et les intimés cris nous demandent instamment de rejeter la méthode d'interprétation retenue par les tribunaux inférieurs. Selon les intimés cris, les mêmes règles d'interprétation valent pour tous les traités conclus avec les Autochtones, qu'ils soient historiques ou modernes (mémoire des intimés Cris, p. 16). De même, l'Assemblée des Premières Nations conteste la validité de l'opinion exprimée dans l'arrêt *Bande d'Eastmain* dans la mesure où elle a provoqué une catégorisation rigide des modes d'interprétation (mémoire de l'intervenante, p. 3). Les intimés cris et l'intervenante citent l'extrait suivant de l'arrêt *Marshall (1999)* à l'appui de leurs prétentions :

Cette question soulève à son tour celle de savoir s'il est utile de classer les traités en diverses catégories, dont chacune aurait ses propres règles d'interprétation. Le

be considered in its unique historical and cultural context suggests that this practice should be avoided. [para. 80]

However, the approach to the interpretation of modern treaties adopted in *Eastmain Band* and *Cree School Board* does not necessarily lead to the consequences suggested in these submissions. First, when she urged against slotting treaties into different interpretive categories, McLachlin J. was addressing the hypothetical differences, for interpretation purposes, between “peace” treaties and “cession” treaties. In other words, the issue related to the content of the treaty, not the time period when it was signed. A more accurate formulation of the issue raised in the case bar, however, is whether the rationale for the approach taken in interpreting historical treaties — and specifically the requirement that every ambiguity be resolved in favour of the Aboriginal signatories — ought to apply automatically or systematically to the interpretation of modern agreements. In other words, the issue relates to the context in which an agreement was negotiated and signed, not to the date of its signature.

[115] In *Eastmain Band* and *Cree School Board*, the courts did not suggest that the generous and flexible approach to interpretation be rejected outright when the treaty being interpreted happens to be a modern one. Rather, they simply recognized that the *circumstances* at the root of the principle that ambiguities in historical treaties must be resolved in favour of the Aboriginal signatories — unequal bargaining skill and vulnerability of the Aboriginal parties in particular — do not necessarily exist in the context of a modern agreement (see e.g. Rotman, at p. 23; Sullivan, at p. 525). The likelihood of ambiguity, though clearly not eliminated, is nevertheless significantly reduced. Indeed, the parties’ mutual promises are likely to be set out more clearly and more exhaustively. The court must look first to the parties’ common intention in light of the context of their specific agreement, and its analysis must be reasonable.

principe selon lequel chaque traité doit être examiné à la lumière de son contexte historique et culturel particulier tend à indiquer que cette pratique devrait être évitée. [par. 80]

Toutefois, l’interprétation des traités modernes selon la méthode adoptée dans les arrêts *Bande d’Eastmain* et *Commission scolaire crie* n’entraîne pas nécessairement les conséquences évoquées par les parties. En premier lieu, dans sa mise en garde contre l’interprétation d’un traité selon la catégorie à laquelle il appartient, la juge McLachlin visait les distinctions hypothétiques, aux fins d’interprétation, entre les traités de « paix » et les traités de « cession territoriale ». En d’autres termes, le litige portait sur le contenu du traité, et non sur la période pendant laquelle il avait été signé. Plus précisément, toutefois, la question pertinente en l’espèce consiste à déterminer si la raison d’être de la méthode d’interprétation d’un traité historique — et plus particulièrement l’exigence que toute ambiguïté soit résolue en faveur des signataires autochtones — reste toujours nécessairement valable pour interpréter un accord moderne. Autrement dit, le choix de la méthode d’interprétation se rattache au contexte de la négociation et de la signature d’un accord, et non à la date à laquelle il a été signé.

[115] Dans les arrêts *Bande d’Eastmain* et *Commission scolaire crie*, les cours d’appel ne proposent pas de rejeter catégoriquement la méthode d’interprétation libérale et souple dans le cas d’un traité moderne. En fait, elles reconnaissent seulement que les *circonstances* à l’origine du principe selon lequel, dans un traité historique, les ambiguïtés sont résolues en faveur des signataires autochtones — inégalité du pouvoir de négociation et vulnérabilité des parties autochtones en particulier — ne se retrouvent pas nécessairement dans le cas d’un traité moderne (voir p. ex. Rotman, p. 23; Sullivan, p. 525). Bien qu’il demeure, le risque d’ambiguïté s’atténue sensiblement. En effet, les promesses réciproques des parties seront probablement énoncées plus clairement et plus exhaustivement. Le tribunal doit alors examiner d’abord l’intention commune des parties à la lumière du contexte de leur accord particulier, et son analyse doit être raisonnable.

[116] Furthermore, this Court has stated that the honour of the Crown infuses both the making of treaties and, ultimately, the interpretation of treaties by the courts (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 19; *Mikisew Cree First Nation*, at para. 51). The honour of the Crown requires it, in the treaty-making process, to try to reconcile Aboriginal rights and interests with those of the public more generally, because the Crown must be mindful of Aboriginal interests but must also consider the public interest. Modern agreements thus reflect a mixture of rights, obligations, payments and concessions that have already been carefully balanced (Sullivan, at p. 525). In negotiations, therefore, the Crown must, and does, actively consider the Aboriginal party's interests.

[117] There are important policy reasons in favour of this understanding of the context of modern treaties. This Court has observed, in a case concerning the duty to consult, that “[a]t all stages, good faith on both sides is required” (*Haida Nation*, at para. 42). The principle underlying this requirement also extends to the treaty negotiation process. Good faith on the part of all parties should be fostered and encouraged. This goal would be undermined by an interpretive approach under which all ambiguities are automatically resolved in favour of the Aboriginal parties, as such an approach might encourage the parties to use vague language in the hope that later litigation would produce a result more favourable than what could be obtained through negotiation (see *Eastmain Band*, Décaré J.A., at p. 518).

[118] When interpreting a modern treaty, a court should strive for an interpretation that is reasonable, yet consistent with the parties' intentions and the overall context, including the legal context, of the negotiations. Any interpretation should presume good faith on the part of all parties and be consistent with the honour of the Crown. Any ambiguity that arises should be resolved with these factors in mind. In the specific case of the Agreement, we have the benefit of a legislative preamble

[116] Par ailleurs, notre Cour a conclu que l'honneur de la Couronne imprègne le processus de négociation des traités et, ultimement, leur interprétation par les tribunaux (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 19; *Première nation crie Mikisew*, par. 51). Cet honneur exige de la Couronne qu'elle s'efforce, pendant la négociation du traité, de concilier les droits et les intérêts des Autochtones et ceux du public en général, car elle doit tenir compte non seulement des intérêts des Premières Nations, mais aussi de l'intérêt public. Les accords modernes expriment ainsi le résultat d'un processus soigneux de mise en équilibre de droits, d'obligations, de paiements et de concessions (Sullivan, p. 525). Partant, lors des négociations, la Couronne doit demeurer authentiquement soucieuse des intérêts des Autochtones.

[117] D'importantes raisons de principe appuient cette conception du contexte dans lequel intervient un traité moderne. À propos de l'obligation de consulter les intéressés, notre Cour conclut qu'« [à] toutes les étapes, les deux parties sont tenues de faire montre de bonne foi » (*Nation haïda*, par. 42). Le principe sous-tendant cette exigence s'applique également au processus de négociation d'un traité. La bonne foi doit être favorisée et encouragée chez toutes les parties. Or, cet objectif est compromis si, pour interpréter un traité, on résout automatiquement toute ambiguïté en faveur des Autochtones. En effet, cette méthode d'interprétation pourrait inciter les parties à employer des termes vagues dans l'espoir que l'issue d'un litige ultérieur leur sera plus favorable que le résultat susceptible d'être obtenu par voie de négociation (voir l'arrêt *Bande d'Eastmain*, le juge Décaré, p. 518).

[118] Le tribunal doit s'efforcer d'interpréter un traité moderne d'une manière qui soit raisonnable, mais compatible avec l'intention des parties et le contexte général des négociations, y compris leur cadre juridique. Toute interprétation doit présumer la bonne foi des parties et être conciliable avec le principe de l'honneur de la Couronne. Toute ambiguïté doit être résolue en gardant ces éléments à l'esprit. En ce qui concerne le cas précis de la Convention, un préambule législatif énonce

which clearly states its purpose and effect. And as Décary J.A. noted in *Eastmain Band*, all parties to the Agreement were represented by counsel, and the result of the negotiations was set out in detail in a 450-page legal document. The negotiations were part of a policy initiative whose objective was to settle land claims through negotiation rather than litigation. There was plenty of “give and take”.

[119] The Agreement is a modern treaty, and how it is interpreted and applied will be critical to our decision on the issues raised in this appeal. Because this interpretive exercise will necessarily be influenced by the jurisdiction under which the Project falls, it will be helpful to discuss the constitutional powers relevant to this case.

B. *Constitutional Powers Relevant to This Case*

[120] An inquiry into which level of government has environmental jurisdiction over the Project must begin with the oft-repeated observation that the environment is not a matter over which one level of government has exclusive jurisdiction. As La Forest J. said in *Oldman* (at p. 63):

I agree that the *Constitution Act, 1867* has not assigned the matter of “environment” *sui generis* to either the provinces or Parliament. The environment, as understood in its generic sense, encompasses the physical, economic and social environment touching several of the heads of power assigned to the respective levels of government.

[121] Legislation on environmental matters must therefore be related to at least one constitutional head of power. The inquiry into whether federal jurisdiction can be validly invoked turns on whether the activity or, as in this case, the Project can be viewed as having a federal aspect. Thus, federal jurisdiction will be validly exercised, and federal environmental legislation will apply to the extent that the legislation is “truly in relation to an institution or activity that is otherwise within [federal] legislative jurisdiction”: *Oldman*, at p. 72. Federal legislation concerning the environment has been

clairement son objectif et son effet. Et, comme le relève le juge Décary dans l’arrêt *Bande d’Eastmain*, chacune des parties était représentée par avocat, et le résultat des négociations se retrouve en détail dans un document juridique de 450 pages. Les négociations faisaient partie d’une initiative stratégique en vue du règlement de revendications territoriales par la négociation plutôt que par le recours aux tribunaux. Il y avait alors eu beaucoup de concessions mutuelles.

[119] La Convention est reconnue comme un traité moderne. La manière dont elle est interprétée et appliquée joue un rôle décisif pour l’issue du pourvoi. Comme la compétence à laquelle ressortit le projet joue nécessairement à cet égard, il convient d’examiner les pouvoirs constitutionnels pertinents en l’espèce.

B. *Pouvoirs constitutionnels pertinents en l’espèce*

[120] Pour déterminer quel palier de gouvernement a compétence sur les questions environnementales que soulève le projet, il faut d’abord rappeler, encore une fois, que l’environnement ne représente pas un domaine relevant d’une compétence exclusive. Comme l’explique le juge La Forest dans l’arrêt *Oldman* (p. 63) :

Je suis d’accord que la *Loi constitutionnelle de 1867* n’a pas conféré le domaine de l’« environnement » comme tel aux provinces ou au Parlement. L’environnement, dans son sens générique, englobe l’environnement physique, économique et social touchant plusieurs domaines de compétence attribués aux deux paliers de gouvernement.

[121] Les lois relatives à l’environnement doivent donc être liées à au moins un chef de compétence constitutionnelle. La compétence fédérale peut être invoquée à juste titre lorsque l’activité — ou, en l’espèce, le projet — comporte une dimension fédérale. La compétence fédérale sera donc valablement exercée, et la législation fédérale sur l’environnement s’appliquera dans la mesure où elle « [vise] véritablement [. . .] une institution ou une activité qui relève de la compétence législative [fédérale] » : arrêt *Oldman*, p. 72. Par exemple, la validité de mesures législatives fédérales

upheld on the bases, for example, of the national concern branch of the s. 91 peace, order, and good government power (*R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401) and of the s. 91(27) criminal law power (*R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213).

[122] In the case at bar, the Attorney General of Canada relies on the federal fisheries power (s. 91(12)) and the *dicta* in *Oldman* as a basis for federal jurisdiction over the Project and, by extension, for the applicability of the licensing provisions of the *Fisheries Act* and, in turn, the environmental assessment provision of the *CEAA* that they trigger.

[123] The AGQ, in arguing in favour of provincial jurisdiction over the Project and a provincial environmental assessment under the Agreement, relies on several heads of power under the *Constitution Act, 1867*: public lands (s. 92(5)), local works and undertakings (s. 92(10)), property and civil rights (s. 92(13)), matters of a merely local or private nature (s. 92(16)), and non-renewable natural resources in the province (s. 92A).

[124] The nature of the Project — the development of a vanadium mine — falls under the province's jurisdiction over either local works and undertakings, property and civil rights in the province, or non-renewable natural resources in the province. However, the Project's impact on fish habitat engages federal jurisdiction. The question, then, is whether the nature of the Project or its impact is what determines which assessment should be conducted.

[125] In our view, the answer to this question turns on the interpretation of the Agreement. The status of the Agreement as both a constitutional document that protects rights and a supra-legislative intergovernmental agreement must remain at the forefront of this Court's analysis. Consideration must also be

sur l'environnement a été confirmée sur le fondement de la dimension nationale du pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement conféré à l'art. 91 (*R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401) et de la compétence en droit criminel attribuée au par. 91(27) (*R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213).

[122] Dans la présente affaire, le procureur général du Canada invoque la compétence fédérale sur les pêcheries (par. 91(12)) et les remarques incidentes de la Cour dans l'arrêt *Oldman* pour justifier l'assujettissement du projet à la compétence fédérale. Sur cette base, il conclut à l'application des dispositions de la *Loi sur les pêches* relatives à l'octroi d'une autorisation, qui à leur tour assujettiraient le projet à la *LCÉE* et à l'évaluation environnementale qu'elle prévoit.

[123] Pour asseoir la compétence de la province sur le projet et justifier le recours au processus provincial d'évaluation environnementale prévu dans la Convention, le PGQ invoque plusieurs chefs de compétence énumérés dans la *Loi constitutionnelle de 1867* : les terres publiques (par. 92(5)), les travaux et entreprises d'une nature locale (par. 92(10)), la propriété et les droits civils (par. 92(13)), les matières d'une nature purement locale ou privée (par. 92(16)) et les ressources naturelles non renouvelables de la province (art. 92A).

[124] La nature du projet — l'exploitation d'une mine de vanadium — relève de la compétence conférée aux provinces en matière de travaux et entreprises d'une nature locale, de propriété et droits civils dans la province ou de ressources naturelles non renouvelables de la province. Toutefois, les répercussions du projet sur l'habitat du poisson font intervenir la compétence fédérale. Il convient donc de décider si la nature du projet ou ses répercussions déterminent la procédure d'évaluation environnementale applicable.

[125] À notre avis, la réponse découle de l'interprétation de la Convention. Le fait que la Convention constitue à la fois un document constitutionnel protégeant des droits et une entente intergouvernementale à caractère supralégislatif doit demeurer au premier plan de notre analyse. Il convient

given to the circumstances in which the Agreement was signed to ensure that the analysis is consistent with the intent and goals of all the parties.

C. *Interpretation and Application of the Agreement*

(1) Review of the Agreement's Environmental Assessment Process and Context

[126] Before we turn to the substantive provisions of the Agreement that are directly in issue in this appeal, it will be helpful to begin with a brief overview of the environmental assessment scheme contemplated in the Agreement. The relevant part of the Agreement is a central aspect of the intergovernmental nature of the James Bay Agreement. Well before the *CEAA* was adopted, the federal and provincial governments agreed with the First Nations parties to establish what all the parties intended at the time to be a comprehensive scheme for the assessment of land development projects. Section 22 establishes the environmental and social protection regime applicable in the Territory (s. 22.2.1), which is designed to minimize the negative environmental and social impact of development on the Territory's Aboriginal inhabitants and wildlife while at the same time recognizing Quebec's right to develop the Territory. Section 22.2.4 sets out a number of guiding principles to which each government must give due consideration in exercising its authority under Section 22. Those principles focus overwhelmingly on protecting Aboriginal hunting, fishing and trapping rights, minimizing the environmental and social impact on Aboriginal inhabitants, and promoting the involvement of the Cree in the decision-making process. The overarching purpose of Section 22 is to ensure the participation of and consultation with Aboriginal peoples at all stages of the environmental assessment process while promoting an efficient process: a single environmental assessment is the rule, duplication the exception.

également de tenir compte des circonstances dans lesquelles la Convention a été signée pour s'assurer que l'analyse respecte l'intention et les objectifs de toutes les parties.

C. *Interprétation et application de la Convention*

(1) Examen du processus d'évaluation environnementale prévu par la Convention et contexte

[126] Avant d'examiner les dispositions substantielles de la Convention que vise directement le pourvoi, il nous sera utile d'exposer brièvement le contenu du régime d'évaluation environnementale établi par la Convention. Le volet applicable de la Convention représente l'un des principaux éléments qui déterminent la nature intergouvernementale de celle-ci. Bien avant l'adoption de la *LCÉE*, les gouvernements fédéral et provincial avaient convenu avec les Premières Nations d'établir ce qui, pour toutes les parties à la Convention, devait alors constituer un régime complet d'évaluation des projets de mise en valeur des terres. Le chapitre 22 établit le régime de protection de l'environnement et du milieu social applicable dans le Territoire (art. 22.2.1). Ce régime vise à réduire le plus possible les répercussions indésirables du développement sur la population autochtone et sur les ressources fauniques, tout en reconnaissant le droit du Québec de développer le Territoire. L'article 22.2.4 énonce des principes directeurs auxquels chacun des gouvernements doit accorder une attention particulière dans l'exercice de la compétence que lui confère le chapitre 22. Ces principes directeurs touchent essentiellement la protection des droits de chasse, de pêche et de piégeage des Autochtones, la réduction des répercussions sur l'environnement et le milieu social pour la population autochtone et la participation des Cris au processus décisionnel. Le chapitre 22 attache une importance particulière à la garantie de la participation et de la consultation des peuples autochtones à toutes les étapes du processus d'évaluation environnementale. Il privilégie cependant l'efficacité en faisant de l'évaluation unique la règle, et le double examen l'exception.

[127] Section 22 also sets out in detail the procedure to be followed in the environmental impact process itself. The Agreement lists projects that are automatically subject to an assessment (s. 22.5.1) and projects that are not subject to one (s. 22.5.2). Section 22.3.1 creates an Advisory Committee that is responsible for reviewing and overseeing the administration and management of the environmental and social protection regime; its members include representatives from all three levels of government.

[128] The proponent of a development project must submit preliminary information to the appropriate Administrator (s. 22.5.11), whose identity depends on which government has jurisdiction over the project (s. 22.1.1). This information is then transmitted to the appropriate Evaluating Committee (s. 22.5.12). The Evaluating Committee studies the project and makes recommendations to the Administrator concerning the proper scope of an environmental assessment (s. 22.5.14). The membership of the Evaluating Committee is set out in s. 22.5.6, and voting rights depend on which government has jurisdiction over the project. The Administrator then considers the Evaluating Committee's recommendations and decides whether to proceed with a review and an assessment (ss. 22.5.4 and 22.5.14). When necessary, the Administrator may give instructions or make recommendations to the proponent with respect to the environmental assessment (s. 22.5.15).

[129] The project's proponent then prepares an impact statement in accordance with Schedule 3 to Section 22 and must specifically and meaningfully address the project's impact on the Cree populations potentially affected by it (s. 22.6.8). The impact statement is submitted to the Administrator, who transmits it to the appropriate review body (s. 22.6.10). The review body that will have jurisdiction over the project depends on which government is responsible for the project (ss. 22.6.1 and 22.6.4). Importantly, there is one review body only. It transmits the impact statement to the Cree Regional Authority (s. 22.6.11), which may then make representations to the applicable review body (s. 22.6.12). The review body has the ultimate

[127] Le chapitre 22 énonce aussi en détail la procédure à suivre pour l'examen des répercussions environnementales. Ainsi, la Convention énumère les projets qui sont automatiquement assujettis au processus d'évaluation (art. 22.5.1), et ceux qui y échappent (art. 22.5.2). De plus, l'art. 22.3.1 crée un comité consultatif — composé notamment de représentants des trois paliers de gouvernement — appelé à étudier et à surveiller l'administration et la gestion du régime de protection de l'environnement et du milieu social.

[128] Le promoteur d'un projet de développement fournit les renseignements préliminaires (art. 22.5.11) à l'administrateur, dont l'identité dépend du palier de gouvernement ayant compétence sur le projet (art. 22.1.1). Ces renseignements sont ensuite transmis au comité d'évaluation compétent (art. 22.5.12). Le comité d'évaluation étudie le projet et fait des recommandations à l'administrateur sur la portée de l'évaluation environnementale (art. 22.5.14). La composition du comité est précisée à l'art. 22.5.6, et les droits de vote de membres dépendent de l'identité du palier de gouvernement ayant compétence à l'égard du projet. L'administrateur examine ensuite les recommandations et décide si le projet doit faire l'objet d'un processus d'examen et d'évaluation (art. 22.5.4 et 22.5.14). Le cas échéant, il donne des instructions au promoteur ou lui fait des recommandations sur le déroulement de l'évaluation environnementale (art. 22.5.15).

[129] Par la suite, le promoteur prépare un rapport sur les répercussions conformément à l'annexe 3 du chapitre 22. Il doit y traiter précisément et concrètement des répercussions du projet sur la population crie susceptible d'être touchée (art. 22.6.8). Le rapport est remis à l'administrateur, qui le transmet au comité d'examen — provincial ou fédéral, selon le cas (art. 22.6.10). L'identité du comité d'examen compétent dépend également du palier de gouvernement dont relève le projet (art. 22.6.1 et 22.6.4). Fait important, un seul comité d'examen a compétence. Il transmet le rapport sur les répercussions à l'Administration régionale crie (art. 22.6.11), qui peut ensuite communiquer son avis au comité d'examen compétent (art. 22.6.12). Finalement, le comité

authority to recommend whether the project should proceed and, if so, under what terms and conditions (s. 22.6.13).

[130] As is clear from this overview, although an environmental assessment focuses on the impact of the particular project, which assessment procedure applies to the project depends on the nature of the project. Which Administrator is responsible for a project depends on whether the project falls within federal or provincial jurisdiction (s. 22.1.1). In the cases of the Advisory Committee, Evaluating Committee and review bodies established by Section 22, a number of factors relating to their composition and administration also depend on whether the project falls within “exclusive” federal or provincial jurisdiction (ss. 22.3.4 and 22.5.7). Most significantly, when the project is ultimately referred to a review body pursuant to either s. 22.6.1 or s. 22.6.4, the membership of that body is limited to representatives of the Cree Regional Authority and of the government with jurisdiction over the project. In other words, if the project falls under provincial jurisdiction, the review body will have no representation from the federal government, and vice versa.

(2) Application

[131] It is in this context that we must interpret the provision of Section 22 that is central to the disposition of this appeal. At issue is whether this provision is determinative of the assessment process, as would have been the case prior to the enactment of the *CEAA*, or whether the enactment of the *CEAA* changed the nature of the constitutional ordering established by the Agreement. For ease of reference, we will reproduce s. 22.6.7 in its entirety:

22.6.7 The Federal Government, the Provincial Government and the Cree Regional Authority may by mutual agreement combine the two (2) impact review bodies provided for in this Section and in particular paragraphs 22.6.1 and 22.6.4 provided that such combination shall be without prejudice to the rights and guarantees in favour of the Crees established by and in accordance with this Section.

d’examen recommande d’autoriser ou non le projet et, s’il l’autorise, à quelles conditions (art. 22.6.13).

[130] Il ressort de cet aperçu que, même si l’évaluation environnementale met l’accent sur les répercussions du projet en cause, le choix du processus d’examen dépend de la nature du projet lui-même. L’identité de l’administrateur responsable tient au caractère provincial ou fédéral de la compétence à laquelle ressortit le projet (art. 22.1.1). Par ailleurs, un certain nombre de particularités relatives à la composition et à l’administration du comité consultatif et des comités d’évaluation et d’examen créés au chapitre 22 dépendent aussi de l’assujettissement du projet à la compétence « exclusive » fédérale ou provinciale (art. 22.3.4 et 22.5.7). Autre facteur plus important encore, lorsque le projet est finalement soumis à un comité d’examen en application de l’art. 22.6.1 ou de l’art. 22.6.4, ce comité se compose seulement de représentants de l’Administration régionale crie et de représentants du gouvernement ayant compétence sur le projet. En d’autres termes, lorsque le projet relève de la compétence provinciale, le comité d’examen ne compte aucun représentant du gouvernement fédéral, et vice versa.

(2) Application

[131] C’est dans ce contexte qu’il faut interpréter la disposition du chapitre 22 dont l’interprétation joue donc un rôle décisif pour l’issue du pourvoi. Il faut examiner si cette disposition détermine le processus d’évaluation requis comme c’était le cas avant l’adoption de la *LCÉE* ou si celle-ci a modifié la nature de l’ordonnancement constitutionnel établi par la Convention. Pour faciliter sa consultation, nous reproduisons intégralement l’art. 22.6.7 :

22.6.7 Le Canada, le Québec et l’Administration régionale crie peuvent, de consentement mutuel, fusionner les deux comités d’examen prévus au présent chapitre, et plus particulièrement aux alinéas 22.6.1 et 22.6.4, pourvu que cette fusion ne porte pas atteinte aux droits et aux garanties établis en faveur des Cris par le présent chapitre.

Notwithstanding the above, a project shall not be submitted to more than one (1) impact assessment and review procedure unless such project falls within the jurisdictions of both Québec and Canada or unless such project is located in part in the Territory and in part elsewhere where an impact review process is required. [Emphasis added.]

Section 22.6.7 thus creates two exceptions to the general rule that a development project will be subject to only one environmental assessment process: where the project itself falls within the jurisdictions of both the federal and provincial governments, and where the project is located partly in the Territory and partly in an area outside the Territory where an environmental assessment is required. The question is whether, because the impact of the Project on fish habitat — a matter of federal jurisdiction — brings it “within the jurisdictions of both Québec and Canada”, the first exception applies to override the general rule of only one assessment.

[132] Those arguing that the answer to this question is yes also rely on s. 22.7.5, which reads as follows:

22.7.5 Nothing in the present Section shall be construed as imposing an impact assessment review procedure by the Federal Government unless required by Federal law or regulation. However, this shall not operate to preclude Federal requirement for an additional Federal impact review process as a condition of Federal funding of any development project.

There is no suggestion that the Project has received any federal funding to which an environmental assessment could be attached as a condition. If it had received such funding, the federal government would be perfectly entitled to require an additional environmental assessment. Whether an additional federal assessment of the Project is required by s. 22.7.5 therefore depends on the interpretation of that provision's first sentence. But that sentence says nothing more than that Section 22 does not impose any obligations on the federal government

Nonobstant les dispositions précédentes, un projet ne peut être soumis à plus d'un processus d'évaluation et d'examen des répercussions à moins que ledit projet relève à la fois de la compétence du Canada et du Québec ou à moins que le projet se trouve en partie dans le Territoire et en partie ailleurs où un processus d'évaluation et d'examen des répercussions est requis. [Nous soulignons.]

Cet article crée ainsi deux exceptions à la règle générale selon laquelle un projet de développement ne peut être soumis à plus d'un processus d'évaluation environnementale : lorsque le projet relève à la fois de la compétence fédérale et de la compétence provinciale et lorsque le projet se trouve en partie dans le Territoire et en partie à l'extérieur de celui-ci, à un endroit où une évaluation environnementale est exigée. Il faut donc décider si, en raison des répercussions du projet sur l'habitat du poisson, un domaine de compétence fédérale, le projet « relève à la fois de la compétence du Canada et du Québec », et si la première exception prévaut sur la règle générale.

[132] Les partisans d'une réponse affirmative à la question invoquent également l'art. 22.7.5 :

22.7.5 Rien dans le présent chapitre ne doit être interprété comme imposant un processus d'évaluation et d'examen des répercussions par le gouvernement fédéral à moins qu'une loi ou qu'un règlement fédéral l'exige. Cependant, [cela] n'a pas pour effet d'empêcher le Canada d'exiger un processus additionnel fédéral d'évaluation et d'examen des répercussions comme condition de financement par le Canada d'un projet de développement.

Aucun élément ne donne à penser que le projet a déjà fait l'objet d'un financement fédéral conditionné à une évaluation environnementale. Si tel était le cas, le gouvernement fédéral aurait parfaitement le droit d'exiger une évaluation supplémentaire. L'interprétation de sa première phrase permettra de déterminer si l'art. 22.7.5 exige une évaluation fédérale en plus de l'évaluation provinciale. Or, cette phrase se borne à énoncer que le chapitre 22 n'impose au gouvernement fédéral que les obligations découlant habituellement d'une loi

other than those ordinarily required by general federal law or regulation. In view of the parties' express intention that the Agreement constitute a comprehensive governance scheme for the entire Territory, that there be no other government assessment process, that there be no parallel process in the Agreement itself, that it provide for only one environmental assessment as the general rule, and that it be paramount over all other laws of general application that are inconsistent with it, s. 22.7.5 cannot be interpreted as triggering a separate federal environmental assessment of the Project under the *CEAA*. To agree that the *CEAA* should prevail over the specific provisions of the Agreement would be to subvert the constitutional ordering established and intended by the parties to the Agreement.

[133] Section 22.7.5 must be understood for what it really is: a transitional provision. Indeed, it is significant that this provision is found in s. 22.7, which is entitled "Final Provisions", and more specifically among the transitional provisions set out in ss. 22.7.5 to 22.7.9. Section 22.7.6 explicitly sets out time requirements and ss. 22.7.8 and 22.7.9 deal with the effects of the transitional provisions. The effect of s. 22.7.5 is that there was to be no federal assessment process until the implementing statute came into force, at which time the one provided for in the Agreement would be established. If s. 22.7.5 were read as a permanent provision, it would literally say that the federal assessment process under the Agreement will never be applicable and that only a process provided for in other federal legislation will be. As discussed, the Agreement explicitly provides that it is without force of law until legislation, both federal and provincial, is enacted to enforce it. A mechanism was needed to address the application of the law during the period between the signing of the Agreement and its coming into force. As provincial legislation concerning the environment was in force at that time, s. 22.7.7 provided that it would apply in the interim. This could not be the case at the federal level, however, because there was as yet no federal environmental legislation in force. Section 22.7.5 was therefore included in order to fill this potential legal vacuum, and it would apply to environmental matters until

ou d'un règlement fédéral. En raison de l'intention expresse des parties que la Convention constitue un régime complet de gouvernance du Territoire en entier, qu'il n'y ait pas d'autre processus gouvernemental d'évaluation ni quelque processus parallèle prévu par la Convention elle-même, que la Convention établisse une règle générale selon laquelle une seule évaluation environnementale a lieu et qu'elle l'emporte sur toute autre loi d'application générale incompatible, on ne saurait interpréter l'art. 22.7.5 comme autorisant une évaluation environnementale fédérale distincte sur le fondement de la *LCÉE*. La reconnaissance de la primauté de la *LCÉE* sur les dispositions précises de la Convention ne respecte pas l'ordonnement constitutionnel établi et voulu par les parties à la Convention.

[133] L'article 22.7.5 doit être compris pour ce qu'il est vraiment : une disposition transitoire. En effet, ce n'est pas pour rien qu'il se trouve dans la section 22.7 intitulée « Dispositions finales » et, plus précisément, parmi les dispositions transitoires que sont les art. 22.7.5 à 22.7.9. L'article 22.7.6 prévoit expressément un délai, et les art. 22.7.8 et 22.7.9 portent sur les effets des dispositions transitoires. L'article 22.7.5 devait faire en sorte qu'il n'y ait pas de processus fédéral d'évaluation avant que la loi de mise en œuvre ne soit promulguée et que le processus prévu par la Convention ne soit alors établi. Si cet article était une disposition permanente, il ferait littéralement en sorte que le processus fédéral d'évaluation prévu par la Convention ne s'applique jamais et que seule la procédure d'évaluation prescrite par une autre loi fédérale s'applique. La Convention prévoit expressément, rappelons-le, qu'elle n'a pas force de loi tant que les lois fédérale et québécoise de mise en œuvre ne sont pas promulguées. Un mécanisme était nécessaire pour déterminer le droit applicable entre la signature de la Convention et sa mise en œuvre. Étant donné qu'une loi québécoise sur la protection de l'environnement existait alors, l'art. 22.7.7 prévoyait qu'elle s'appliquait dans l'intervalle. Ce ne pouvait cependant pas être le cas à l'échelon fédéral, car il n'y avait pas encore de dispositions fédérales sur l'environnement. L'article 22.7.5 a donc été inclus pour combler cet éventuel vide

the coming into force of the authorizing legislation. As a result, during the transitional period, the Agreement would not require the federal government to conduct an evaluation process that was not otherwise required under existing federal law. However, the parties judged it necessary to further specify that the federal government was entitled, as a condition of federal funding for any development project, to require an environmental assessment on a purely administrative basis.

[134] The issue, then, is whether the more general exception in s. 22.6.7 applies in this case. More specifically, it must be determined whether the Project is a project “within the jurisdictions of both Québec and Canada” for the purpose of triggering a separate assessment process. From this perspective, it is clear that Section 22, when read as a whole, provides that it is the constitutional jurisdiction applicable to the *nature* of a project that determines which environmental assessment is to be conducted. The Project falls within exclusive provincial jurisdiction and therefore does not fall within both federal and provincial jurisdiction, which means that the exception to the general rule in s. 22.6.7 does not apply. More fundamentally, nothing in the language of Section 22 supports the conclusion that a project’s impact can trigger a second environmental review process where the project itself falls within the jurisdiction of one government and it has effects that fall within that of the other government.

[135] If we were to accept the argument that a project’s impact could trigger a separate environmental review process, the consequence would be to turn the exception into the rule. Such a conclusion would directly contradict the clear intention of the parties. The approach taken by our colleague Binnie J. is inconsistent with the spirit of the Agreement, and perhaps even with its words. He focuses on the fact that a federal permit is issued only after the assessment process under the Agreement has been completed. However, because of the environmental assessment under the *CEAA* that necessarily accompanies the permit-issuing process, the

juridique et il ne devait s’appliquer en matière environnementale que jusqu’à la promulgation des lois approuvant la Convention. Par conséquent, pendant la période transitoire, la Convention n’obligeait pas le gouvernement fédéral à entreprendre un processus d’évaluation que le droit fédéral existant n’exigeait pas par ailleurs. Toutefois, les parties ont jugé nécessaire d’apporter une précision supplémentaire selon laquelle le gouvernement fédéral pouvait, sur une base purement administrative, subordonner le financement d’un projet à une évaluation environnementale.

[134] Il faut alors déterminer si l’exception plus générale prévue à l’art. 22.6.7 s’applique en l’espèce, c’est-à-dire si le projet relève « à la fois de la compétence du Canada et du Québec » aux fins du déclenchement d’un processus d’évaluation distinct. Dans cette optique, il ressort du chapitre 22, considéré dans son ensemble, que c’est la compétence dont relève constitutionnellement la *nature* du projet qui détermine l’évaluation environnementale requise. Le projet ressortit à la compétence exclusive provinciale. Par conséquent, il n’appartient pas à la fois à la compétence du Canada et à celle de la province de façon à emporter l’application de l’exception à la règle générale prévue à l’art. 22.6.7. Mais surtout, le libellé du chapitre 22 n’étaye aucunement la conclusion selon laquelle les répercussions d’un projet peuvent justifier une deuxième évaluation environnementale lorsque le projet lui-même appartient à la compétence d’un gouvernement et que ses répercussions relèvent des pouvoirs d’un autre.

[135] Faire droit à la prétention que les répercussions d’un projet peuvent déclencher un processus d’évaluation environnementale distinct revient à faire de l’exception la règle. Pareille conclusion contredit l’intention claire des parties. L’approche de notre collègue le juge Binnie ne respecte ni l’esprit de la Convention ni sa lettre. Elle est fondée sur le fait qu’une autorisation fédérale n’est accordée qu’au terme du processus d’évaluation prévu par la Convention. Puisque la procédure d’octroi d’une autorisation en vertu de la *LCÉE* s’accompagne nécessairement d’une évaluation environnementale, le projet ferait alors l’objet d’une seconde

Project would then be subject to a second environmental assessment process, contrary to the express terms of the Agreement.

[136] The signatories to the Agreement were extremely careful to distinguish between projects within federal jurisdiction and those within provincial jurisdiction. The general rule is that there is to be only one environmental assessment and that which one is to be conducted depends on the jurisdiction within which the project itself falls; and there are only two narrow exceptions to this rule. Moreover, in the limited circumstances in which two assessments are required, the Agreement clearly states that the assessments may be combined only with the mutual consent of the parties (s. 22.6.7). If this Court were to find that jurisdiction for environmental assessment purposes depends on both the nature and the impact of a project, the distinctions the parties were so careful to draw would become meaningless. The parties drew these distinctions for a reason, and the Court ought to give effect to them.

[137] A further, related reason exists for concluding that a project's impact cannot trigger a separate environmental assessment process. The Agreement concerns Aboriginal peoples and their territory as well as the environment. The first of these matters is within the exclusive jurisdiction of the federal government, while the second falls within shared provincial and federal jurisdiction. Therefore, *any* proposed project falling within provincial jurisdiction will necessarily have an effect on a federal head of power. If two environmental assessment processes were required every time a project had an effect on either of these two matters, the exception of more than one process would become the rule. Décarý J.A. in fact recognized this in *Eastmain Band*:

[B]y definition, therefore, any development project has implications in at least one area of federal jurisdiction, that is, Indians and lands reserved for the Indians (*Constitution Act, 1867*, subsection 91(24)), and almost certainly in an area of shared jurisdiction, that is, the environment. Furthermore, it is self-evident that any development project in Quebec will have an impact

évaluation, ce qui contredit le libellé exprès de la Convention.

[136] Les signataires de la Convention ont pris grand soin d'établir une distinction entre les projets qui relèvent respectivement de la compétence fédérale et de celle de la province. La règle générale veut qu'une seule évaluation environnementale ait lieu, selon la compétence dont relève le projet, sous réserve seulement de deux exceptions bien précises. En outre, il ressort du texte de la Convention que, dans les rares cas où deux évaluations sont exigées, le double examen ne peut avoir lieu qu'avec le consentement mutuel des parties (art. 22.6.7). Si notre Cour devait conclure que le régime d'évaluation environnementale applicable dépend de la compétence à laquelle ressortissent non seulement la nature du projet, mais aussi ses répercussions, elle priverait de toute raison d'être les distinctions que les parties ont pris la peine d'établir. Les parties n'ont pas fait ces distinctions sans raison, notre Cour doit en tenir compte.

[137] Une autre raison connexe permet de conclure que les répercussions du projet ne peuvent justifier une évaluation environnementale distincte. La Convention touche les peuples autochtones et leur territoire, ainsi que l'environnement. Le premier élément relève de la compétence exclusive du gouvernement fédéral, alors que le second ressortit à la compétence concurrente des provinces et du gouvernement fédéral. Par conséquent, *tout* projet éventuel de compétence provinciale aura nécessairement des répercussions sur un chef de compétence fédérale. Si deux processus d'évaluation environnementale s'imposaient chaque fois qu'un projet a des répercussions sur l'un ou l'autre de ces deux sujets, l'exception permettant plus d'un processus deviendrait la règle. Le juge Décarý le reconnaît dans l'arrêt *Bande d'Eastmain* :

[P]ar définition, donc, tout projet de développement a des implications dans au moins un domaine de compétence fédérale, soit les Indiens et les terres réservées aux Indiens (*Loi constitutionnelle de 1867*, paragraphe 91(24)), et, à peu près certainement, dans un domaine de compétence partagée, soit l'environnement. Il va de soi, par ailleurs, que tout projet de développement

on areas of provincial jurisdiction, such as natural resources (92A) [as enacted by the *Constitution Act, 1982*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44, s. 50], public lands, timber and wood (92(5)), local works and undertakings (92(10)) and matters of a purely local or private nature in the province (92(16)). The parties to the Agreement did not take so much care in distinguishing between the respective roles of each government only to arrive at a solution which gives each of them equal decision-making power over every project, and automatically creates an overlap and a total impasse, the moment one government authorizes a project and the other does not. [pp. 527-28]

[138] The provisions of Section 22, and the objectives and principles that underlie the Agreement as a whole, lead to the conclusion that the Project is subject to a provincial environmental assessment only. The Agreement, which is of course both a s. 35 treaty and an intergovernmental agreement that was made binding by way of statutory implementation, involves no inappropriate delegation of jurisdiction or legislative authority. A plain reading of the Agreement against the backdrop of the circumstances and context in which it was negotiated, drafted, signed and given statutory authorization indicates that it was intended to establish a comprehensive and exhaustive scheme for the governance and management of the Territory and that it is paramount over all other federal and provincial laws of general application to the extent of any inconsistency. It cannot be altered or modified without the consent of all the signatories.

[139] It is also important to stress that Section 22 explicitly addresses the role and participatory rights of the Cree in the environmental assessment process. They have both a substantive and a procedural role at each and every stage of that process. All the section's provisions in combination ensure the continued participation of the Territory's Aboriginal inhabitants in the management, control and regulation of development in the Territory. Finally, the Agreement must now be unequivocally understood as a constitutional document that protects rights. Its status is thus not simply supra-legislative.

en territoire québécois aura des répercussions sur des domaines de compétence provinciale, tels les ressources naturelles (92A [édicte par la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 44, art. 50]), les terres publiques, bois et forêts (92(5)), les travaux et entreprises d'une nature locale (92(10)) et les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province (92(16)). Les parties à la Convention n'ont pas mis tant de soins à distinguer les rôles respectifs de chacun des gouvernements, pour en arriver à une solution qui donne à chacun d'eux un pouvoir égal de décision à l'égard de chaque projet et mène tout droit à un chevauchement systématique et à l'impasse totale pour peu qu'un gouvernement autorise un projet, et l'autre pas. [p. 527-528]

[138] Les dispositions du chapitre 22, ainsi que les objectifs et principes qui sous-tendent la Convention dans son ensemble, mènent à la conclusion que le projet n'est assujéti qu'à une seule évaluation environnementale. La Convention, qui constitue évidemment un traité aux fins de l'art. 35 et une entente intergouvernementale ayant acquis sa force obligatoire par voie de mise en œuvre législative, ne comporte aucune délégation irrégulière de la compétence ou du pouvoir législatif. Il appert de son texte clair, au regard des circonstances et du contexte de sa négociation, de sa rédaction, de sa signature et de son approbation législative, qu'elle visait à établir un régime complet et détaillé de gouvernance et de gestion du Territoire et qu'elle prime toute autre loi fédérale ou provinciale d'application générale dans la mesure de l'incompatibilité. Elle ne peut être modifiée sans le consentement de tous les signataires.

[139] Il importe également de souligner que le chapitre 22 traite expressément du rôle des Cris dans le processus d'évaluation environnementale et de leurs droits de participation à celui-ci. Les Cris jouent un rôle tant substantiel que procédural à chacune des étapes du processus. Les dispositions interagissent entre elles pour assurer la participation continue de la population autochtone à la gestion, à la maîtrise et à la réglementation du développement dans le Territoire. Enfin, la Convention doit désormais être considérée d'emblée comme un document constitutionnel protégeant des droits. Elle n'a donc pas seulement une valeur supralégislative.

[140] A reading of Section 22 as a whole indicates that it is the nature of the project that triggers the applicable environmental assessment process and that the general rule is that there is to be only one assessment process. The Project falls within provincial jurisdiction, which means that there is no basis for setting up a joint review body. The federal process under the *CEAA*, which does not provide for either substantive or procedural participation by the Cree, is inconsistent with the provisions of the Agreement and cannot apply.

[141] The *CEAA* was enacted after the Agreement had been signed and implemented by statute. It is clear from the Agreement and its authorizing legislation that neither party can unilaterally modify its terms. In light of the constitutional normative hierarchy, the *CEAA* cannot prevail to impose a parallel process in addition to the ones provided for in the Agreement. Any other interpretation would mean that the federal government can unilaterally alter what was intended to be a comprehensive, multilateral scheme. The federal government is therefore prohibited from effectively and unilaterally modifying the procedure established by the Agreement, or derogating from the rights provided for in the Agreement, by purporting to attach conditions based on external legislation of general application.

[142] The practical effect of this interpretation is that, if the Minister determines that a permit must be issued under the *Fisheries Act*, the Minister must issue one on the basis of the environmental processes established by the Agreement and cannot insist that an additional environmental process be undertaken pursuant to the *CEAA*. The environmental review process under the James Bay Agreement is paramount.

V. Conclusion

[143] For these reasons, we would allow the appeal, restore the judgment of the Quebec Superior Court and declare that the Project is subject to the provincial environmental process set out in the Agreement. There will be no order as to costs.

[140] Il appert du chapitre 22, considéré dans son ensemble, que la nature du projet détermine le processus d'évaluation environnementale applicable et que la règle générale veut qu'un seul processus soit engagé. Le projet relevant de la compétence provinciale, rien ne justifie la mise sur pied d'un organisme d'examen conjoint. Par ailleurs, le processus fédéral que prévoit la *LCÉE*, qui ne permet aucune participation substantielle ou procédurale des Cris, est incompatible avec le texte de la Convention et ne saurait s'appliquer.

[141] La *LCÉE* a été adoptée après la signature de la Convention et sa mise en œuvre par voie législative. La Convention et les lois qui l'approuvent indiquent clairement que ni l'une ni l'autre des parties ne peuvent la modifier unilatéralement. En raison de la hiérarchie des normes admise par la Constitution, la *LCÉE* ne peut prévaloir de manière à imposer un processus d'évaluation parallèle en sus de celui prévu par la Convention. Toute interprétation différente signifierait que le gouvernement fédéral pourrait modifier unilatéralement ce qui devait être un régime multilatéral complet. Le gouvernement fédéral ne peut donc pas agir unilatéralement pour modifier dans les faits le processus prévu dans la Convention. Il ne peut non plus déroger aux droits qui y sont accordés en imposant des conditions fondées sur une loi externe d'application générale.

[142] L'effet pratique de cette interprétation est le suivant. Si le ministre décide qu'une autorisation est requise par la *Loi sur les pêches*, il doit l'accorder sur le fondement des processus environnementaux établis par la Convention. Toutefois, il ne peut exiger qu'une autre évaluation environnementale soit entreprise en application de la *LCÉE*. Le processus d'examen des répercussions environnementales prévu dans la Convention prédomine.

V. Conclusion

[143] Pour ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, de rétablir le jugement de la Cour supérieure du Québec et de déclarer que le projet est assujéti au processus provincial d'évaluation environnementale établi dans la Convention. Aucuns dépens ne sont adjugés.

APPENDIX

Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14

34. (1) For the purposes of sections 35 to 43,

. . .

“fish habitat” means spawning grounds and nursery, rearing, food supply and migration areas on which fish depend directly or indirectly in order to carry out their life processes;

. . .

35. (1) No person shall carry on any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat.

(2) No person contravenes subsection (1) by causing the alteration, disruption or destruction of fish habitat by any means or under any conditions authorized by the Minister or under regulations made by the Governor in Council under this Act.

Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37

5. (1) [Projects requiring environmental assessment] An environmental assessment of a project is required before a federal authority exercises one of the following powers or performs one of the following duties or functions in respect of a project, namely, where a federal authority

. . .

(d) under a provision prescribed pursuant to paragraph 59(f), issues a permit or licence, grants an approval or takes any other action for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part.

14. [Environmental assessment process] The environmental assessment process includes, where applicable,

(a) a screening or comprehensive study and the preparation of a screening report or a comprehensive study report;

(b) a mediation or assessment by a review panel as provided in section 29 and the preparation of a report; and

ANNEXE

Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14

34. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent aux articles 35 à 43.

. . .

« habitat du poisson » Frayères, aires d'alevinage, de croissance et d'alimentation et routes migratoires dont dépend, directement ou indirectement, la survie des poissons.

. . .

35. (1) Il est interdit d'exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux personnes qui détériorent, détruisent ou perturbent l'habitat du poisson avec des moyens ou dans des circonstances autorisés par le ministre ou conformes aux règlements pris par le gouverneur en conseil en application de la présente loi.

Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37

5. (1) [Projets visés] L'évaluation environnementale d'un projet est effectuée avant l'exercice d'une des attributions suivantes :

. . .

d) une autorité fédérale, aux termes d'une disposition prévue par règlement pris en vertu de l'alinéa 59f), délivre un permis ou une licence, donne toute autorisation ou prend toute mesure en vue de permettre la mise en œuvre du projet en tout ou en partie.

14. [Processus d'évaluation environnementale] Le processus d'évaluation environnementale d'un projet comporte, selon le cas :

a) un examen préalable ou une étude approfondie et l'établissement d'un rapport d'examen préalable ou d'un rapport d'étude approfondie;

b) une médiation ou un examen par une commission prévu à l'article 29 et l'établissement d'un rapport;

(c) the design and implementation of a follow-up program.

16. (1) [Factors to be considered] Every screening or comprehensive study of a project and every mediation or assessment by a review panel shall include a consideration of the following factors:

(a) the environmental effects of the project, including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the project and any cumulative environmental effects that are likely to result from the project in combination with other projects or activities that have been or will be carried out;

(b) the significance of the effects referred to in paragraph (a);

(c) comments from the public that are received in accordance with this Act and the regulations;

(d) measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects of the project; and

(e) any other matter relevant to the screening, comprehensive study, mediation or assessment by a review panel, such as the need for the project and alternatives to the project, that the responsible authority or, except in the case of a screening, the Minister after consulting with the responsible authority, may require to be considered.

(2) In addition to the factors set out in subsection (1), every comprehensive study of a project and every mediation or assessment by a review panel shall include a consideration of the following factors:

(a) the purpose of the project;

(b) alternative means of carrying out the project that are technically and economically feasible and the environmental effects of any such alternative means;

(c) the need for, and the requirements of, any follow-up program in respect of the project; and

(d) the capacity of renewable resources that are likely to be significantly affected by the project to meet the needs of the present and those of the future.

(3) The scope of the factors to be taken into consideration pursuant to paragraphs (1)(a), (b) and (d) and (2)(b), (c) and (d) shall be determined

c) l'élaboration et l'application d'un programme de suivi.

16. (1) [Éléments à examiner] L'examen préalable, l'étude approfondie, la médiation ou l'examen par une commission d'un projet portent notamment sur les éléments suivants :

a) les effets environnementaux du projet, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en résulter, et les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à l'existence d'autres ouvrages ou à la réalisation d'autres projets ou activités, est susceptible de causer à l'environnement;

b) l'importance des effets visés à l'alinéa a);

c) les observations du public à cet égard, reçues conformément à la présente loi et aux règlements;

d) les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux importants du projet;

e) tout autre élément utile à l'examen préalable, à l'étude approfondie, à la médiation ou à l'examen par une commission, notamment la nécessité du projet et ses solutions de rechange, — dont l'autorité responsable ou, sauf dans le cas d'un examen préalable, le ministre, après consultation de celle-ci, peut exiger la prise en compte.

(2) L'étude approfondie d'un projet et l'évaluation environnementale qui fait l'objet d'une médiation ou d'un examen par une commission portent également sur les éléments suivants :

a) les raisons d'être du projet;

b) les solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique, et leurs effets environnementaux;

c) la nécessité d'un programme de suivi du projet, ainsi que ses modalités;

d) la capacité des ressources renouvelables, risquant d'être touchées de façon importante par le projet, de répondre aux besoins du présent et à ceux des générations futures.

(3) L'évaluation de la portée des éléments visés aux alinéas (1)a), b) et d) et (2)b), c) et d) incombe :

- (a) by the responsible authority; or
- (b) where a project is referred to a mediator or a review panel, by the Minister, after consulting the responsible authority, when fixing the terms of reference of the mediation or review panel.

(4) An environmental assessment of a project is not required to include a consideration of the environmental effects that could result from carrying out the project in response to a national emergency for which special temporary measures are taken under the *Emergencies Act*.

16.1 [Community knowledge and aboriginal traditional knowledge] Community knowledge and aboriginal traditional knowledge may be considered in conducting an environmental assessment.

Joint Review Panels

40. (1) [Definition of “jurisdiction”] For the purposes of this section and sections 41 and 42, “jurisdiction” includes

. . . .

- (d) any body established pursuant to a land claims agreement referred to in section 35 of the *Constitution Act, 1982* and having powers, duties or functions in relation to an assessment of the environmental effects of a project;

. . . .

42. [Deemed substitution] Where the Minister establishes a review panel jointly with a jurisdiction referred to in subsection 40(1), the assessment conducted by that panel shall be deemed to satisfy any requirements of this Act and the regulations respecting assessments by a review panel.

Public Hearing by a Federal Authority

43. (1) [Substitute for review panel] Where the referral of a project to a review panel is required or permitted by this Act and the Minister is of the opinion that a process for assessing the environmental effects of projects that is followed by a federal authority under an Act of Parliament other than this Act or by a body referred to in paragraph 40(1)(d) would be an appropriate substitute, the Minister may approve the substitution of that process for an environmental assessment by a review panel under this Act.

. . . .

- a) à l'autorité responsable;
- b) au ministre, après consultation de l'autorité responsable, lors de la détermination du mandat du médiateur ou de la commission d'examen.

(4) L'évaluation environnementale d'un projet n'a pas à porter sur les effets environnementaux que sa réalisation peut entraîner en réaction à des situations de crise nationale pour lesquelles des mesures d'intervention sont prises aux termes de la *Loi sur les mesures d'urgence*.

16.1 [Connaissances des collectivités et connaissances traditionnelles autochtones] Les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles autochtones peuvent être prises en compte pour l'évaluation environnementale d'un projet.

Examen conjoint

40. (1) [Définition d'« instance »] Pour l'application du présent article et des articles 41 et 42, « instance » s'entend notamment :

. . . .

- d) de tout organisme, constitué aux termes d'un accord sur des revendications territoriales visé à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ayant des attributions relatives à l'évaluation des effets environnementaux d'un projet;

. . . .

42. [Examen réputé conforme] Dans le cas où le ministre constitue la commission visée au paragraphe 40(1), l'examen effectué par celle-ci est réputé satisfaire aux exigences de la présente loi et des règlements en matière d'évaluation environnementale effectuée par une commission.

Audience publique par une autorité fédérale

43. (1) [Substitution] Dans le cas où la présente loi lui permet de demander un examen par une commission ou l'y oblige, et s'il estime que le processus d'évaluation des effets environnementaux suivi par une autorité fédérale sous le régime d'une autre loi fédérale ou par un organisme visé à l'alinéa 40(1)d) serait indiqué dans les circonstances, le ministre peut autoriser la substitution de ce processus d'évaluation à l'examen.

. . . .

44. [Conditions] The Minister shall not approve a substitution pursuant to subsection 43(1) unless the Minister is satisfied that

- (a) the process to be substituted will include a consideration of the factors required to be considered under subsections 16(1) and (2);
- (b) the public will be given an opportunity to participate in the assessment;
- (c) at the end of the assessment, a report will be submitted to the Minister;
- (d) the report will be published; and
- (e) any criteria established pursuant to paragraph 58(1)(g) are met.

Appeal dismissed with costs, LEBEL, DESCHAMPS, ABELLA and CHARRON JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondents Grand Chief Dr. Ted Moses, the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee) and the Cree Regional Authority: Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Solicitor for the respondents the Attorney General of Canada, the Honourable David Anderson, in his capacity as Minister of Environment, and the Canadian Environmental Assessment Agency: Department of Justice, Ottawa.

Solicitors for the respondent Lac Doré Mining Inc.: Lavery, de Billy, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado, Winnipeg.

44. [Conditions] Le ministre ne peut autoriser la substitution que s'il est convaincu que les conditions suivantes sont réunies :

- a) l'évaluation à effectuer portera entre autres sur les éléments dont la prise en compte est exigée en vertu des paragraphes 16(1) et (2);
- b) le public aura la possibilité de participer au processus d'évaluation;
- c) dès l'achèvement de l'évaluation, un rapport lui sera présenté;
- d) le rapport sera publié;
- e) il a été satisfait aux critères fixés aux termes de l'alinéa 58(1)g.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LEBEL, DESCHAMPS, ABELLA et CHARRON sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs des intimés Grand Chef Ted Moses, le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et l'Administration régionale crie : Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Procureur des intimés le procureur général du Canada, l'honorable David Anderson, en sa qualité de ministre de l'Environnement, et l'Agence canadienne d'évaluation environnementale : Ministère de la Justice, Ottawa.

Procureurs de l'intimée Lac Doré Mining Inc. : Lavery, de Billy, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Pitblado, Winnipeg.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:

**Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5**

En cas de non-livraison, retourner à :

**Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5**

**Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>**

**En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>**



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2010 Vol. 1

and Tables

**Cited as [2010] 1 S.C.R. { i-lviii
637-898**

3^e cahier, 2010 Vol. 1

et Tables

**Renvoi [2010] 1 R.C.S. { i-lviii
637-898**

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 / Registrare de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registrare adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiŕiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	Legal Counsel / Conseillers juridiques KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
VALÉRIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	TIMOTHY WILSON

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

STEPHEN BALOGH	Jurilinguists / Jurilinguistes MARIE-LUC SIMONEAU	ROSALIE TO-THANH-HIEN CLAIRE VALLÉE
MARIE RODRIGUE		

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques NANCY MCCAUGHAN	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE DELORME	PAULINE MCTAVISH	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Motions	v
Table of Judgments	xvii
Table of Cases Cited	xxi
Statutes and Regulations Cited.....	xlix
Treaties and Other International Instruments	1
Authors Cited.....	liii
Index	883

Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association 815

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Access to information — Exemptions — Minister refusing to disclose records relating to murder case, claiming exemptions under s. 14 (law enforcement) and s. 19 (solicitor-client privilege) of Ontario Freedom of Information and Protection of Privacy Act — Whether s. 23 of Act violates guarantee of freedom of expression by failing to extend “public interest” balancing to exemptions found in ss. 14 and 19 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 14, 19, 23.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Scope — Access to government held information — Whether freedom of expression protects access to information — If so, in what circumstances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Access to information — Access to records — Exemptions — Minister refusing to disclose records relating to murder case, claiming exemptions under freedom of information legislation — Whether constitutional guarantee of freedom of expression protects access to information — If so, in what circumstances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 14, 19, 23.

R. v. Conway 765

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Accused not criminally responsible by reason of mental disorder detained in mental health facility — Accused alleging violations of his constitutional rights and seeking absolute discharge as remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Accused also seeking as remedy order directing mental health facility to provide him with particular treatment — Whether Review Board has jurisdiction to grant remedies under s. 24(1) of Charter — If so,

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges.....	iii
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xix
Table de la jurisprudence.....	xxxv
Lois et règlements cités	li
Traités et autres instruments internationaux	lii
Doctrine citée	liii
Index	891

Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association 815

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Accès à l'information — Exceptions — Refus du ministre de divulguer des documents relatifs à une cause pour meurtre, invoquant les exceptions prévues à l'art. 14 (exécution de la loi) et à l'art. 19 (secret professionnel de l'avocat) de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée de l'Ontario — L'article 23 de la Loi porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression parce qu'il n'étend pas l'exercice de mise en balance fondé sur « l'intérêt public » aux exceptions figurant aux art. 14 et 19? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14, 19, 23.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Portée — Accès aux renseignements détenus par le gouvernement — La liberté d'expression protège-t-elle l'accès à l'information? — Si oui, dans quelles circonstances? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Accès à l'information — Accès à des documents — Exceptions — Refus du ministre de divulguer des documents relatifs à une cause pour meurtre, invoquant des exceptions prévues par la loi sur l'accès à l'information — Le droit à la liberté d'expression garanti par la Constitution protège-t-il l'accès à l'information? — Si oui, dans quelles circonstances? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14, 19, 23.

R. c. Conway 765

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Accusé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux détenu dans un établissement de santé mentale — Accusé ayant allégué la violation de ses droits constitutionnels et demandé sa libération inconditionnelle en guise de réparation fondée sur l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Accusé ayant également demandé, à titre de réparation, qu'il soit ordonné à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

whether accused entitled to remedies sought — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.54, 672.55.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Court of competent jurisdiction — Remedial jurisdiction of administrative tribunals under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — New approach.

Criminal law — Mental disorder — Review Board — Remedial jurisdiction under Canadian Charter of Rights and Freedoms — Accused not criminally responsible by reason of mental disorder detained in mental health facility — Accused alleging violations of his constitutional rights and seeking absolute discharge as remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms at his disposition hearing before Review Board — Board concluding accused was a threat to public safety and not entitled to absolute discharge under Criminal Code — Whether Review Board has jurisdiction to grant absolute discharge as remedy under s. 24(1) of Charter — If so, whether accused entitled to remedy sought — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54.

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Remedial jurisdiction of administrative tribunals under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — New approach.

R. v. Hurley 637

Criminal law — Charge to jury — Sufficiency of Vetrovec warning — Jailhouse informant testifying for Crown on critical aspect of its murder case against accused — Trial judge warning jury to be extremely cautious in accepting witness's evidence because of his previous convictions and drug dependency and advising them that it was "unsafe" and "dangerous" to rely on his testimony absent other supporting evidence — Warning not informing jury that witness was jailhouse informant facing charges and aware of reward offered for information about killing — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge's Vetrovec warning adequate.

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Accused seeking to adduce new evidence before Supreme Court of Canada — New evidence coming from additional police forensic testing and DNA analysis after Court of Appeal set aside accused's conviction and ordered new trial — Whether new evidence should be admitted — Whether new evidence, when taken with other evidence adduced at trial, could reasonably be expected to have affected the result.

R. v. Nolet 851

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Warrantless searches conducted in conjunction with random roadside stop — Police officer finding regulatory violations after random stop of truck of accused and

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'établissement de santé mentale de lui offrir un traitement en particulier — La commission d'examen a-t-elle compétence pour accorder des réparations en application de l'art. 24(1) de la Charte? — Dans l'affirmative, l'accusé a-t-il droit aux réparations demandées? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54, 672.55.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Tribunal compétent — Pouvoir de réparation des tribunaux administratifs suivant l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Nouvelle démarche.

Droit criminel — Troubles mentaux — Commission d'examen — Pouvoir de réparation suivant la Charte canadienne des droits et libertés — Accusé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux détenu dans un établissement de santé mentale — Accusé ayant allégué la violation de ses droits constitutionnels et demandé sa libération inconditionnelle en guise de réparation fondée sur l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés lors de l'audience tenue par la commission d'examen — Commission d'examen concluant que l'accusé mettrait en péril la sécurité du public et n'a pas droit à la libération inconditionnelle suivant le Code criminel — La commission d'examen avait-elle le pouvoir d'accorder la libération inconditionnelle à titre de réparation fondée sur l'art. 24(1) de la Charte? — Dans l'affirmative, l'accusé avait-il droit à la réparation demandée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Pouvoir de réparation des tribunaux administratifs suivant l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Nouvelle démarche.

R. c. Hurley 637

Droit criminel — Exposé au jury — Caractère adéquat de la mise en garde de type Vetrovec — Dénonciateur sous garde ayant témoigné sur un aspect capital de la thèse de meurtre plaidée par le ministère public contre l'accusé — Directives du juge du procès aux jurés leur conseillant de faire montre d'une très grande prudence avant d'accepter la déposition du témoin vu les condamnations antérieures de ce dernier et la pharmacodépendance dont il souffrait et les prévenant qu'il était « risqué » et « dangereux » d'ajouter foi à son témoignage, à moins qu'il ne soit corroboré par d'autres éléments de preuve — Mise en garde ne précisant pas au jury que le témoin était un dénonciateur sous garde qui faisait l'objet d'accusations et savait qu'une récompense était offerte pour des renseignements concernant le meurtre — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — La mise en garde de type Vetrovec faite par le juge du procès était-elle adéquate?

Droit criminel — Preuve — Nouvel élément de preuve — Accusé sollicitant l'autorisation de produire des éléments

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

discovering large amount of cash bundled in small bills during search of truck cab while looking for truck's documents — Accused subsequently arrested for possession of proceeds of crime — Search of truck trailer two hours after arrest revealing hidden compartment with large quantity of marijuana — Additional documentation relevant to provincial offences discovered next day during inventory search of truck cab — Whether truck stopped for legitimate highway purposes — Whether "predominant purpose" test is applicable to invalidate regulatory search when police look in truck cab expecting to find evidence of criminal activity as well as contraventions of commercial trucking regulations — Whether police had reasonable and probable grounds to arrest accused — Whether long-haul truckers have reasonable expectation of privacy in truck cab — Whether searches of truck infringed constitutional rights of accused to be secure against unreasonable search and seizure — If so, whether evidence gathered during these searches should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2) — The Highways and Transportation Act, 1997, S.S. 1997, c. H-3.01, s. 63(5)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Random roadside stops — Whether random stop of truck of accused by police related to legitimate highway purposes — Whether random stop infringed constitutional rights of accused not to be arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 — The Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1, s. 40.

Police — Powers — Search powers — Warrantless searches conducted in conjunction with random roadside stop — Police officer finding regulatory violations after random stop of truck of accused and discovering large amount of cash bundled in small bills during search of truck cab while looking for truck's documents — Accused subsequently arrested for possession of proceeds of crime — Search of truck trailer two hours after arrest revealed large quantity of marijuana in hidden compartment — Additional documentation relevant to provincial regulatory offences discovered next day during inventory search of truck cab — Whether police search powers exercised in manner that infringed right of accused to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. S.G.T. 688

Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions rule — Derived confessions rule — Accused's stepdaughter telling school counsellor that accused had touched her in sexually inappropriate manner — Accused apologizing to his stepdaughter in statement to police — Accused charged with sexual assault — Accused subsequently sending e-mail to former wife consenting to her travelling abroad with children — E-mail including second apology to

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de preuve supplémentaires devant la Cour suprême du Canada — Éléments de preuve supplémentaires provenant de nouvelles analyses criminalistiques et génétiques effectuées par la police après que la Cour d'appel eut annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès — Convient-il d'accepter les éléments de preuve supplémentaires? — Peut-on raisonnablement penser que, conjugués aux autres éléments produits au procès, les éléments de preuve supplémentaires auraient influé sur le résultat?

R. c. Nolet 851

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille et saisie — Fouilles effectuées sans mandat lors d'un contrôle routier aléatoire — Après l'interception aléatoire du camion des accusés, policier constatant des infractions aux règlements et découvrant des liasses d'argent liquide en petites coupures au cours de la fouille de la cabine du camion effectuée en vue de trouver des documents relatifs au transport routier — Accusés arrêtés subséquemment pour possession de produits de la criminalité — Fouille de la remorque effectuée deux heures après l'arrestation révélant un compartiment caché renfermant une grande quantité de marijuana — Découverte, le lendemain, d'autres documents pertinents à des infractions provinciales lors d'une fouille de la cabine du camion effectuée à des fins d'inventaire — Le camion a-t-il été intercepté à des fins légitimes liées à la circulation routière? — Le critère de « l'objectif prédominant » a-t-il pour effet d'invalider une fouille fondée sur l'application de la réglementation lorsque le policier regarde dans la cabine du camion et s'attend à y trouver des éléments de preuve d'activités criminelles ainsi que de contraventions aux règlements sur le transport routier commercial? — Le policier avait-il des motifs raisonnables et probables d'arrêter les accusés? — Les camionneurs qui font de longs trajets ont-ils, dans la cabine du camion, une attente raisonnable en matière de vie privée? — En fouillant le camion, la police a-t-elle violé les droits constitutionnels des accusés à la protection contre les fouilles et les saisies abusives? — Le cas échéant, les éléments de preuve recueillis lors de ces fouilles doivent-ils être exclus? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2) — The Highways and Transportation Act, 1997, S.S. 1997, ch. H-3.01, art. 63(5)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Contrôles routiers aléatoires — L'interception au hasard du camion des accusés par la police était-elle reliée à des objectifs légitimes relevant de la réglementation routière? — L'interception au hasard était-elle contraire aux droits constitutionnels des accusés à la protection contre la détention arbitraire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 — The Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1, art. 40.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

whether accused entitled to remedies sought — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.54, 672.55.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Court of competent jurisdiction — Remedial jurisdiction of administrative tribunals under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — New approach.

Criminal law — Mental disorder — Review Board — Remedial jurisdiction under Canadian Charter of Rights and Freedoms — Accused not criminally responsible by reason of mental disorder detained in mental health facility — Accused alleging violations of his constitutional rights and seeking absolute discharge as remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms at his disposition hearing before Review Board — Board concluding accused was a threat to public safety and not entitled to absolute discharge under Criminal Code — Whether Review Board has jurisdiction to grant absolute discharge as remedy under s. 24(1) of Charter — If so, whether accused entitled to remedy sought — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54.

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Remedial jurisdiction of administrative tribunals under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — New approach.

R. v. Hurley 637

Criminal law — Charge to jury — Sufficiency of Vetrovec warning — Jailhouse informant testifying for Crown on critical aspect of its murder case against accused — Trial judge warning jury to be extremely cautious in accepting witness's evidence because of his previous convictions and drug dependency and advising them that it was "unsafe" and "dangerous" to rely on his testimony absent other supporting evidence — Warning not informing jury that witness was jailhouse informant facing charges and aware of reward offered for information about killing — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge's Vetrovec warning adequate.

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Accused seeking to adduce new evidence before Supreme Court of Canada — New evidence coming from additional police forensic testing and DNA analysis after Court of Appeal set aside accused's conviction and ordered new trial — Whether new evidence should be admitted — Whether new evidence, when taken with other evidence adduced at trial, could reasonably be expected to have affected the result.

R. v. Nolet 851

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Warrantless searches conducted in conjunction with random roadside stop — Police officer finding regulatory violations after random stop of truck of accused and

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'établissement de santé mentale de lui offrir un traitement en particulier — La commission d'examen a-t-elle compétence pour accorder des réparations en application de l'art. 24(1) de la Charte? — Dans l'affirmative, l'accusé a-t-il droit aux réparations demandées? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54, 672.55.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Tribunal compétent — Pouvoir de réparation des tribunaux administratifs suivant l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Nouvelle démarche.

Droit criminel — Troubles mentaux — Commission d'examen — Pouvoir de réparation suivant la Charte canadienne des droits et libertés — Accusé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux détenu dans un établissement de santé mentale — Accusé ayant allégué la violation de ses droits constitutionnels et demandé sa libération inconditionnelle en guise de réparation fondée sur l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés lors de l'audience tenue par la commission d'examen — Commission d'examen concluant que l'accusé mettrait en péril la sécurité du public et n'a pas droit à la libération inconditionnelle suivant le Code criminel — La commission d'examen avait-elle le pouvoir d'accorder la libération inconditionnelle à titre de réparation fondée sur l'art. 24(1) de la Charte? — Dans l'affirmative, l'accusé avait-il droit à la réparation demandée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Pouvoir de réparation des tribunaux administratifs suivant l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Nouvelle démarche.

R. c. Hurley 637

Droit criminel — Exposé au jury — Caractère adéquat de la mise en garde de type Vetrovec — Dénonciateur sous garde ayant témoigné sur un aspect capital de la thèse de meurtre plaidée par le ministère public contre l'accusé — Directives du juge du procès aux jurés leur conseillant de faire montre d'une très grande prudence avant d'accepter la déposition du témoin vu les condamnations antérieures de ce dernier et la pharmacodépendance dont il souffrait et les prévenant qu'il était « risqué » et « dangereux » d'ajouter foi à son témoignage, à moins qu'il ne soit corroboré par d'autres éléments de preuve — Mise en garde ne précisant pas au jury que le témoin était un dénonciateur sous garde qui faisait l'objet d'accusations et savait qu'une récompense était offerte pour des renseignements concernant le meurtre — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — La mise en garde de type Vetrovec faite par le juge du procès était-elle adéquate?

Droit criminel — Preuve — Nouvel élément de preuve — Accusé sollicitant l'autorisation de produire des éléments

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

discovering large amount of cash bundled in small bills during search of truck cab while looking for truck's documents — Accused subsequently arrested for possession of proceeds of crime — Search of truck trailer two hours after arrest revealing hidden compartment with large quantity of marijuana — Additional documentation relevant to provincial offences discovered next day during inventory search of truck cab — Whether truck stopped for legitimate highway purposes — Whether "predominant purpose" test is applicable to invalidate regulatory search when police look in truck cab expecting to find evidence of criminal activity as well as contraventions of commercial trucking regulations — Whether police had reasonable and probable grounds to arrest accused — Whether long-haul truckers have reasonable expectation of privacy in truck cab — Whether searches of truck infringed constitutional rights of accused to be secure against unreasonable search and seizure — If so, whether evidence gathered during these searches should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2) — The Highways and Transportation Act, 1997, S.S. 1997, c. H-3.01, s. 63(5)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Random roadside stops — Whether random stop of truck of accused by police related to legitimate highway purposes — Whether random stop infringed constitutional rights of accused not to be arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 — The Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1, s. 40.

Police — Powers — Search powers — Warrantless searches conducted in conjunction with random roadside stop — Police officer finding regulatory violations after random stop of truck of accused and discovering large amount of cash bundled in small bills during search of truck cab while looking for truck's documents — Accused subsequently arrested for possession of proceeds of crime — Search of truck trailer two hours after arrest revealed large quantity of marijuana in hidden compartment — Additional documentation relevant to provincial regulatory offences discovered next day during inventory search of truck cab — Whether police search powers exercised in manner that infringed right of accused to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. S.G.T. 688

Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions rule — Derived confessions rule — Accused's stepdaughter telling school counsellor that accused had touched her in sexually inappropriate manner — Accused apologizing to his stepdaughter in statement to police — Accused charged with sexual assault — Accused subsequently sending e-mail to former wife consenting to her travelling abroad with children — E-mail including second apology to

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de preuve supplémentaires devant la Cour suprême du Canada — Éléments de preuve supplémentaires provenant de nouvelles analyses criminalistiques et génétiques effectuées par la police après que la Cour d'appel eut annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès — Convient-il d'accepter les éléments de preuve supplémentaires? — Peut-on raisonnablement penser que, conjugués aux autres éléments produits au procès, les éléments de preuve supplémentaires auraient influé sur le résultat?

R. c. Nolet 851

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille et saisie — Fouilles effectuées sans mandat lors d'un contrôle routier aléatoire — Après l'interception aléatoire du camion des accusés, policier constatant des infractions aux règlements et découvrant des liasses d'argent liquide en petites coupures au cours de la fouille de la cabine du camion effectuée en vue de trouver des documents relatifs au transport routier — Accusés arrêtés subséquentement pour possession de produits de la criminalité — Fouille de la remorque effectuée deux heures après l'arrestation révélant un compartiment caché renfermant une grande quantité de marijuana — Découverte, le lendemain, d'autres documents pertinents à des infractions provinciales lors d'une fouille de la cabine du camion effectuée à des fins d'inventaire — Le camion a-t-il été intercepté à des fins légitimes liées à la circulation routière? — Le critère de « l'objectif prédominant » a-t-il pour effet d'invalider une fouille fondée sur l'application de la réglementation lorsque le policier regarde dans la cabine du camion et s'attend à y trouver des éléments de preuve d'activités criminelles ainsi que de contraventions aux règlements sur le transport routier commercial? — Le policier avait-il des motifs raisonnables et probables d'arrêter les accusés? — Les camionneurs qui font de longs trajets ont-ils, dans la cabine du camion, une attente raisonnable en matière de vie privée? — En fouillant le camion, la police a-t-elle violé les droits constitutionnels des accusés à la protection contre les fouilles et les saisies abusives? — Le cas échéant, les éléments de preuve recueillis lors de ces fouilles doivent-ils être exclus? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2) — The Highways and Transportation Act, 1997, S.S. 1997, ch. H-3.01, art. 63(5)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Contrôles routiers aléatoires — L'interception au hasard du camion des accusés par la police était-elle reliée à des objectifs légitimes relevant de la réglementation routière? — L'interception au hasard était-elle contraire aux droits constitutionnels des accusés à la protection contre la détention arbitraire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 — The Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1, art. 40.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

stepdaughter — Trial judge ruling after voir dire that statement to police was inadmissible because police officer had offered inducement by implying that accused would not be charged if he apologized — Contents of e-mail, admitted in evidence without voir dire and without objection from defence counsel, playing crucial role in trial judge's decision to convict accused — Whether trial judge erred by failing to conduct voir dire, on his own motion, to determine admissibility of e-mail — Whether e-mail inadmissible under confessions or derived confessions rules — Whether former wife can be considered a "person in authority" under confessions rule.

Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada 721

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Reasonable limits — Publication ban — Media organizations challenging constitutionality of statutory mandatory publication ban on bail hearing information — Whether mandatory ban justifiable infringement of freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 517.

Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp. 649

Limitation of actions — Foreign arbitral award — Recognition and enforcement — Limitation period applicable to recognition and enforcement of foreign arbitration award in Alberta — Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, ss. 3, 11.

Arbitration — Foreign arbitral award — Recognition and enforcement — Whether placing time limit on recognition and enforcement proceedings violates Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award — Whether limitation periods fall under rubric "rules of procedure" under Convention — Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, Can. T.S. 1986 No. 43.

SOMMAIRE (Suite)

Police — Pouvoirs — Pouvoirs en matière de fouilles — Fouilles effectuées sans mandat lors d'un contrôle routier aléatoire — Après l'interception aléatoire du camion des accusés, policier constatant des infractions aux règlements et découvrant des liasses d'argent liquide en petites coupures au cours de la fouille de la cabine du camion effectuée en vue de trouver des documents relatifs au transport routier — Accusés arrêtés subséquemment pour possession de produits de la criminalité — Fouille de la remorque effectuée deux heures après l'arrestation révélant une grande quantité de marijuana dans un compartiment caché — Découverte, le lendemain, d'autres documents pertinents à des infractions aux règlements provinciaux lors d'une fouille de la cabine du camion effectuée à des fins d'inventaire — Les pouvoirs des policiers en matière de fouille ont-ils été exercés en violation du droit des accusés à la protection contre les fouilles et les saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. c. S.G.T. 688

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Règle des confessions — Règle des confessions dérivées — Belle-fille de l'accusé déclarant à la conseillère scolaire que celui-ci s'est livré à des attouchements sexuels sur elle — Accusé présentant des excuses à sa belle-fille dans une déclaration faite à la police — Accusé inculpé d'agression sexuelle — Accusé envoyant par la suite un courriel à son ancienne épouse dans lequel il consent à ce qu'elle voyage à l'étranger avec les enfants — Courriel comprenant un second message d'excuses destiné à la belle-fille — Décision du juge du procès après le voir-dire selon laquelle la déclaration à la police était inadmissible parce qu'il y avait eu incitation de la part du policier en ce qu'il avait laissé entendre à l'accusé qu'il ne serait pas inculpé s'il présentait ses excuses — Rôle crucial du contenu du courriel, admis en preuve sans voir-dire et sans objection de la part de l'avocat de la défense, dans la décision du juge de déclarer l'accusé coupable — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne tenant pas d'office un voir-dire pour déterminer l'admissibilité du courriel? — Le courriel est-il inadmissible selon la règle des confessions ou la règle des confessions dérivées? — L'ancienne épouse peut-elle être considérée comme étant une « personne en autorité » selon la règle des confessions?

Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada 721

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Limites raisonnables — Interdiction de publication — Médias contestant la constitutionnalité d'une interdiction impérative de publication prévue par la loi visant les renseignements produits lors d'une enquête sur remise en liberté provisoire — L'interdiction impérative constitue-t-elle une atteinte raisonnable à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 517.

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp. 649

Prescription des actions — Sentence arbitrale étrangère — Reconnaissance et exécution — Délai de prescription applicable à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères en Alberta — Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 3, 11.

Arbitrage— Sentence arbitrale étrangère— Reconnaissance et exécution — Le délai de prescription applicable à la demande de reconnaissance et d'exécution est-il contraire à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères? — Les délais de prescription sont-ils des « règles de procédure » au sens de la Convention? — Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, R.T. Can. 1986 n° 43.



2010 Volume 1

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALÉRIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN

Legal Counsel / Conseillers juridiques
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD

IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE MARIA TREMBLAY
TIMOTHY WILSON

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

STEPHEN BALOGH
MARIE RODRIGUE

Jurilinguists / Jurilinguistes
MARIE-LUC SIMONEAU

ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

Technical Revisors / Réviseurs techniques
NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes 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 WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUIS LeBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable LOUISE CHARRON

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUIS LeBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable LOUISE CHARRON

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to June 30, 2010 – 1 janvier au 30 juin 2010)

- 62 Bradley Road, Markham v. Attorney General of Ontario*, (Ont.), 33331, leave to appeal refused, 28.1.10, autorisation d'appel refusée.
- 3104-9364 Québec inc. c. Municipalité de Saint-Hilarion*, (Qc), 33561, leave to appeal refused with costs, 22.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9022-1672 Québec inc. c. Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales)*, (Qc), 33420, leave to appeal refused with costs, 18.2.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9119-7129 Québec inc. v. Syndicat des copropriétaires de l'Usine Mont-Royal*, (Que.), 33451, leave to appeal refused with costs, 4.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- AA Printing Inc. v. Pitney Bowes of Canada Ltd.*, (Ont.), 33453, leave to appeal refused with costs, 11.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Abolins v. ACC Farmers' Financial*, (Ont.), 33644, leave to appeal refused with costs, 24.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Admassu v. Oladejo*, (Ont.), 33337, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Admassu v. Peekaboo Child Care Centre*, (Ont.), 33403, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Admassu v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33484, leave to appeal refused, 18.2.10, autorisation d'appel refusée.
- Agritron inc. c. Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec*, (Qc), 33517, leave to appeal refused, 4.3.10, autorisation d'appel refusée.
- Agropur Coopérative c. Conseil des industriels laitiers du Québec*, (Qc), 33531, leave to appeal refused with costs, 8.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- AlanRidge Homes Ltd. v. Lamb*, (Alta.), 33477, leave to appeal refused with costs, 29.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Alberta Union of Provincial Employees v. Health Sciences Assn. of Alberta*, (Alta.), 33373, leave to appeal refused with costs, 11.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Alexis v. P.C. Darnley, Badge no: 7909*, (Ont.), 33560, leave to appeal refused with costs, 29.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Amber Contracting Ltd. v. Halifax Regional Municipality*, (N.S.), 33468, leave to appeal refused with costs, 8.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Andrews v. Attorney General of Canada*, (N.L.), 33584, leave to appeal refused with costs, 20.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Anstar Enterprises Ltd. v. Transamerica Life Canada*, (Alta.), 33431, leave to appeal refused with costs, 25.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Anton c. DMR*, (Qc), 33617, leave to appeal refused with costs, 27.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Apotex Inc. v. ADIR*, (F.C.), 33357, leave to appeal refused with costs, 25.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Merck Frosst Canada Ltd.*, (F.C.), 33312, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Arachchilage v. Arachchige*, (Ont.), 33596, leave to appeal refused with costs, 3.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- ARAM Systems Ltd. v. NovAtel Inc.*, (Alta.), 33351, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Arsenault v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33457, leave to appeal refused with costs, 8.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Arthrolab inc. c. Brunet*, (Qc), 33615, leave to appeal refused with costs, 10.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Association de la construction du Québec c. Conseil provincial du Québec des métiers de la construction (CPQMC-International)*, (Qc), 33434, leave to appeal refused with costs, 18.2.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of British Columbia v. Davies*, (B.C.), 33355, leave to appeal refused, 8.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Attorney General of Canada v. Mavi*, (Ont.), 33520, leave to appeal granted with costs in the cause, 22.4.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Attorney General of Canada v. PHS Community Services Society*, (B.C.) (Crim.), 33556, leave to appeal granted and leave to cross-appeal granted with costs, 24.6.10, autorisation d'appel accordée et autorisation d'appel incident accordée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. The Queen*, (B.C.), 33563, leave to appeal granted and leave to cross-appeal granted with costs in the cause, 20.5.10, autorisation d'appel accordée et autorisation d'appel incident accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Aurelius Capital Management v. Smurfit-Stone Container Canada Inc.*, (Ont.), 33665, leave to appeal refused with costs, 10.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Aurelius Capital Management v. Smurfit-Stone Container Canada Inc.*, (Ont.), 33666, leave to appeal refused with costs, 10.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Autorité des marchés financiers c. Lacroix*, (Qc) (Crim.), 33389, leave to appeal refused, 28.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Baldasaro v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33509, leave to appeal refused, 22.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Balogun v. The Queen*, (F.C.), 33595, leave to appeal refused with costs, 3.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Barbour v. University of British Columbia*, (B.C.), 33642, leave to appeal refused with costs, 24.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Baud v. 235 Grandravine Ltd.*, (Ont.), 33506, leave to appeal refused, 22.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Berendsen v. The Queen*, (Ont.), 33543, leave to appeal granted with costs in the cause, 20.5.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Bettencourt v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32721, leave to appeal refused, 3.6.10, autorisation d'appel refusée.
- Blanchet c. Chapados*, (Qc), 33634, leave to appeal refused, 17.6.10, autorisation d'appel refusée.
- Bohémier c. St-Onge*, (Qc), 33380, leave to appeal refused with costs, 14.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Boldt v. Law Society of Upper Canada*, (Ont.) (Crim.), 33573, leave to appeal refused with costs, 10.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bonner v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33456, leave to appeal refused, 4.3.10, autorisation d'appel refusée.
- Bouchard c. Corporation municipale de St-Félicien*, (Qc), 33498, leave to appeal refused, 25.3.10, autorisation d'appel refusée.
- Bourgeois v. Plante*, (P.E.I.), 33291, leave to appeal refused with costs, 14.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Braydon Investments Ltd. v. Abakhan & Associates Inc.*, (B.C.), 33545, leave to appeal refused with costs, 24.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Breeden v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33488, leave to appeal refused, 22.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Brown v. Keenan*, (N.B.), 33534, leave to appeal refused with costs, 15.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Brown v. National Capital Commission*, (F.C.), 33433, leave to appeal refused, 25.3.10, autorisation d'appel refusée.
- Buschau v. Rogers Communications Inc.*, (F.C.), 33404, leave to appeal refused, 8.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Byer v. CFCF Inc.*, (Que.), 33618, leave to appeal refused with costs, 24.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- C.R. c. L.H.*, (Qc), 33583, leave to appeal refused, 29.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Cable v. Ferguson*, (Alta.), 33444, leave to appeal refused with costs, 20.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Calgary Airport Authority v. Aercap Group Services Inc.*, (Alta.), 33432, leave to appeal refused with costs, 18.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canada Trustco Mortgage Co. v. The Queen*, (F.C.), 33422, leave to appeal granted with costs in the cause, 22.4.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Canadian Human Rights Commission v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33507, leave to appeal granted, 22.4.10, autorisation d'appel accordée.
- Canadian Union of Public Employees, Local 569 v. Human Rights Commission*, (N.L.), 33393, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canadian Wheat Board v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33334, leave to appeal refused with costs, 21.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cansanay v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 33318, leave to appeal refused, 14.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Caruth v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 33471, leave to appeal refused, 25.3.10, autorisation d'appel refusée.
- Castledowns Law Office Management Ltd. v. FastTrack Technologies Inc.*, (Alta.), 33224, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Celgene Corporation v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33579, leave to appeal granted with costs in the cause, 22.4.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Centre de santé et de services sociaux Domaine-du-Roy c. Syndicat national des employés de l'Hôtel-Dieu de Roberval (CSN)*, (Qc), 33505, leave to appeal refused with costs, 18.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cho v. Canada (Minister of Justice)*, (B.C.) (Crim.), 33428, leave to appeal refused, 25.3.10, autorisation d'appel refusée.
- Chohan v. Cadsky*, (Alta.), 33461, leave to appeal refused with costs, 22.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Chouinard c. Compagnie d'assurance ING du Canada*, (Qc), 33430, leave to appeal refused with costs, 18.2.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Christensen c. Archevêque catholique romain de Québec*, (Qc), 33360, leave to appeal granted with costs in the cause, 21.1.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- City of Calgary v. ATCO Gas and Pipelines Ltd.*, (Alta.), 33269, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- City of Winnipeg v. Manufacturers Life Insurance Co.*, (Man.), 33402, leave to appeal refused with costs, 8.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Clark v. Turpin*, (B.C.), 33533, leave to appeal refused, 29.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Clifford v. Ontario Municipal Employees Retirement System*, (Ont.), 33426, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Conseil central des syndicats nationaux du Saguenay/Lac St-Jean (CSN) c. Ministre du Revenu*, (C.F.), 33570, leave to appeal refused with costs, 22.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Contat c. General Motors du Canada Ltée*, (Qc), 33423, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cook c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33626, leave to appeal refused, 10.6.10, autorisation d'appel refusée.
- Cophorne Holdings Ltd. v. The Queen*, (F.C.), 33283, leave to appeal granted with costs in the cause, 28.1.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Courchesne c. Castiglia*, (Qc), 33537, leave to appeal refused with costs, 22.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Crawford v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33414, leave to appeal refused, 28.1.10, autorisation d'appel refusée.
- CRC-Evans Pipeline International, Inc. v. Autoweld Systems Ltd.*, (Alta.), 33487, leave to appeal refused with costs, 1.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Crocker v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33411, leave to appeal refused, 28.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Crookes v. Newton*, (B.C.), 33412, leave to appeal granted with costs in the cause, 1.4.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Cusson c. Procureur général du Canada*, (Qc) (Crim.), 33400, leave to appeal refused, 11.3.10, autorisation d'appel refusée.
- D.B. c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33547, leave to appeal refused, 17.6.10, autorisation d'appel refusée.
- David Thompson Health Region v. Penny, an infant, by his litigation guardian, Vicki Penny*, (N.S.), 33345, leave to appeal refused with costs, 25.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Davis v. British Methodist Episcopal Church*, (Ont.), 33571, leave to appeal refused with costs, 3.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Davitt v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 33552, leave to appeal refused with costs, 29.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- De Cotiis v. Davis & Co.*, (B.C.), 33574, leave to appeal refused with costs, 29.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- De Wolf v. Bell ExpressVu Inc.*, (Ont.) (Crim.), 33410, leave to appeal refused with costs, 25.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dell Canada Inc. v. Griffin*, (Ont.), 33588, leave to appeal refused with costs, 20.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Désy c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33349, leave to appeal refused, 28.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Ding v. The Queen*, (F.C.), 33585, leave to appeal refused with costs, 6.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Doré c. Bernard*, (Qc), 33594, leave to appeal granted with costs in the cause, 20.5.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Drake International Inc. c. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, (Qc), 33540, leave to appeal refused, 8.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Drakes v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33276, leave to appeal refused, 28.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Dunn v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33342, leave to appeal refused, 14.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Ebanks v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33603, leave to appeal refused, 24.6.10, autorisation d'appel refusée.
- Estate of Johanne Gidney v. Maddess*, (B.C.), 33587, leave to appeal refused with costs, 3.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ewing v. Ewing*, (Alta.), 33361, leave to appeal refused with costs, 14.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Farmers' Mutual Insurance Co. (Lindsay) v. Pinder*, (Ont.), 33538, leave to appeal refused with costs, 6.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fieldston Traders Ltd. v. Oakwell Engineering Ltd.*, (Ont.), 33354, leave to appeal refused with costs, 14.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- FMC Technologies Co. v. The Queen*, (F.C.), 33336, leave to appeal refused with costs, 14.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Forsythe v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 33577, leave to appeal refused, 24.6.10, autorisation d'appel refusée.
- Fourie c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, (Qc), 33398, leave to appeal refused with costs, 14.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fraternité des policiers et policières de la Ville de Québec c. Ville de Québec*, (Qc), 33597, leave to appeal refused with costs, 3.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Freeport Properties Ltd. v. Westnav Container Services Ltd.*, (B.C.), 33614, leave to appeal refused with costs, 24.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Friends of the Earth - Les Ami(e)s de la Terre v. Minister of the Environment*, (F.C.), 33469, leave to appeal refused with costs, 25.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fulton v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33292, leave to appeal refused, 18.2.10, autorisation d'appel refusée.
- G.M. c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33564, leave to appeal refused, 27.5.10, autorisation d'appel refusée.
- Gallos v. City of Toronto*, (Ont.), 33548, leave to appeal refused with costs, 15.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gaskin v. Canada Revenue Agency*, (F.C.), 33262, leave to appeal refused, 28.1.10, autorisation d'appel refusée.
- General Motors du Canada Ltée v. Billette*, (Que.), 33582, leave to appeal refused, 22.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Germaine v. Government of Yukon*, (Y.T.), 33310, leave to appeal refused with costs, 29.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gionet v. Attorney General of Nova Scotia*, (N.S.), 33572, leave to appeal refused with costs, 27.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Godin v. Structures Métropolitaines (SMI) inc.*, (Que.), 33496, leave to appeal refused with costs, 8.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Golden Flight Travel Ltd. v. Ministry of Consumer and Commercial Relations*, (Ont.), 33483, leave to appeal refused with costs, 1.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Greater Essex County District School Board v. Ontario Secondary School Teachers' Federation*, (Ont.), 33327, leave to appeal refused with costs, 21.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hall v. Picketts*, (B.C.), 33364, leave to appeal refused with costs, 11.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Harrison v. Information and Privacy Commissioner of British Columbia*, (B.C.), 33250, leave to appeal refused with costs, 14.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hawley v. North Shore Mercantile Corp.*, (Ont.), 33440, leave to appeal refused with costs, 22.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Houweling v. Topgro Greenhouses Ltd.*, (B.C.), 33504, leave to appeal refused, 22.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Hudson v. Attorney General of Canada*, (Sask.) (Crim.), 33406, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Huet v. Lynch*, (Alta.), 33371, leave to appeal refused with costs, 14.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hughes v. Brady*, (Alta.), 33284, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- I Trade Finance Inc. v. Bank of Montreal*, (Ont.), 33394, leave to appeal granted with costs in the cause, 1.4.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Immobilière Société d'évaluation conseil inc. c. Évaluations BTF inc.*, (Qc), 33447, leave to appeal refused with costs, 8.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Imperial Oil Resources Ltd. v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33539, leave to appeal refused with costs, 13.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Imperial Tobacco Canada Ltd. v. The Queen*, (N.B.), 33424, leave to appeal refused, 18.2.10, autorisation d'appel refusée.
- Infineon Technologies AG v. Pro-Sys Consultants Ltd.*, (B.C.), 33522, leave to appeal refused with costs, 3.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Information and Privacy Commissioner v. Alberta Teachers' Assn.*, (Alta.), 33620, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.6.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- International Longshore and Warehouse Union of Canada v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33363, leave to appeal refused with costs, 11.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J. Hudon Enterprises Ltd. v. The Queen*, (F.C.), 33629, leave to appeal refused with costs, 17.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J.W.W. v. S.S.L.*, (B.C.), 33621, notice of discontinuance filed, 26.5.10, avis de désistement produit.
- Jachimowicz v. Jachimowicz*, (N.S.), 33275, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jacobs Canada Inc. v. Iroquois Falls Power Corp.*, (Ont.), 33335, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jamal v. Ontario Public Service Employees Union*, (Ont.), 33384, leave to appeal refused with costs, 14.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jean v. Minister of Indian and Northern Affairs Canada*, (F.C.), 33586, leave to appeal refused with costs, 10.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jeremiah v. Toronto Police Services Board*, (Ont.), 33399, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- JP Morgan Chase Bank v. Universal Stainless & Alloys Inc.*, (Ont.), 33514, leave to appeal refused with costs, 22.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Karas v. Minister of Justice for Canada*, (B.C.), 32500, motion to quash the appeal allowed, 11.1.10, requête en cassation de pourvoi accueillie.
- Kennedy v. Leeds, Grenville and Lanark District Health Unit*, (Ont.), 33442, leave to appeal refused with costs, 15.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Keremelevski v. Royal Bank of Canada*, (B.C.), 33592, leave to appeal refused, 13.5.10, autorisation d'appel refusée.
- Keremelevski v. V.W.R. Capital Corp.*, (B.C.), 33527, leave to appeal refused, 29.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Khan v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 33497, leave to appeal refused with costs, 29.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Khan v. Ontario Labour Relations Board*, (Ont.), 33388, leave to appeal refused, 11.2.10, autorisation d'appel refusée.
- Klinck v. Klinck*, (Alta.), 33546, leave to appeal refused with costs, 22.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Krawczyk v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33549, leave to appeal refused, 13.5.10, autorisation d'appel refusée.
- Kumar v. Mastech Systems Corp.*, (Ont.), 33526, leave to appeal refused, 8.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Kumar v. Royal Bank of Canada*, (Ont.), 33475, leave to appeal refused with costs, 1.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kurdina v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 33569, leave to appeal refused with costs, 22.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- L.K. v. Minister of Social Services for Saskatchewan*, (Sask.), 33525, leave to appeal refused, 13.5.10, autorisation d'appel refusée.
- Lafontaine c. G 7 Développement inc.*, (Qc), 33387, leave to appeal refused, 14.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Langen dba The Kootenay Chronicle v. Reaburn*, (B.C.), 33490, leave to appeal refused with costs, 22.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Laniel c. Tessier*, (Qc), 33382, leave to appeal granted with costs in the cause, 21.1.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Laniel c. Tessier*, (Qc), 33382, notice of discontinuance filed, 11.5.10, avis de désistement produit.
- Laporte c. Institut Philippe-Pinel de Montréal*, (Qc), 33541, leave to appeal refused with costs, 8.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Laurent v. Fort McKay First Nation*, (F.C.), 33352, leave to appeal refused with costs, 14.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lavern Construction Co. Ltd. v. Corporation of the City of Timmins*, (Ont.), 33405, leave to appeal refused with costs, 4.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lax Kw'alaams Indian Band v. Attorney General of Canada*, (B.C.), 33581, leave to appeal granted with costs in the cause, 10.6.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Légère c. La Reine*, (N.-B.) (Crim.), 33329, leave to appeal refused, 11.3.10, autorisation d'appel refusée.
- Les Vergers Leahy inc. c. Fédération de l'UPA de Saint-Jean-Valleyfield*, (Qc), 33565, leave to appeal refused, 20.5.10, autorisation d'appel refusée.
- Lindsay v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33455, leave to appeal refused, 4.3.10, autorisation d'appel refusée.
- Little v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 33390, leave to appeal refused, 14.1.10, autorisation d'appel refusée.

- Lombard General Insurance Co. of Canada v. ING Insurance Co. of Canada*, (Ont.), 33356, leave to appeal refused with costs, 21.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lu v. Padeli*, (Ont.), 33624, leave to appeal refused with costs, 3.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ludmer v. Ludmer*, (Que.), 33348, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- M.B. c. Gamache*, (Qc), 33550, leave to appeal refused with costs, 8.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- M.M.B. v. B.P.B.*, (B.C.), 33503, leave to appeal refused with costs, 13.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Magas v. Monette*, (Ont.), 33215, leave to appeal refused with costs, 29.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mallette, s.e.n.c.r.l. c. Agri-Capital Drummond Inc.*, (Qc), 33392, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 11.2.10, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Manjra v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33324, leave to appeal refused, 28.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Maracle v. Maracle*, (Ont.), 33353, leave to appeal refused with costs, 14.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mastercraft Group Inc. v. Metropolitan Toronto Condominium Corp. No. 1250*, (Ont.), 33344, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, (F.C.), 33459, leave to appeal granted with costs in the cause, 1.4.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Matuschovsky v. Equifax Canada Inc.*, (Ont.), 33492, leave to appeal refused with costs, 1.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Maughan v. University of British Columbia*, (B.C.), 33495, leave to appeal refused with costs, 29.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mazhari c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33532, leave to appeal refused, 15.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Mazhero v. Government of Nunavut*, (NU), 33512, leave to appeal refused, 15.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Mazhero v. Government of Nunavut*, (NU), 33513, leave to appeal refused, 15.4.10, autorisation d'appel refusée.
- McIntyre v. The Queen*, (F.C.), 33425, leave to appeal refused with costs, 11.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mehan v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33472, leave to appeal refused with costs, 25.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mehan v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33478, leave to appeal refused with costs, 25.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ménard c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33616, leave to appeal refused, 17.6.10, autorisation d'appel refusée.
- Mennes v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33628, leave to appeal refused with costs, 24.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mennes v. The Queen*, (F.C.), 33612, leave to appeal refused with costs, 24.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Merck Frosst Canada Ltée c. Ministre de la Santé*, (C.F.), 33290, leave to appeal granted with costs in the cause, 21.1.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Merck Frosst Canada Ltée c. Ministre de la Santé*, (C.F.), 33320, leave to appeal granted with costs in the cause, 21.1.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Mervilus c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33521, leave to appeal refused, 25.3.10, autorisation d'appel refusée.

- Michaud c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33553, leave to appeal refused, 3.6.10, autorisation d'appel refusée.
- Miller v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 33369, leave to appeal refused, 14.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Moglica v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33591, leave to appeal refused with costs, 13.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mohamed v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33604, leave to appeal refused, 10.6.10, autorisation d'appel refusée.
- Morin v. Board of School Trustees of Regional Administrative Unit #3*, (P.E.I.), 33346, leave to appeal refused with costs, 4.2.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Morris v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 33567, leave to appeal refused with costs, 13.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- MTS Allstream Inc. v. Telus Communications Co.*, (Alta.), 33516, leave to appeal refused with costs, 29.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Municipalité de Saint-Pie c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, (Qc), 33566, leave to appeal refused, 20.5.10, autorisation d'appel refusée.
- Musoni v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33501, leave to appeal refused, 25.3.10, autorisation d'appel refusée.
- Napal v. Attorney General of Ontario*, (Ont.) (Crim.), 33544, leave to appeal refused with costs, 27.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. The Queen*, (N.L.), 33486, leave to appeal refused with costs, 25.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nguyen c. Migneault*, (Qc), 33601, leave to appeal refused, 6.5.10, autorisation d'appel refusée.
- Nicholas v. McCarthy Tetrault*, (Ont.), 33437, leave to appeal refused with costs, 18.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nichols v. Warner, Scarborough, Herman & Harvey*, (B.C.), 33326, leave to appeal refused, 28.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Nichols Gravel Ltd. v. The Queen*, (Ont.), 33418, leave to appeal refused with costs, 22.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nichols Gravel Ltd. v. The Queen*, (Ont.), 33419, leave to appeal refused with costs, 22.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nixon v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 33476, leave to appeal granted, 22.4.10, autorisation d'appel accordée.
- Normand c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33673, leave to appeal refused, 24.6.10, autorisation d'appel refusée.
- Orr v. Magna Entertainment Corp.*, (Ont.), 33510, leave to appeal refused with costs, 8.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ottenbrite v. State Farm Insurance Co.*, (Ont.), 33441, leave to appeal refused with costs, 1.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Paradis c. Beauvais*, (Qc), 33502, leave to appeal refused, 4.3.10, autorisation d'appel refusée.
- Park v. Palmer*, (B.C.), 33576, leave to appeal refused with costs, 13.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Paul v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33421, leave to appeal refused, 28.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Pearlman v. Insurance Corp. of British Columbia*, (B.C.), 33602, leave to appeal refused, 20.5.10, autorisation d'appel refusée.
- Pelletier Laplante c. Graphie 222 Inc.*, (Qc), 33473, leave to appeal refused, 25.3.10, autorisation d'appel refusée.
- Pitre v. Legroulx*, (Ont.), 33523, leave to appeal refused, 15.4.10, autorisation d'appel refusée.

- Pogan c. Laboratoires Charles River Services Précliniques Montréal inc.*, (Qc), 33518, leave to appeal refused, 24.6.10, autorisation d'appel refusée.
- Procureur général du Québec c. E.G.*, (Qc), 33465, leave to appeal refused with costs, 18.2.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Procureure générale du Québec c. Ministère des ressources humaines et développement social Canada*, (Qc), 33511, leave to appeal granted, 22.4.10, autorisation d'appel accordée.
- Propep inc. c. La Reine*, (C.F.), 33435, leave to appeal refused with costs, 11.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Provost c. Pavillon des Mille Fleurs inc.*, (Qc), 33379, leave to appeal refused, 14.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn.*, (F.C.), 33362, leave to appeal and cross-appeal refused, 14.1.10, autorisations d'appel et d'appel incident refusées.
- R. v. Bédard*, (Que.) (Crim.), 33367, leave to appeal refused, 21.1.10, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Beren*, (B.C.) (Crim.), 33071, leave to appeal refused and leave to cross-appeal quashed, 14.1.10, autorisation d'appel refusée et autorisation d'appel incident annulée.
- R. v. Collins*, (F.C.), 33599, leave to appeal refused with costs, 27.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Cunningham*, (Alta.), 33340, leave to appeal granted with costs in the cause, 11.3.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- R. v. Elder Advocates of Alberta Society*, (Alta.), 33551, leave to appeal granted with costs in the cause, 20.5.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, (B.C.), 33559, leave to appeal granted and leave to cross-appeal granted with costs in the cause, 20.5.10, autorisation d'appel accordée et autorisation d'appel incident accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- R. v. L.T.C.*, (N.L.) (Crim.), 33463, leave to appeal refused, 13.5.10, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Morneau*, (Qc) (Crim.), 33377, leave to appeal refused, 21.1.10, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Sinclair*, (Man.) (Crim.), 33359, leave to appeal granted, 1.4.10, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Topp*, (Ont.) (Crim.), 33529, leave to appeal granted, 17.6.10, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Western Forest Products Ltd.*, (B.C.), 33378, leave to appeal refused with costs, 11.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R.L.T.V. Investments Inc. v. Saskatchewan Telecommunications*, (Sask.), 33368, leave to appeal refused with costs, 11.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Randhawa v. 420413 B.C. Ltd.*, (B.C.), 33590, leave to appeal refused with costs, 13.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ray v. The Queen*, (F.C.), 33610, leave to appeal refused with costs, 24.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rejzek v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 33555, leave to appeal refused, 29.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Riad Sahyoun v. Broadfoot*, (B.C.), 33500, leave to appeal refused with costs, 15.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Richard c. Time Inc.*, (Qc), 33554, leave to appeal granted with costs in the cause, 20.5.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Rosenfeld v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33370, leave to appeal refused, 14.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Rosin v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33593, leave to appeal refused, 10.6.10, autorisation d'appel refusée.

- Rothmans Inc. v. The Queen*, (N.B.), 33429, leave to appeal refused, 18.2.10, autorisation d'appel refusée.
- Rupprecht v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 33499, leave to appeal refused with costs, 29.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- S.J. v. Children's Aid Society of the Region of Peel*, (Ont.), 33578, leave to appeal refused, 6.5.10, autorisation d'appel refusée.
- S.L. c. M.B.*, (Qc), 33658, leave to appeal refused with costs, 24.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- S.T. v. Children's Aid Society of Toronto*, (Ont.), 33598, leave to appeal refused, 24.6.10, autorisation d'appel refusée.
- Sagl v. Chubb Insurance Co. of Canada*, (Ont.), 33261, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Saikaley v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33321, leave to appeal refused, 8.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Sawridge Band v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, (F.C.), 33381, leave to appeal refused with costs, 22.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Schertzer v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33519, leave to appeal refused, 12.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Schneider v. St. Clair Region Conservation Authority*, (Ont.), 33408, leave to appeal refused with costs, 18.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Schreyer v. Schreyer*, (Man.), 33443, leave to appeal granted with costs in the cause, 1.4.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Section locale 3094 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Tembec Industries inc.*, (Qc), 33607, leave to appeal refused with costs, 17.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Security National Insurance Co. v. Loftus*, (Ont.), 33395, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sharif v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33460, leave to appeal refused, 29.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Sharp v. Passport Canada*, (F.C.), 33436, leave to appeal refused with costs, 11.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Shekhdar v. K&M Engineering and Consulting Corp.*, (Ont.), 33285, leave to appeal refused with costs, 25.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Slahi v. Minister of Justice*, (F.C.), 33409, leave to appeal refused, 18.2.10, autorisation d'appel refusée.
- Smith v. Minister of Labour*, (Man.), 33454, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Song v. The Queen*, (F.C.), 33458, leave to appeal refused with costs, 25.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Spence v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 33314, leave to appeal refused, 14.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Sproule v. Nortel Networks Corp.*, (Ont.), 33491, leave to appeal refused, 25.3.10, autorisation d'appel refusée.
- St-Germain c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33375, leave to appeal refused, 21.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Stadnick v. The Queen*, (Que.) (Crim.), 29418, leave to appeal refused, 14.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Su Go v. Attorney General of Canada*, (Ont.) (Crim.), 33493, leave to appeal refused, 13.5.10, autorisation d'appel refusée.
- Su Go v. Attorney General of Canada*, (Ont.) (Crim.), 33494, leave to appeal refused, 13.5.10, autorisation d'appel refusée.
- Syndicat des professeures et professeurs du Collège Édouard-Montpetit c. Collège Édouard-Montpetit*, (Qc), 33396, leave to appeal refused with costs, 18.2.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Syndicat des professeures et professeurs du Collège Édouard-Montpetit c. Procureur général du Québec*, (Qc), 33401, leave to appeal refused with costs, 18.2.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Taylor v. Taylor*, (Alta.), 33479, leave to appeal refused, 22.4.10, autorisation d'appel refusé.
- Terjanian c. Ayotte*, (Qc), 33557, leave to appeal refused with costs, 27.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tiedemann v. Tiedemann*, (Ont.), 33589, leave to appeal refused, 13.5.10, autorisation d'appel refusée.
- Tobiasz c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, (Qc), 33341, leave to appeal refused, 14.1.10, autorisation d'appel refusée.
- Township of Rideau v. Schouten*, (Ont.), 33374, leave to appeal refused with costs, 21.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tremblay c. Ramsay*, (Qc), 33372, leave to appeal refused with costs, 14.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Trigg, an Infant by his Next Friend, Kelly Marie Richard v. Lee-Knight*, (Alta.), 33391, leave to appeal refused with costs, 14.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tucker v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33508, leave to appeal refused, 22.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Tzeachten First Nation v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33530, leave to appeal refused with costs, 29.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Utilities Consumer Advocate v. ATCO Gas and Pipelines Ltd.*, (Alta.), 33366, leave to appeal refused with costs, 28.1.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Venture Steel Inc. v. Link*, (Ont.), 33690, notice of discontinuance filed, 17.5.10, avis de désistement produit.
- Victoria Social Club Ltd. v. General Manager, Liquor Control and Licensing Branch*, (B.C.), 33489, leave to appeal refused with costs, 22.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Saguenay c. Les Évaluations BTF inc.*, (Qc), 33452, leave to appeal refused with costs, 8.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- W.I.-R. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33542, leave to appeal refused, 6.5.10, autorisation d'appel refusée.
- Ward v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 33474, leave to appeal refused, 1.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Welcon (1996) Ltd. v. Town Council of the Town of South River*, (N.L.), 33485, leave to appeal refused with costs, 8.4.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wentges v. Giri*, (Ont.), 33303, leave to appeal refused with costs, 11.3.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal v. Amin*, (Ont.), 33630, leave to appeal refused with costs, 3.6.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wright v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33528, leave to appeal refused, 29.4.10, autorisation d'appel refusée.
- Wyeth, Wyeth Pharmaceuticals Inc. v. Stanway*, (B.C.), 33580, leave to appeal refused with costs, 27.5.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Young v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33427, leave to appeal refused, 11.3.10, autorisation d'appel refusée.
- Zemiri v. Minister of Justice*, (F.C.), 33413, notice of discontinuance filed, 28.1.10, avis de désistement produit.

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
B		M	
Baker, R. v.	329	MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)	6
Beaulieu, R. v.	248	Montréal (City) v. Montreal Port Authority	427
Briscoe, R. v.	411	Montreal Port Authority, Montréal (City) v.	427
British Columbia (Transportation and Highways), Tercon Contractors Ltd. v.	69	Morelli, R. v.	253
		Moses, Quebec (Attorney General) v.	557
C		N	
Canada, Toronto Star Newspapers Ltd. v.	721	Nasogaluak, R. v.	206
Canada (Fisheries and Oceans), MiningWatch Canada v.	6	National Post, R. v.	477
Canada (Prime Minister) v. Khadr	44	Nolet, R. v.	851
Conway, R. v.	765		
Criminal Lawyers’ Association, Ontario (Public Safety and Security) v.	815	O	
Cunningham, R. v.	331	Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers’ Association	815
F		P	
Fullowka v. Pinkerton’s of Canada Ltd.	132	Pinkerton’s of Canada Ltd., Fullowka v.	132
		Prince Edward Island, Reference re Broome v.	360
H		Q	
Hurley, R. v.	637	Quebec (Attorney General) v. Moses	557
J		R	
J.Z.S., R. v.	3	R. v. Baker	329
		R. v. Beaulieu	248
K		R. v. Briscoe	411
Khadr, Canada (Prime Minister) v.	44	R. v. Conway	765
		R. v. Cunningham	331
L		R. v. Hurley	637
Laboucan, R. v.	397	R. v. J.Z.S.	3
		R. v. Laboucan	397

	PAGE		PAGE
R. v. Morelli	253		
R. v. Nasogaluak	206		
R. v. National Post	477		
R. v. Nolet	851		
R. v. S.G.T.	688		
R. v. Szczerbaniwicz	455		
Reference re Broome v. Prince Edward Island	360		
Rexx Management Corp., Yugraneft Corp. v.	649		
S			
S.G.T., R. v.	688		
Szczerbaniwicz, R. v.	455		
		T	
		Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)	69
		Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada	721
		Y	
		Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.	649

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		J	
Administration portuaire de Montréal, Montréal (Ville) c.	427	J.Z.S., R. c.	3
B		K	
Baker, R. c.	329	Khadr, Canada (Premier ministre) c.	44
Beaulieu, R. c.	248	L	
Briscoe, R. c.	411	Laboucan, R. c.	397
C		M	
Canada, Toronto Star Newspapers Ltd. c.	721	Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)	6
Canada (Pêches et Océans), Mines Alerte Canada c.	6	Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal	427
Canada (Premier ministre) c. Khadr	44	Morelli, R. c.	253
Colombie-Britannique (Transports et Voirie), Tercon Contractors Ltd. c.	69	Moses, Québec (Procureur général) c.	557
Conway, R. c.	765	N	
Criminal Lawyers' Association, Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c.	815	Nasogaluak, R. c.	206
Cunningham, R. c.	331	National Post, R. c.	477
F		Nolet, R. c.	851
Fullowka c. Pinkerton's of Canada Ltd.	132	O	
H		Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association	815
Hurley, R. c.	637	P	
I		Pinkerton's of Canada Ltd., Fullowka c.	132
Île-du-Prince-Édouard, Renvoi relatif à Broome c.	360		

	PAGE		PAGE
Q		S	
Québec (Procureur général) c. Moses	557	S.G.T., R. c.	688
R		Szcerbaniwicz, R. c.	455
R. c. Baker	329	T	
R. c. Beaulieu	248	Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique	
R. c. Briscoe	411	(Transports et Voirie)	69
R. c. Conway	765	Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada	721
R. c. Cunningham	331	Y	
R. c. Hurley	637	Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.	649
R. c. J.Z.S.	3		
R. c. Laboucan	397		
R. c. Morelli	253		
R. c. Nasogaluak	206		
R. c. National Post	477		
R. c. Nolet	851		
R. c. S.G.T.	688		
R. c. Szcerbaniwicz	455		
Renvoi relatif à Broome c. Île-du-Prince-Édouard	360		
Rexx Management Corp., Yugraneft Corp. c.	649		

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.	2001 SCC 59, [2001] 2 S.C.R. 983	149
A		
ABB Inc. v. Domtar Inc.	2007 SCC 50, [2007] 3 S.C.R. 461	119
Air Canada v. British Columbia (Attorney General)	[1986] 2 S.C.R. 539	63
Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony	2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567	740
Anderson v. Bank of British Columbia	(1876), 2 Ch. D. 644	345
Anns v. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	370
Argentina v. Mellino	[1987] 1 S.C.R. 536	773
Art Hauser Centre Board Inc. v. Canadian Union of Public Employees, Local 882	2008 SKCA 121, 311 Sask. R. 272	447
Ashworth Hospital Authority v. MGN Ltd.	[2002] UKHL 29, [2002] 1 W.L.R. 2033 ...	511, 538
ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)	2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140	342
Athey v. Leonati	[1996] 3 S.C.R. 458	178
Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre	[1982] 1 S.C.R. 175	738, 758
B		
Baier v. Alberta	2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673	833
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	445, 774, 838
Baron v. Canada	[1993] 1 S.C.R. 416	297
Bazley v. Curry	[1999] 2 S.C.R. 534	196, 388
Beals v. Saldanha	2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416	656
Beaver v. The Queen	[1957] S.C.R. 531	266, 303
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559	380
Bernier v. 9006-1474 Québec inc.	[2001] J.Q. n° 2631 (QL)	341
Berry v. Pulley	2002 SCC 40, [2002] 2 S.C.R. 493	186
Black v. Canada (Prime Minister)	(2001), 199 D.L.R. (4th) 228	63
Blackwater v. Plint	2005 SCC 58, [2005] 3 S.C.R. 3	390
Blank v. Canada (Minister of Justice)	2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319	841
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)	2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307	774
Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.	[1995] 3 S.C.R. 3	201
Boumediene v. Bush	128 S. Ct. 2229 (2008)	55
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd. ...	[1997] 3 S.C.R. 1210.....	169
Branzburg v. Hayes	408 U.S. 665 (1972)	511, 537
British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.	2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74	385
British Columbia (Director of Child, Family & Community Service) v. L. (T.).....	2009 BCPC 293, 73 R.F.L. (6th) 455	773
British Steel Corp. v. Granada Television Ltd.	[1981] 1 All E.R. 417	542
Brown v. Durham Regional Police Force	(1998), 43 O.R. (3d) 223	873

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
C		
Cahill (G.J.) & Co. (1979) Ltd. v. Newfoundland and Labrador (Minister of Municipal and Provincial Affairs)	2005 NLTD 129, 250 Nfld. & P.E.I.R. 145	100
Calder v. Attorney-General of British Columbia	[1973] S.C.R. 313	610
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339	32, 435
Canada (Justice) v. Khadr	2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125	51
Canada (Prime Minister) v. Khadr	2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44	812
Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health	2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574	841
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 480	736, 758, 835
Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard	[1991] 3 S.C.R. 421	503, 550
Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)	[1991] 3 S.C.R. 459	503, 550
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 S.C.R. 1021	169
Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 122	749
Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal	[1987] 1 S.C.R. 711	81
Canadian Union of Public Employees v. Deveau	(1976), 19 N.S.R. (2d) 44	192
Canadian Western Bank v. Alberta	2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3	603
Carlini Bros. Body Shop Ltd. v. R.	(1992), 10 O.R. (3d) 651	243
Carmarthenshire County Council v. Lewis	[1955] 1 All E.R. 565	372
Carter v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 981	773
Casino Nova Scotia v. Labour Relations Board (N.S.)	2009 NSCA 4, 273 N.S.R. (2d) 370	447
Chartier v. Greaves	[2001] O.J. No. 634 (QL)	227
Childs v. Desormeaux	2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643	149, 370
Cloutier v. Langlois	[1990] 1 S.C.R. 158	879
Cooper v. Canada (Human Rights Commission)	[1996] 3 S.C.R. 854	779
Cooper v. Hobart	2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537	149, 370
Cree School Board v. Canada (Attorney General)	[2002] 1 C.N.L.R. 112	599
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)	[1991] 2 S.C.R. 5	774
D		
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	357, 507, 736, 759, 774
Daniels v. Mitchell	2005 ABCA 271, 51 Alta. L.R. (4th) 212 ...	667
Davidson v. United States	213 Fed.Appx. 769 (2006)	313
Dedman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 2	867
Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs	2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801	670
Descôteaux v. Mierzwinski	[1982] 1 S.C.R. 860	345, 530, 841
Design Services Ltd. v. Canada	2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737	370
Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.	2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178	670
Donoghue v. Stevenson	[1932] A.C. 562	152
Dooling v. Banfield	(1978), 22 Nfld. & P.E.I.R. 413	341
Double N Earthmovers Ltd. v. Edmonton (City)	2007 SCC 3, [2007] 1 S.C.R. 116	90, 111
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)	2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3.....	61, 812
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College	[1990] 3 S.C.R. 570	774
Dubois v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 366	357

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Dunlop v. Woollahra Municipal Council	[1981] 1 All E.R. 1202	177
Dunmore v. Ontario (Attorney General)	2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016	833
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	435, 803
E		
E. (Mrs.) v. Eve	[1986] 2 S.C.R. 388	385
E.B. v. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia	2005 SCC 60, [2005] 3 S.C.R. 45	198
Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator)	[1993] 1 F.C. 501	577, 597
Eaton v. Brant County Board of Education	[1997] 1 S.C.R. 241	774
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 1326	756, 758, 835
Edwards v. Law Society of Upper Canada	2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562	149, 370
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	774
Ellis v. Home Office	[1953] 2 All E.R. 149	372
Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada	2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222	609
Ernst v. Belgium	(2004), 39 E.H.R.R. 724	541
F		
Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland	2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292	604
Financial Times v. Interbrew	[2002] EWCA Civ 274 (BAILII)	519
Financial Times Ltd. v. The United Kingdom	[2009] ECHR 2065 (BAILII)	519, 543
Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America	[1980] 1 S.C.R. 1031	794
Fraser Jewellers (1982) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.	(1997), 34 O.R. (3d) 1	103
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)	[1992] 1 S.C.R. 3	16, 598
Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	[2000] 2 F.C. 263	16
G		
Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)	2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32	841
Goodwin v. The United Kingdom	E.C.H.R., Reports of Judgments and Decisions 1996-II	520, 538
Grant v. Torstar Corp.	2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640	508, 540
Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.	[1999] 3 S.C.R. 423	103, 119
H		
Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)	2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511	587, 620
Hamdan v. Rumsfeld	548 U.S. 557 (2006)	55
Harelkin v. University of Regina	[1979] 2 S.C.R. 561	29
Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board	2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129	149, 372
Hillis Oil and Sales Ltd. v. Wynn's Canada, Ltd.	[1986] 1 S.C.R. 57	106
Holland v. Saskatchewan	2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551	370
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	271, 297
Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 426	98, 109

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue	[1995] 3 S.C.R. 453	603
I		
Ibrahim v. The King	[1914] A.C. 599	714
Illinois v. Gates	462 U.S. 213 (1983)	298
Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)	[1991] 1 S.C.R. 326	32
In re Grand Jury Subpoena, Judith Miller	397 F.3d 964 (2005)	522, 538
Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.	2000 SCC 12, [2000] 1 S.C.R. 298	160, 370
International Brotherhood of Teamsters v. Therien	[1960] S.C.R. 265	187
International Longshoremen's Association, Local 273 v. Maritime Employers' Association	[1979] 1 S.C.R. 120	188
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	833
J		
Jacobi v. Griffiths	[1999] 2 S.C.R. 570	198
John v. Express Newspapers	[2000] 3 All E.R. 257	520, 541
John Doe v. Bennett	2004 SCC 17, [2004] 1 S.C.R. 436	196
John Fairfax & Sons Ltd. v. Cojuangco	(1988), 165 C.L.R. 346	511
Johnson v. Ontario (Minister of Revenue)	(1990), 75 O.R. (2d) 558	871
K		
K.L.B. v. British Columbia	2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403	198, 386
Kamloops (City of) v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2	160, 370
Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis	[1956] 1 W.L.R. 936	115
Kaunda v. President of the Republic of South Africa	[2004] ZACC 5, 136 I.L.R. 452	66
Khadr v. Canada	2005 FC 1076, [2006] 2 F.C.R. 505	51
King v. Low	[1985] 1 S.C.R. 87	385
Krieger v. Law Society of Alberta	2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372	838
L		
Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209	706, 841
Leroux v. Molgat	(1985), 67 B.C.L.R. 29	196
Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers, Edmonton Local	(1993), 146 A.R. 184	192
Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1145	386
Luchka v. Zens	(1989), 37 B.C.L.R. (2d) 127	340
M		
M. (A.) v. Ryan	[1997] 1 S.C.R. 157	513, 539
M. (K.) v. M. (H.)	[1992] 3 S.C.R. 6	390
M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.	[1999] 1 S.C.R. 619	81, 110
M'Kendrick v. National Union of Dock Labourers	(1910), 2 S.L.T. 215	192
MacDonald Estate v. Martin	[1990] 3 S.C.R. 1235	342

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Mainland Sawmills Ltd. v. U.S.W., Local 1-3567	2007 BCSC 1433, 62 C.C.E.L. (3d) 66.....	197
Maranda v. Richer	2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193	345, 841
Martel Building Ltd. v. Canada	2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860	81, 111
Matusiak v. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council	[1999] B.C.J. No. 2416 (QL)	196
Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)	2006 SCC 7, [2006] 1 S.C.R. 326	806
McGuinness v. Attorney-General of Victoria	(1940), 63 C.L.R. 73	511
McMillan v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 824	405
Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)	2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388	587, 609
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863	242, 773
MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)	2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6	585
Mireau v. Canada	(1995), 128 Sask. R. 142	341
Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)	2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152	24
Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.	2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141	833
Mooring v. Canada (National Parole Board)	[1996] 1 S.C.R. 75	773
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye	[1990] 3 S.C.R. 1077	656
Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)	[1989] 1 S.C.R. 1572	509, 536
Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256	774

N

Named Person v. Vancouver Sun	2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253	738, 759
Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.	2001 SCC 58, [2001] 2 S.C.R. 943	110
New Brunswick Electric Power Commission v. International Brother- hood of Electrical Workers AFL-CIO-CLC, Local 1733	(1976), 16 N.B.R. (2d) 361	187
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)	[1999] 3 S.C.R. 46.....	351
New York Times Co. v. Gonzales	459 F.3d 160 (2006)	538
Newcastle (Town) v. Mattatall	(1987), 78 N.B.R. (2d) 236	201
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin	2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504	774
Novak v. Bond	[1999] 1 S.C.R. 808	675

O

O'Neill v. Canada (Attorney General)	(2006), 213 C.C.C. (3d) 389	513, 548
Odhavji Estate v. Woodhouse	2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263	149, 370
Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board	2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257	774
Ontario (Attorney General) v. Fineberg	(1994), 19 O.R. (3d) 197	834
Ontario (Attorney General) v. Ontario (Freedom of Information and Protection of Privacy Act Adjudicator)	(2002), 22 C.P.R. (4th) 447	847
Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) v. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)	(1999), 46 O.R. (3d) 395	847
Ontario (Minister of Finance) v. Higgins	(1999), 118 O.A.C. 108	847
Ontario (Ministry of Finance) v. Ontario (Inquiry Officer)	(1998), 5 Admin. L.R. (3d) 175	831
Operation Dismantle v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	63

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	671
Ottawa Citizen Group Inc. v. R.	(2005), 75 O.R. (3d) 590	358
P		
Palmer v. The Queen	(1971), 55 Cr. App. R. 223	472
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759	644, 698
Patterson v. The Queen	[1970] S.C.R. 409	357
Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)	2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585	774
Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)	2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498	806
Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital	2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528	806
Plas-Tex Canada Ltd. v. Dow Chemical of Canada Ltd.	2004 ABCA 309, 245 D.L.R. (4th) 650	122
Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	2004 FC 1265, 257 F.T.R. 212	30
Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610	16
Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)	2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809	841
Prosecutor v. Brdjanin and Talic	ICTY, No. IT-99-36-AR73.9, 11 December 2002	541
Q		
Quebec (Attorney General) v. Laroche	2002 SCC 72, [2002] 3 S.C.R. 708	300
Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)	2004 SCC 40, [2004] 2 S.C.R. 223	774
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)	2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185	783
Québec (Procureur général) v. Chabot	[1992] R.J.Q. 2102	243
R		
R. v. 974649 Ontario Inc.	2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575	773
R. v. A.B.	(1986), 50 C.R. (3d) 247	701
R. v. Annett	(1984), 17 C.C.C. (3d) 332	873
R. v. Antley	[1964] 2 C.C.C. 142	472
R. v. Araujo	2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992	272, 299
R. v. Arcuri	2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828	321
R. v. B. (L.)	(1993), 13 O.R. (3d) 796	404
R. v. Badger	[1996] 1 S.C.R. 771	570, 614
R. v. Basi	2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389	837
R. v. Baxter	(1975), 27 C.C.C. (2d) 96	465, 472
R. v. Bear	(1988), 72 Sask. R. 99	243
R. v. Beaudry	2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190	838
R. v. Belnavis	[1997] 3 S.C.R. 341	871
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	742
R. v. Bill	(1998), 13 C.R. (5th) 125	234
R. v. Bjelland	2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651	64
R. v. Born with a Tooth	(1992), 76 C.C.C. (3d) 169	466
R. v. Bosley	(1992), 18 C.R. (4th) 347	239

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Bottrell	(1981), 60 C.C.C. (2d) 211	228
R. v. Brown	2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185	841
R. v. Brown	[2005] O.J. No. 2951 (QL)	474
R. v. Brundia	2007 ONCA 725, 230 O.A.C. 29	341
R. v. Burke	[1968] 2 C.C.C. 124	241
R. v. Burlingham	[1995] 2 S.C.R. 206	740
R. v. Burns	[1994] 1 S.C.R. 656	347
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452	742
R. v. C. (D.D.)	(1996), 110 C.C.C. (3d) 323	340
R. v. C.J.O.	[2005] O.J. No. 5006 (QL)	474
R. v. C.L.Y.	2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5	406, 464
R. v. Campbell	[1999] 1 S.C.R. 565	24, 837
R. v. Canadian Broadcasting Corp.	(2001), 52 O.R. (3d) 757	528
R. v. Caprara	(2006), 144 C.R.R. (2d) 287	880
R. v. Carpenter	2002 BCCA 301, 168 B.C.A.C. 137	244
R. v. Caslake	[1998] 1 S.C.R. 51	867
R. v. Chalk	2007 ONCA 815, 88 O.R. (3d) 448	303
R. v. Chambers	[1990] 2 S.C.R. 1293	548
R. v. Charles	(1987), 61 Sask. R. 166	242
R. v. Chubak	2009 ABCA 8, 243 C.C.C. (3d) 202	880
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	57, 252, 867
R. v. Cooper (No. 2)	(1977), 35 C.C.C. (2d) 35	241
R. v. Corbett	[1988] 1 S.C.R. 670	405, 761
R. v. Court	(1995), 23 O.R. (3d) 321	824
R. v. Court	(1997), 36 O.R. (3d) 263	825
R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.	[1988] 1 S.C.R. 401	622
R. v. D. (S.)	2007 ONCA 243, 218 C.C.C. (3d) 323	406
R. v. D.B.	2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3	58
R. v. Daniels	2004 NLCA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290	267, 305
R. v. Debot	[1989] 2 S.C.R. 1140	297
R. v. Dennison	(1990), 109 N.B.R. (2d) 388	243
R. v. Deschamplain	2004 SCC 76, [2004] 3 S.C.R. 601	357
R. v. Deschamps	2003 MBCA 116, 177 Man. R. (2d) 301	341
R. v. Dinardo	2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788	464
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128	870
R. v. F. W. Woolworth Co.	(1974), 3 O.R. (2d) 629	420
R. v. Fairn	(1973), 12 C.C.C. (2d) 423	241
R. v. Fawthrop	(2002), 161 O.A.C. 350	283, 313
R. v. Feeney	[1997] 2 S.C.R. 13	878
R. v. Ferguson	2006 ABCA 261, 397 A.R. 1	221
R. v. Ferguson	2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96	221
R. v. Foulds	[1998] S.J. No. 560 (QL)	243
R. v. Franks	2003 SKCA 70, 176 C.C.C. (3d) 488	878
R. v. G. (B.)	[1999] 2 S.C.R. 475	704, 714
R. v. G.D.B.	2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520	706
R. v. Gamble	[1988] 2 S.C.R. 595	67, 773
R. v. Gardiner	2008 ONCA 397, 231 C.C.C. (3d) 394	358
R. v. Garofoli	[1990] 2 S.C.R. 1421	299

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. George	(2000), 145 C.C.C. (3d) 405	466
R. v. Glykis	(1995), 84 O.A.C. 140	220
R. v. Golden	2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679	879
R. v. Golding	2007 NBQB 320, 325 N.B.R. (2d) 92	341
R. v. Graham	2007 CarswellPEI 80	317
R. v. Graham	2008 PESCAD 7, 277 Nfld. & P.E.I.R. 103	285
R. v. Grant	[1993] 3 S.C.R. 223	299
R. v. Grant	2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353	251, 265, 881
R. v. Graveline	2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609	426
R. v. Green	2002 BCCA 269 (CanLII)	406
R. v. Grenke	2004 ONCJ 121, 7 M.V.R. (5th) 89	243
R. v. Greeyes	[1997] 2 S.C.R. 825	420
R. v. Grimes	(1987), 70 Nfld. & P.E.I.R. 11	244
R. v. Gruenke	[1991] 3 S.C.R. 263	509
R. v. Gunning	2005 SCC 27, [2005] 1 S.C.R. 627	466
R. v. Hall	2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309	753, 760
R. v. Hamilton	(2004), 72 O.R. (3d) 1	232
R. v. Hape	2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292	54
R. v. Harris	2007 ONCA 574, 87 O.R. (3d) 214	867
R. v. Harrison	2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494	868
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151	548
R. v. Hess (No. 1)	(1948), 94 C.C.C. 48	303
R. v. Hibbert	[1995] 2 S.C.R. 973	421
R. v. Ho	2003 BCCA 663, 21 B.C.L.R. (4th) 83	340
R. v. Hodgson	[1998] 2 S.C.R. 449	699
R. v. Howard	[1994] 2 S.C.R. 299	618
R. v. Huber	2004 BCCA 43, 192 B.C.A.C. 75	340
R. v. Hufsky	[1988] 1 S.C.R. 621	867
R. v. Hydro-Québec	[1997] 3 S.C.R. 213	622
R. v. Hynes	2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623	773
R. v. I. (L.R.) and T. (E.)	[1993] 4 S.C.R. 504	702, 713
R. v. J.-L.J.	2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600	313
R. v. Jacques	[1996] 3 S.C.R. 312	879
R. v. Jarvis	2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757	876
R. v. Jevons	2008 ONCJ 559, [2008] O.J. No. 4397 (QL)	755
R. v. Jorgensen	[1995] 4 S.C.R. 55	424
R. v. Kandola	(1993), 80 C.C.C. (3d) 481	472
R. v. Kang-Brown	2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456	870
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	742
R. v. Khela	2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104	643
R. v. Khuc	2000 BCCA 20, 132 B.C.A.C. 139	406
R. v. Kirkness	[1990] 3 S.C.R. 74	422
R. v. Kirzner	(1976), 14 O.R. (2d) 665	240
R. v. Kong	2005 ABCA 255, 200 C.C.C. (3d) 19	466
R. v. L.M.	2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163	234
R. v. Laboucan	2009 ABCA 7, 1 Alta. L.R. (5th) 264	414
R. v. Laboucan	2010 SCC 12, [2010] 1 S.C.R. 397	414

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Ladouceur	[1990] 1 S.C.R. 1257	867
R. v. Ladouceur	2002 SKCA 73, 165 C.C.C. (3d) 321	868
R. v. Law	2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227	874
R. v. Leaver	(1996), 3 C.R. (5th) 138	240
R. v. Little	(1998), 122 C.C.C. (3d) 365	471
R. v. Lomage	(1991), 2 O.R. (3d) 621	706
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	232
R. v. M. (C.A.)	[1996] 1 S.C.R. 500	232
R. v. Maciel	2007 ONCA 196, 219 C.C.C. (3d) 516	422
R. v. MacLean	[1988] O.J. No. 2515 (QL)	244
R. v. MacPherson	(1995), 166 N.B.R. (2d) 81	243
R. v. Marin	[1994] O.J. No. 1280 (QL)	879
R. v. Marshall	[1999] 3 S.C.R. 456	599
R. v. Marshall	2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220	610
R. v. Martineau	[1990] 2 S.C.R. 633	423
R. v. Mater	(1988), 47 C.R.R. 351	243
R. v. McClure	2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445	344, 507, 841
R. v. McDonnell	[1997] 1 S.C.R. 948	234
R. v. McKay	2009 MBCA 53, 246 C.C.C. (3d) 24	466
R. v. McKnight	(1999), 135 C.C.C. (3d) 41	234
R. v. Mellenthin	[1992] 3 S.C.R. 615	858
R. v. Menard	2008 BCCA 521, 240 C.C.C. (3d) 1	773
R. v. Mentuck	2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442	737, 758, 789
R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn	[1968] 1 All E.R. 763	837
R. v. Mohan	[1994] 2 S.C.R. 9	313
R. v. Molodowic	2000 SCC 16, [2000] 1 S.C.R. 420	329
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	230
R. v. Morrissey	2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90	234
R. v. Morrissey	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193	406
R. v. Munoz	2006 ABQB 901, 69 Alta. L.R. (4th) 231	237
R. v. Murray	(1997), 115 C.C.C. (3d) 225	406
R. v. Murray	(2000), 144 C.C.C. (3d) 289	519, 549
R. v. Nasogaluak	2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206	813
R. v. Neveu	2005 NSPC 51, 239 N.S.R. (2d) 59	313
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	219
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	731
R. v. Oakoak	2008 NUCJ 16 (CanLII)	474
R. v. Ogal	(1928), 50 C.C.C. 71	472
R. v. Orbanski	2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3	868
R. v. Owen	2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779	806
R. v. Panko	(2007), 52 C.R. (6th) 378	267
R. v. Panousis	2002 ABQB 1109, 329 A.R. 47	240
R. v. Panousis	2004 ABCA 211 (CanLII)	240
R. v. Parisien	(1971), 3 C.C.C. (2d) 433	241
R. v. Parnell	(1995), 59 B.C.A.C. 291	406
R. v. Pasemko	(1982), 17 M.V.R. 247	244
R. v. Pelletier	(1986), 42 M.V.R. 67	244
R. v. Perello	2005 SKCA 8, 193 C.C.C. (3d) 151	878

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Peterman	(2004), 70 O.R. (3d) 481	341
R. v. Pigeon	(1992), 73 C.C.C. (3d) 337	238
R. v. Pires	2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343	300
R. v. Poitras	(2002), 57 O.R. (3d) 538	406
R. v. Power	[1994] 1 S.C.R. 601	838
R. v. Preston	(1953), 106 C.C.C. 135	472
R. v. Proulx	2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61	234
R. v. R.E.M.	2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3	406, 459, 468
R. v. Rahey	[1987] 1 S.C.R. 588	773
R. v. Rao	(1984), 12 C.C.C. (3d) 97	879
R. v. Regan	2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297	64, 219, 838
R. v. Rowbotham	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1	351
R. v. Rushlow	2009 ONCA 461, 245 C.C.C. (3d) 505	352
R. v. S. (W.D.)	[1994] 3 S.C.R. 521	464
R. v. S.L.L.	2002 SKQB 425, 229 Sask. R. 96	243
R. v. Serendip Physiotherapy Clinic	(2004), 73 O.R. (3d) 241	528
R. v. Sewell	2003 SKCA 52, 175 C.C.C. (3d) 242	876
R. v. Sheppard	2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869	471
R. v. Shropshire	[1995] 4 S.C.R. 227	234
R. v. Silverquill	1999 BCCA 128, 121 B.C.A.C. 126	406
R. v. Simon	(1975), 25 C.C.C. (2d) 159	241
R. v. Sioui	[1990] 1 S.C.R. 1025	609
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045	234
R. v. Smith	[1989] 2 S.C.R. 1120	773
R. v. Smith	2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146	643
R. v. Solowan	2008 SCC 62, [2008] 3 S.C.R. 309	231
R. v. Spence	(1995), 134 Sask. R. 157	474
R. v. Steinberg	[1967] 1 O.R. 733	241
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	740
R. v. Sundown	[1999] 1 S.C.R. 393	614
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	806
R. v. Taillefer	2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307	644
R. v. Terrence	[1983] 1 S.C.R. 357	303
R. v. Tessling	2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432	870
R. v. Trenholme	(1920), 30 B.R. 232	701
R. v. Trochym	2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239	313
R. v. Turcotte	2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519	548
R. v. Vermette	[1988] 1 S.C.R. 985	761
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742	402, 459
R. v. Weare	(1983), 56 N.S.R. (2d) 411	471
R. v. Weir	2001 ABCA 181, 95 Alta. L.R. (3d) 225	267, 305
R. v. Wells	[1998] 2 S.C.R. 517	701
R. v. White	2005 ABCA 435, 56 Alta. L.R. (4th) 255	762
R. v. Wilmott	(1966), 58 D.L.R. (2d) 33	231
R. v. Wust	2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455	225
R. v. York	2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331	302
R. v. Zwicker	(1995), 169 N.B.R. (2d) 350	243

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Rasul v. Bush	542 U.S. 466 (2004)	55
Re B.C. Family Relations Act	[1982] 1 S.C.R. 62	385
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	58, 232
Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada ...	(1984), 44 O.R. (2d) 609	733
Re Leask and Cronin	(1985), 18 C.C.C. (3d) 315	339
Re Millar Estate	[1938] S.C.R. 1	120
Re Oil, Chemical & Atomic Workers & Polymer Corp.	(1958), 10 Lab. Arb. Cas. 31	199
Re Pacific Press Ltd. and The Queen	(1977), 37 C.C.C. (2d) 487	520, 551
Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings	[1933] S.C.R. 269	62
Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)	[1991] 2 S.C.R. 525	368
Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23	2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669	603
Reference re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution	[1982] 2 S.C.R. 793	368
Reference re Same-Sex Marriage	2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698	368
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	64, 368
Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commis- sioners	2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360	783
Resurface Corp. v. Hanke	2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333	178
Reynolds v. Times Newspapers Ltd.	[2001] 2 A.C. 127	541
Reza v. Canada	[1994] 2 S.C.R. 394	29
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	380, 672
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	739
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519	230
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	790
Rothfield v. Manolakas	[1989] 2 S.C.R. 1259	160
Ruby v. Canada (Solicitor General)	2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3	759
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573	513
Ryan v. Victoria (City)	[1999] 1 S.C.R. 201	371
S		
Sanoma Uitgevers B.V. v. The Netherlands	E.C.H.R., No. 38224/03, 31 March 2009 (online).....	520
Sansregret v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 570	424
Schreiber v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269	22
Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)	2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522.....	759
Simon v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 387	609
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	774
Slavutych v. Baker	[1976] 1 S.C.R. 254	513, 539
Smith v. Jones	[1999] 1 S.C.R. 455	344, 841
Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. Canada	2008 SCC 15, [2008] 1 S.C.R. 383	774
Solosky v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 821	67, 841
St. Elizabeth Home Society v. Hamilton (City)	2008 ONCA 182, 230 C.C.C. (3d) 199.....	503, 540
Stafford v. British Columbia	[1996] B.C.J. No. 1010 (QL)	177
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3	56
Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.	2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83	157

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
T		
Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)	2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550	587
Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia	(1993) 9 C.L.R. (2d) 197	112
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)	[1991] 2 S.C.R. 22	774
The Kursk	[1924] P. 140	201
The Queen in right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.	[1981] 1 S.C.R. 111	109
Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)	[1992] 1 S.C.R. 385	23
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	[1998] 1 S.C.R. 877	731, 835
Tolofson v. Jensen	[1994] 3 S.C.R. 1022	660
Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario	2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188	759, 789
U		
Ultramares Corp. v. Touche	174 N.E. 441 (1931)	169
United States v. Allard	[1987] 1 S.C.R. 564	773
United States v. Burns	2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283	64
United States v. Falso	544 F.3d 110 (2008)	313
United States v. Gourde	440 F.3d 1065 (2006)	313
United States v. Martin	426 F.3d 68 (2005)	313
United States v. Perrine	518 F.3d 1196 (2008)	313
United States v. Shields	458 F.3d 269 (2006)	313
United States v. Terry	522 F.3d 645 (2008)	285, 317
United States v. Weber	923 F.2d 1338 (1990)	285
United States of America v. Dynar	[1997] 2 S.C.R. 462	54
United States of America v. Jawad	Military Commission, September 24, 2008 (online)	57
V		
Van den Biggelaar v. Dohmen/Langenberg	Hoge Raad der Nederlanden, Judgment of 10 May 1996, NJ 1996/578	541
Vancouver Sun (Re)	2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332	739, 759
Vaughan v. Canada	2005 SCC 11, [2005] 1 S.C.R. 146	783
Vescio v. The King	[1949] S.C.R. 139	358
Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)	[1991] 1 S.C.R. 671	758
Voskuil v. Netherlands	(2007), 24 B.H.R.C. 306	541
W		
Weber v. Ontario Hydro	[1995] 2 S.C.R. 929	773
Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority	[1999] 3 S.C.R.134.....	437
Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 S.C.R. 625	806

TABLE OF CASES CITED

xxxiii

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
X		
X Ltd. v. Morgan-Grampian Ltd.	[1991] 1 A.C. 1	538
Y		
Young v. Young	[1993] 4 S.C.R. 3	350

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.	2001 CSC 59, [2001] 2 R.C.S. 983	149
A		
ABB Inc. c. Domtar Inc.	2007 CSC 50, [2007] 3 R.C.S. 461	119
Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1986] 2 R.C.S. 539	63
Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony	2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567	740
Anderson c. Bank of British Columbia	(1876), 2 Ch. D. 644	345
Anns c. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	370
Argentine c. Mellino	[1987] 1 R.C.S. 536	773
Art Hauser Centre Board Inc. c. Canadian Union of Public Em- ployees, Local 882	2008 SKCA 121, 311 Sask. R. 272	447
Ashworth Hospital Authority c. MGN Ltd.	[2002] UKHL 29, [2002] 1 W.L.R. 2033 ...	511, 538
Association internationale des débardeurs, section locale 273 c. Association des employeurs maritimes	[1979] 1 R.C.S. 120	188
ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)	2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140	342
Athey c. Leonati	[1996] 3 R.C.S. 458	178
B		
Baier c. Alberta	2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673	833
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	445, 774, 838
Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral)	[1993] 1 C.F. 501	577, 597
Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada	2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222	609
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta	2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3	603
Baron c. Canada	[1993] 1 R.C.S. 416	297
Bazley c. Curry	[1999] 2 R.C.S. 534	196, 388
Beals c. Saldanha	2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416	656
Beaver c. The Queen	[1957] R.C.S. 531	266, 303
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559	380
Bernier c. 9006-1474 Québec inc.	[2001] J.Q. n ^o 2631 (QL)	341
Berry c. Pulley	2002 CSC 40, [2002] 2 R.C.S. 493	186
Black c. Canada (Prime Minister)	(2001), 199 D.L.R. (4th) 228	63
Blackwater c. Plint	2005 CSC 58, [2005] 3 R.C.S. 3	390
Blank c. Canada (Ministre de la Justice)	2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319	841
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)	2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307	774
Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.	[1995] 3 R.C.S. 3	201
Boumediene c. Bush	128 S. Ct. 2229 (2008)	55
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd. ...	[1997] 3 R.C.S. 1210	170
Branzburg c. Hayes	408 U.S. 665 (1972)	511, 537

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
British Columbia (Director of Child, Family & Community Service) c. L. (T)	2009 BCPC 293, 73 R.F.L. (6th) 455	773
British Steel Corp. c. Granada Television Ltd.	[1981] 1 All E.R. 417	542
Brown c. Durham Regional Police Force	(1998), 43 O.R. (3d) 223	873

C

Cahill (G.J.) & Co. (1979) Ltd. c. Newfoundland and Labrador (Minister of Municipal and Provincial Affairs)	2005 NLTD 129, 250 Nfld. & P.E.I.R. 145	100
Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique	[1973] R.C.S. 313	610
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	32, 435
Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health	2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574	841
Canada (Justice) c. Khadr	2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125	51
Canada (Premier ministre) c. Khadr	2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44	812
Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 122	749
Canadian Union of Public Employees c. Deveau	(1976), 19 N.S.R. (2d) 44	192
Carlini Bros. Body Shop Ltd. c. R.	(1992), 10 O.R. (3d) 651	243
Carmarthenshire County Council c. Lewis	[1955] 1 All E.R. 565	372
Carter c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 981	773
Casino Nova Scotia c. Labour Relations Board (N.S.)	2009 NSCA 4, 273 N.S.R. (2d) 370	447
Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)	2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498	806
Chartier c. Greaves	[2001] O.J. No. 634 (QL)	227
Childs c. Desormeaux	2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643	149, 370
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steam- ship Co.	[1992] 1 R.C.S. 1021	170
Cloutier c. Langlois	[1990] 1 R.C.S. 158	879
Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.	2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74	385
Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)	[1996] 3 R.C.S. 854	779
Cooper c. Hobart	2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537	149, 370
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)...	[1991] 2 R.C.S. 5	774

D

Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	357, 507, 736, 759, 774
Daniels c. Mitchell	2005 ABCA 271, 51 Alta. L.R. (4th) 212 ...	667
Davidson c. United States	213 Fed.Appx. 769 (2006)	313
Dedman c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 2	867
Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs	2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801	670
Descôteaux c. Mierzwinski	[1982] 1 R.C.S. 860	345, 530, 841
Design Services Ltd. c. Canada	2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737	370
Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.	2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178	670
Donoghue c. Stevenson	[1932] A.C. 562	152
Dooling c. Banfield	(1978), 22 Nfld. & P.E.I.R. 413	341
Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)	2007 CSC 3, [2007] 1 R.C.S. 116	90, 111
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)	2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3	61, 812
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College	[1990] 3 R.C.S. 570	774

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Dubois c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 366	357
Dunlop c. Woollahra Municipal Council	[1981] 1 All E.R. 1202	177
Dunmore c. Ontario (Procureur général)	2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016	833
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	435, 803
E		
E. (M ^{me}) c. Eve	[1986] 2 R.C.S. 388	385
E.B. c. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia	2005 CSC 60, [2005] 3 R.C.S. 45	198
Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant	[1997] 1 R.C.S. 241	774
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)	[1989] 2 R.C.S. 1326	756, 758, 835
Edwards c. Barreau du Haut-Canada	2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562	149, 370
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	774
Ellis c. Home Office	[1953] 2 All E.R. 149	372
Ernst c. Belgique	C.E.D.H., n ^o 33400/96, 15 juillet 2003 (en ligne)	541
États-Unis c. Allard	[1987] 1 R.C.S. 564	773
États-Unis c. Burns	2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283	64
États-Unis d'Amérique c. Dynar	[1997] 2 R.C.S. 462	54
F		
Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland	2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292	604
Financial Times c. Interbrew	[2002] EWCA Civ 274 (BAILII)	520
Financial Times Ltd. c. The United Kingdom	[2009] ECHR 2065 (BAILII)	519, 543
Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amé- rique	[1980] 1 R.C.S. 1031	794
Fraser Jewellers (1982) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.	(1997), 34 O.R. (3d) 1	103
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)	[1992] 1 R.C.S. 3.....	16, 598
Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)	[2000] 2 C.F. 263	16
G		
Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)	2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32	841
Goodwin c. Royaume-Uni	C.E.D.H., Recueil des arrêts et décisions 1996- II	520, 538
Grant c. Torstar Corp.	2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640	508, 540
Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.	[1999] 3 R.C.S. 423	103, 119
H		
Hamdan c. Rumsfeld	548 U.S. 557 (2006)	55
Harelkin c. Université de Regina	[1979] 2 R.C.S. 561	29
Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth	2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129	149, 372

INTITULÉ DE LA CAUSE	REVOI	PAGE
Hillis Oil and Sales Ltd. c. Wynn's Canada, Ltd.	[1986] 1 R.C.S. 57	106
Holland c. Saskatchewan	2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551	370
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	271, 297
Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée	[1989] 1 R.C.S. 426	98, 109
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1995] 3 R.C.S. 453	603

I

Ibrahim c. The King	[1914] A.C. 599	714
Illinois c. Gates	462 U.S. 213 (1983)	298
Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)	[1991] 1 R.C.S. 326	32
In re Grand Jury Subpoena, Judith Miller	397 F.3d 964 (2005)	522, 538
Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.	2000 CSC 12, [2000] 1 R.C.S. 298	160, 371
International Brotherhood of Teamsters c. Therien	[1960] R.C.S. 265	187
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	833

J

Jacobi c. Griffiths	[1999] 2 R.C.S. 570	198
John c. Express Newspapers	[2000] 3 All E.R. 257	520, 541
John Fairfax & Sons Ltd. c. Cojuangco	(1988), 165 C.L.R. 346	511
Johnson c. Ontario (Minister of Revenue)	(1990), 75 O.R. (2d) 558	871

K

K.L.B. c. Colombie-Britannique	2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403	198, 386
Kamloops (Ville de) c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2	160, 370
Karsales (Harrow) Ltd. c. Wallis	[1956] 1 W.L.R. 936	116
Kaunda c. President of the Republic of South Africa	[2004] ZACC 5, 136 I.L.R. 452	66
Khadr c. Canada	2005 CF 1076, [2006] 2 R.C.F. 505	51
King c. Low	[1985] 1 R.C.S. 87	385
Krieger c. Law Society of Alberta	2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372	838

L

La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.	[1981] 1 R.C.S. 111	109
Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209	706, 841
Leroux c. Molgat	(1985), 67 B.C.L.R. 29	196
Letter Carriers' Union of Canada c. Canadian Union of Postal Workers, Edmonton Local	(1993), 146 A.R. 184	192
Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1145	386
Luchka c. Zens	(1989), 37 B.C.L.R. (2d) 127	340

M

M. (A.) c. Ryan	[1997] 1 R.C.S. 157	513, 539
M. (K.) c. M. (H.)	[1992] 3 R.C.S. 6	390

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée	[1999] 1 R.C.S. 619	81, 110
M'Kendrick c. National Union of Dock Labourers	(1910), 2 S.L.T. 215	192
Mainland Sawmills Ltd. c. U.S.W., Local 1-3567	2007 BCSC 1433, 62 C.C.E.L. (3d) 66.....	197
Maranda c. Richer	2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193	345, 841
Martel Building Ltd. c. Canada	2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860	81, 111
Matusiak c. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council	[1999] B.C.J. No. 2416 (QL)	196
Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)	2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326	806
McGuinness c. Attorney-General of Victoria	(1940), 63 C.L.R. 73	511
McMillan c. La Reine	[1977] 2 R.C.S. 824	405
Mills c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 863.....	242, 773
Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)	2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6	585
Mireau c. Canada	(1995), 128 Sask. R. 142	341
Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)	2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152	24
Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.	2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141	833
Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations condition- nelles)	[1996] 1 R.C.S. 75	773
Morguard Investments Ltd. c. De Savoye	[1990] 3 R.C.S. 1077	656
Moyosa c. Alberta (Labour Relations Board)	[1989] 1 R.C.S. 1572	509, 536
Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois	2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256	774

N

Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)	2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511	587, 620
Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.	2001 CSC 58, [2001] 2 R.C.S. 943	110
New Brunswick Electric Power Commission c. International Brother- hood of Electrical Workers AFL-CIO-CLC, Local 1733	(1976), 16 N.B.R. (2d) 361	187
New York Times Co. c. Gonzales	459 F.3d 160 (2006)	538
Newcastle (Town) c. Mattatall	(1987), 78 R.N.-B. (2 ^e) 236	201
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services commu- nautaires) c. G. (J.)	[1999] 3 R.C.S. 46	351
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin	2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504	774
Novak c. Bond	[1999] 1 R.C.S. 808	675

O

O'Neill c. Canada (Attorney General)	(2006), 213 C.C.C. (3d) 389	513, 548
Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson	2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257	774
Ontario (Attorney General) c. Fineberg	(1994), 19 O.R. (3d) 197	834
Ontario (Attorney General) c. Ontario (Freedom of Information and Protection of Privacy Act Adjudicator)	(2002), 22 C.P.R. (4th) 447	847
Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) c. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)	(1999), 46 O.R. (3d) 395	847
Ontario (Minister of Finance) c. Higgins	(1999), 118 O.A.C. 108	847
Ontario (Ministry of Finance) c. Ontario (Inquiry Officer)	(1998), 5 Admin. L.R. (3d) 175	831
Operation Dismantle c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 441	63
Ottawa Citizen Group Inc. c. R.	(2005), 75 O.R. (3d) 590	358

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
P		
Palmer c. La Reine.....	[1980] 1 R.C.S. 759	644, 698
Palmer c. The Queen	(1971), 55 Cr. App. R. 223	472
Patterson c. La Reine	[1970] R.C.S. 409	357
Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)	2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585	774
Personne désignée c. Vancouver Sun	2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253	739, 759
Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital	2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528	807
Plas-Tex Canada Ltd. c. Dow Chemical of Canada Ltd.	2004 ABCA 309, 245 D.L.R. (4th) 650	122
Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)	2004 CF 1265, [2004] A.C.F. n° 1518 (QL)	30
Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)	2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610	16
Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)	2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388	587, 609
Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority	[1999] 3 R.C.S. 134	437
Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)	2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550	587
Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)	2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809	841
Procureur c. Brdjanin et Talic	TPIY, n° IT-99-36-AR73.9, 11 décembre 2002	541
Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre	[1982] 1 R.C.S. 175	738, 758
Q		
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)	2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185	783
Québec (Procureur général) c. Chabot	[1992] R.J.Q. 2102	243
Québec (Procureur général) c. Commission scolaire crie	[2001] R.J.Q. 2128	599
Québec (Procureur général) c. Laroche	2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708	300
Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)	2004 CSC 40, [2004] 2 R.C.S. 223	774
R		
R. c. 974649 Ontario Inc.	2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575	773
R. c. A.B.	(1986), 50 C.R. (3d) 247	701
R. c. Annett	(1984), 17 C.C.C. (3d) 332	873
R. c. Antley	[1964] 2 C.C.C. 142	472
R. c. Araujo	2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992	272, 299
R. c. Arcuri	2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828	321
R. c. B. (L.)	(1993), 13 O.R. (3d) 796	404
R. c. Badger	[1996] 1 R.C.S. 771	570, 614
R. c. Basi	2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389	837
R. c. Baxter	(1975), 27 C.C.C. (2d) 96	465, 472
R. c. Bear	(1988), 72 Sask. R. 99	243
R. c. Beaudry	2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190	838

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Belnavis	[1997] 3 R.C.S. 341	871
R. c. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 R.C.S. 295	742
R. c. Bill	(1998), 13 C.R. (5th) 125	234
R. c. Bjelland	2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651	64
R. c. Born with a Tooth	(1992), 76 C.C.C. (3d) 169	466
R. c. Bosley	(1992), 18 C.R. (4th) 347	239
R. c. Bottrell	(1981), 60 C.C.C. (2d) 211	228
R. c. Brown	2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185	841
R. c. Brown	[2005] O.J. No. 2951 (QL)	474
R. c. Brundia	2007 ONCA 725, 230 O.A.C. 29	341
R. c. Burke	[1968] 2 C.C.C. 124	241
R. c. Burlingham	[1995] 2 R.C.S. 206	740
R. c. Burns	[1994] 1 R.C.S. 656	347
R. c. Butler	[1992] 1 R.C.S. 452	742
R. c. C. (D.D.)	(1996), 110 C.C.C. (3d) 323	340
R. c. C.J.O.	[2005] O.J. No. 5006 (QL)	474
R. c. C.L.Y.	2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5	406, 464
R. c. Campbell	[1999] 1 R.C.S. 565	24, 838
R. c. Canadian Broadcasting Corp.	(2001), 52 O.R. (3d) 757	528
R. c. Caprara	(2006), 144 C.R.R. (2d) 287	880
R. c. Carpenter	2002 BCCA 301, 168 B.C.A.C. 137	244
R. c. Caslake	[1998] 1 R.C.S. 51	867
R. c. Chalk	2007 ONCA 815, 88 O.R. (3d) 448	303
R. c. Chambers	[1990] 2 R.C.S. 1293	548
R. c. Charles	(1987), 61 Sask. R. 166	242
R. c. Chubak	2009 ABCA 8, 243 C.C.C. (3d) 202	880
R. c. Collins	[1987] 1 R.C.S. 265	57, 252, 867
R. c. Cooper (No. 2)	(1977), 35 C.C.C. (2d) 35	241
R. c. Corbett	[1988] 1 R.C.S. 670	405, 761
R. c. Court	(1995), 23 O.R. (3d) 321	824
R. c. Court	(1997), 36 O.R. (3d) 263	825
R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.	[1988] 1 R.C.S. 401	622
R. c. D. (S.)	2007 ONCA 243, 218 C.C.C. (3d) 323	406
R. c. D.B.	2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3	58
R. c. Daniels	2004 NLCA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290	267, 305
R. c. Debot	[1989] 2 R.C.S. 1140	297
R. c. Dennison	(1990), 109 R.N.-B. (2 ^e) 388	243
R. c. Deschamplain	2004 CSC 76, [2004] 3 R.C.S. 601	357
R. c. Deschamps	2003 MBCA 116, 177 Man. R. (2d) 301	341
R. c. Dinardo	2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788	464
R. c. Edwards	[1996] 1 R.C.S. 128	870
R. c. F. W. Woolworth Co.	(1974), 3 O.R. (2d) 629	420
R. c. Fairn	(1973), 12 C.C.C. (2d) 423	241
R. c. Fawthrop	(2002), 161 O.A.C. 350	283, 313
R. c. Feeney	[1997] 2 R.C.S. 13	878
R. c. Ferguson	2006 ABCA 261, 397 A.R. 1	221
R. c. Ferguson	2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96	221
R. c. Foulds	[1998] S.J. No. 560 (QL)	243
R. c. Franks	2003 SKCA 70, 176 C.C.C. (3d) 488	878

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. G. (B.)	[1999] 2 R.C.S. 475	704, 714
R. c. G.D.B.	2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520	706
R. c. Gamble	[1988] 2 R.C.S. 595	67, 773
R. c. Gardiner	2008 ONCA 397, 231 C.C.C. (3d) 394	358
R. c. Garofoli	[1990] 2 R.C.S. 1421	299
R. c. George	(2000), 145 C.C.C. (3d) 405	466
R. c. Glykis	(1995), 84 O.A.C. 140	220
R. c. Golden	2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679	879
R. c. Golding	2007 NBBR 320, 325 R.N.-B. (2 ^e) 92	341
R. c. Graham	2007 CarswellPEI 80	317
R. c. Graham	2008 PESCAD 7, 277 Nfld. & P.E.I.R. 103	285
R. c. Grant	[1993] 3 R.C.S. 223	299
R. c. Grant	2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353	251, 265, 881
R. c. Graveline	2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609	426
R. c. Green	2002 BCCA 269 (CanLII)	406
R. c. Grenke	2004 ONCJ 121, 7 M.V.R. (5th) 89	243
R. c. Greyeyes	[1997] 2 R.C.S. 825	420
R. c. Grimes	(1987), 70 Nfld. & P.E.I.R. 11	244
R. c. Gruenke	[1991] 3 R.C.S. 263	509
R. c. Gunning	2005 CSC 27, [2005] 1 R.C.S. 627	466
R. c. Hall	2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309	753, 760
R. c. Hamilton	(2004), 72 O.R. (3d) 1	232
R. c. Hape	2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292	54
R. c. Harris	2007 ONCA 574, 87 O.R. (3d) 214	867
R. c. Harrison	2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494	868
R. c. Hebert	[1990] 2 R.C.S. 151	548
R. c. Hess (No. 1)	(1948), 94 C.C.C. 48	303
R. c. Hibbert	[1995] 2 R.C.S. 973	421
R. c. Ho	2003 BCCA 663, 21 B.C.L.R. (4th) 83	340
R. c. Hodgson	[1998] 2 R.C.S. 449	699
R. c. Howard	[1994] 2 R.C.S. 299	618
R. c. Huber	2004 BCCA 43, 192 B.C.A.C. 75	340
R. c. Hufsky	[1988] 1 R.C.S. 621	867
R. c. Hydro-Québec	[1997] 3 R.C.S. 213	622
R. c. Hynes	2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623	773
R. c. I. (L.R.) et T. (E.)	[1993] 4 R.C.S. 504	702, 713
R. c. J.-L.J.	2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600	313
R. c. Jacques	[1996] 3 R.C.S. 312	879
R. c. Jarvis	2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757	876
R. c. Jevons	2008 ONCJ 559, [2008] O.J. No. 4397 (QL)	755
R. c. Jorgensen	[1995] 4 R.C.S. 55	424
R. c. Kandola	(1993), 80 C.C.C. (3d) 481	472
R. c. Kang-Brown	2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456	870
R. c. Keegstra	[1990] 3 R.C.S. 697	742
R. c. Khela	2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104	643
R. c. Khuc	2000 BCCA 20, 132 B.C.A.C. 139	406
R. c. Kirkness	[1990] 3 R.C.S. 74	422

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Kirzner	(1976), 14 O.R. (2d) 665	240
R. c. Kong	2005 ABCA 255, 200 C.C.C. (3d) 19	466
R. c. L.M.	2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163	234
R. c. Laboucan	2009 ABCA 7, 1 Alta. L.R. (5th) 264	414
R. c. Laboucan	2010 CSC 12, [2010] 1 R.C.S. 397	414
R. c. Ladouceur	[1990] 1 R.C.S. 1257	867
R. c. Ladouceur	2002 SKCA 73, 165 C.C.C. (3d) 321	868
R. c. Law	2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227	874
R. c. Leaver	(1996), 3 C.R. (5th) 138	240
R. c. Little	(1998), 122 C.C.C. (3d) 365	471
R. c. Lomage	(1991), 2 O.R. (3d) 621	706
R. c. Lyons	[1987] 2 R.C.S. 309	232
R. c. M. (C.A.)	[1996] 1 R.C.S. 500	232
R. c. Maciel	2007 ONCA 196, 219 C.C.C. (3d) 516	422
R. c. MacLean	[1988] O.J. No. 2515 (QL)	244
R. c. MacPherson	(1995), 166 R.N.-B. (2 ^e) 81	243
R. c. Marin	[1994] O.J. No. 1280 (QL)	879
R. c. Marshall	[1999] 3 R.C.S. 456	599
R. c. Marshall	2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220	610
R. c. Martineau	[1990] 2 R.C.S. 633	423
R. c. Mater	(1988), 47 C.R.R. 351	244
R. c. McClure	2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445	344, 508, 841
R. c. McDonnell	[1997] 1 R.C.S. 948	234
R. c. McKay	2009 MBCA 53, 246 C.C.C. (3d) 24	466
R. c. McKnight	(1999), 135 C.C.C. (3d) 41	234
R. c. Mellenthin	[1992] 3 R.C.S. 615	858
R. c. Menard	2008 BCCA 521, 240 C.C.C. (3d) 1	773
R. c. Mentuck	2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442	737, 758, 789
R. c. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn	[1968] 1 All E.R. 763	837
R. c. Mohan	[1994] 2 R.C.S. 9	313
R. c. Molodowic	2000 CSC 16, [2000] 1 R.C.S. 420	329
R. c. Morgentaler	[1988] 1 R.C.S. 30	230
R. c. Morrissey	2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90	234
R. c. Morrissey	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193	406
R. c. Munoz	2006 ABQB 901, 69 Alta. L.R. (4th) 231	237
R. c. Murray	(1997), 115 C.C.C. (3d) 225	406
R. c. Murray	(2000), 144 C.C.C. (3d) 289	519, 549
R. c. Nasogaluak	2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206	813
R. c. Neveu	2005 NSPC 51, 239 N.S.R. (2d) 59	313
R. c. O'Connor	[1995] 4 R.C.S. 411	219
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	731
R. c. Oakoak	2008 NUCJ 16 (CanLII)	474
R. c. Ogal	(1928), 50 C.C.C. 71	472
R. c. Orbanski	2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3	868
R. c. Owen	2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779	806
R. c. Panko	(2007), 52 C.R. (6th) 378	267
R. c. Panousis	2002 ABQB 1109, 329 A.R. 47	240
R. c. Panousis	2004 ABCA 211 (CanLII)	240

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Parisien	(1971), 3 C.C.C. (2d) 433	241
R. c. Parnell	(1995), 59 B.C.A.C. 291	406
R. c. Pasemko	(1982), 17 M.V.R. 247	244
R. c. Pelletier	(1986), 42 M.V.R. 67	244
R. c. Perello	2005 SKCA 8, 193 C.C.C. (3d) 151	878
R. c. Peterman	(2004), 70 O.R. (3d) 481	341
R. c. Pigeon	(1992), 73 C.C.C. (3d) 337	238
R. c. Pires	2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343	300
R. c. Poitras	(2002), 57 O.R. (3d) 538	406
R. c. Power	[1994] 1 R.C.S. 601	838
R. c. Preston	(1953), 106 C.C.C. 135	472
R. c. Proulx	2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61	234
R. c. R.E.M.	2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3	406, 459, 468
R. c. Rahey	[1987] 1 R.C.S. 588	773
R. c. Rao	(1984), 12 C.C.C. (3d) 97	879
R. c. Regan	2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297	64, 219, 838
R. c. Rowbotham	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1	351
R. c. Rushlow	2009 ONCA 461, 245 C.C.C. (3d) 505	352
R. c. S. (W.D.)	[1994] 3 R.C.S. 521	464
R. c. S.L.L.	2002 SKQB 425, 229 Sask. R. 96	243
R. c. Serendip Physiotherapy Clinic	(2004), 73 O.R. (3d) 241	528
R. c. Sewell	2003 SKCA 52, 175 C.C.C. (3d) 242	876
R. c. Sheppard	2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869	471
R. c. Shropshire	[1995] 4 R.C.S. 227	234
R. c. Silverquill	1999 BCCA 128, 121 B.C.A.C. 126	406
R. c. Simon	(1975), 25 C.C.C. (2d) 159	241
R. c. Sioui	[1990] 1 R.C.S. 1025	609
R. c. Smith	[1987] 1 R.C.S. 1045	234
R. c. Smith	[1989] 2 R.C.S. 1120	773
R. c. Smith	2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146	643
R. c. Solowan	2008 CSC 62, [2008] 3 R.C.S. 309	231
R. c. Spence	(1995), 134 Sask. R. 157	474
R. c. Steinberg	[1967] 1 O.R. 733	241
R. c. Stillman	[1997] 1 R.C.S. 607	741
R. c. Sundown	[1999] 1 R.C.S. 393	614
R. c. Swain	[1991] 1 R.C.S. 933	806
R. c. Taillefer	2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307	644
R. c. Terrence	[1983] 1 R.C.S. 357	303
R. c. Tessling	2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432	870
R. c. Trenholme	(1920), 30 B.R. 232	701
R. c. Trochym	2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239	313
R. c. Turcotte	2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519	548
R. c. Vermette	[1988] 1 R.C.S. 985	761
R. c. W. (D.)	[1991] 1 R.C.S. 742	402, 459
R. c. Weare	(1983), 56 N.S.R. (2d) 411	471
R. c. Weir	2001 ABCA 181, 95 Alta. L.R. (3d) 225	267, 305
R. c. Wells	[1998] 2 R.C.S. 517	701

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOVI	PAGE
R. c. White	2005 ABCA 435, 56 Alta. L.R. (4th) 255 ...	762
R. c. Wilmott	(1966), 58 D.L.R. (2d) 33	231
R. c. Wust	2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455	225
R. c. York	2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331	302
R. c. Zwicker	(1995), 169 R.N.-B. (2 ^e) 350	243
Rasul c. Bush	542 U.S. 466 (2004)	55
Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada ...	(1984), 44 O.R. (2d) 609	733
Re Leask and Cronin	(1985), 18 C.C.C. (3d) 315	339
Re Millar Estate	[1938] R.C.S. 1	120
Re Oil, Chemical & Atomic Workers & Polymer Corp.	(1958), 10 Lab. Arb. Cas. 31	199
Re Pacific Press Ltd. and The Queen	(1977), 37 C.C.C. (2d) 487	520, 551
Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings	[1933] R.C.S. 269	62
Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commis- sioners	2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360	783
Renvoi : Family Relations Act (C.-B.)	[1982] 1 R.C.S. 62	385
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	58, 232
Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution	[1982] 2 R.C.S. 793	368
Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23	2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669	603
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	64, 368
Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe	2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698	368
Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)	[1991] 2 R.C.S. 525	368
Resurface Corp. c. Hanke	2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333	178
Reynolds c. Times Newspapers Ltd.	[2001] 2 A.C. 127	541
Reza c. Canada	[1994] 2 R.C.S. 394	29
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27	380, 672
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	739
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519	230
Roncarelli c. Duplessis	[1959] R.C.S. 121	790
Rothfield c. Manolakos	[1989] 2 R.C.S. 1259	160
Ruby c. Canada (Solliciteur général)	2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3	758
Ryan c. Victoria (Ville)	[1999] 1 R.C.S. 201	371
S		
Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas	C.E.D.H., n ^o 38224/03, 31 mars 2009 (en ligne)	520
Sansregret c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 570	424
Schreiber c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269	22
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	513
Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)	2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522	759
Simon c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 387	609
Slaight Communications Inc. c. Davidson	[1989] 1 R.C.S. 1038	774
Slavutych c. Baker	[1976] 1 R.C.S. 254.....	513, 539
Smith c. Jones	[1999] 1 R.C.S. 455	344, 841
Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada	2008 CSC 15, [2008] 1 R.C.S. 383	774

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal	[1987] 1 R.C.S. 711	81
Société Radio-Canada c. Lessard	[1991] 3 R.C.S. 421	503, 550
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général) ...	[1991] 3 R.C.S. 459	503, 550
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général) ...	[1996] 3 R.C.S. 480	736, 758, 835
Solosky c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 821	67, 841
St. Elizabeth Home Society c. Hamilton (City)	2008 ONCA 182, 230 C.C.C. (3d) 199	503, 540
Stafford c. British Columbia	[1996] B.C.J. No. 1010 (QL)	177
Succession MacDonald c. Martin	[1990] 3 R.C.S. 1235	342
Succession Odhavji c. Woodhouse	2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263	149, 370
Succession Ordon c. Grail	[1998] 3 R.C.S. 437	671
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3	56
Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.	2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83	157
T		
Tercon Contractors Ltd. c. British Columbia	(1993), 9 C.L.R. (2d) 197	112
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	[1991] 2 R.C.S. 22	774
The Koursk	[1924] P. 140	201
Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)	[1992] 1 R.C.S. 385	23
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)	[1998] 1 R.C.S. 877	731, 835
Tolofson c. Jensen	[1994] 3 R.C.S. 1022	660
Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario	2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188	759, 789
U		
Ultramares Corp. c. Touche	174 N.E. 441 (1931)	169
United States c. Falso	544 F.3d 110 (2008)	313
United States c. Gourde	440 F.3d 1065 (2006)	313
United States c. Martin	426 F.3d 68 (2005)	313
United States c. Perrine	518 F.3d 1196 (2008)	313
United States c. Shields	458 F.3d 269 (2006)	313
United States c. Terry	522 F.3d 645 (2008)	285, 317
United States c. Weber	923 F.2d 1338 (1990)	285
United States of America c. Jawad	commission militaire, 24 septembre 2008 (en ligne)	57
Untel c. Bennett	2004 CSC 17, [2004] 1 R.C.S. 436	196
V		
Van den Biggelaar c. Dohmen/Langenberg	Hoge Raad der Nederlanden, jugement du 10 mai 1996, NJ 1996/578	541
Vancouver Sun (Re)	2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332	739, 759
Vaughan c. Canada	2005 CSC 11, [2005] 1 R.C.S. 146	783
Vescio c. The King	[1949] R.C.S. 139	358
Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)	[1991] 1 R.C.S. 671	758
Voskuil c. Netherlands	(2007), 24 B.H.R.C. 306	541

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
W		
Weber c. Ontario Hydro	[1995] 2 R.C.S. 929	773
Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 R.C.S. 625	806
X		
X Ltd. c. Morgan-Grampian Ltd.	[1991] 1 A.C. 1	538
Y		
Young c. Young	[1993] 4 R.C.S. 3	350

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
C		F	
<i>Canada Evidence Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-5		<i>Federal Courts Act</i> , R.S.C. 1985, c. F-7	
s. 16.1	3	s. 18.1(3)	6
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		<i>Freedom of Information and Protection of Privacy Act</i> , R.S.O. 1990, c. F.31	
s. 1	721	s. 14	815
s. 2(b)	477, 721, 815	s. 19	815
s. 7	3, 44, 206	s. 23	815
s. 8	248, 253, 477, 851		
s. 9	851	H	
s. 11(d)	3	<i>Highway Traffic Act</i> , S.S. 1986, c. H-3.1	
s. 24	765	s. 40	851
s. 24(1)	44, 206	<i>Highways and Transportation Act</i> , 1997, S.S. 1997, c. H-3.01	
s. 24(2)	248, 253, 851	s. 63(5)	851
<i>Canadian Environmental Assessment Act</i> , S.C. 1992, c. 37	557		
s. 15	6	L	
s. 21	6	<i>Limitations Act</i> , R.S.A. 2000, c. L-12	
<i>Comprehensive Study List Regulations</i> , SOR/94-638	6	s. 3	649
<i>Constitution Act, 1982</i>		s. 11	649
s. 35	557	M	
<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46		<i>Mining Safety Act</i> , R.S.N.W.T. 1988, c. M-13	
s. 4(3)	253	s. 42	132
s. 21(1)(b)	411	s. 43	132
s. 21(1)(c)	411	P	
s. 39(1)	455	<i>Payments in Lieu of Taxes Act</i> , R.S.C. 1985, c. M-13	427
s. 163.1(4)	253		
s. 163.1(4.1)	253		
s. 486.2	3		
s. 487.01	477		
s. 517	721		
s. 672.54	765		
s. 672.55	765		
ss. 718 to 718.2	206		
<i>Crown Corporation Payments Regulations</i> , SOR/81-1030	427		

TREATIES AND OTHER INTERNATIONAL INSTRUMENTS

	PAGE		PAGE
<i>Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Can. T.S. 1986 No. 43</i>		<i>James Bay and Northern Québec Agreement</i>	
art. III	649	s. 22	557

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi canadienne sur l'évaluation environ-</i>	
art. 1	721	mentale, L.C. 1992, ch. 37	557
art. 2b)	477, 721, 815	art. 15	6
art. 7	3, 44, 206	art. 21	6
art. 8	248, 253, 477, 851	<i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	
art. 9	851	art. 35	557
art. 11d)	3	<i>Loi sur l'accès à l'information et la protec-</i>	
art. 24	765	tion de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31	
art. 24(1)	44, 206	art. 14	815
art. 24(2)	248, 253, 851	art. 19	815
<i>Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46</i>		art. 23	815
art. 4(3)	253	<i>Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985,</i>	
art. 21(1)b)	411	ch. C-5	
art. 21(1)c)	411	art. 16.1	3
art. 39(1)	455	<i>Loi sur la sécurité dans les mines, L.R.T.N.-O.</i>	
art. 163.1(4)	253	1988, ch. M-13	
art. 163.1(4.1)	253	art. 42	132
art. 486.2	3	art. 43	132
art. 487.01	477	<i>Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985,</i>	
art. 517	721	ch. F-7	
art. 672.54	765	art. 18.1(3)	6
art. 672.55	765	<i>Loi sur les paiements versés en remplacement</i>	
art. 718 à 718.2	206	d'impôts, L.R.C. 1985, ch. M-13	427
H			
<i>Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1</i>		R	
art. 40	851	<i>Règlement sur la liste d'étude approfondie,</i>	
<i>Highways and Transportation Act, 1997, S.S.</i>		DORS/94-638	6
1997, ch. H-3.01		<i>Règlement sur les paiements versés par les</i>	
art. 63(5)	851	sociétés d'état, DORS/81-1030	427
L			
<i>Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12</i>			
art. 3	649		
art. 11	649		

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

	PAGE		PAGE
<i>Convention de la Baie-James et du Nord québécois</i>		<i>Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, R.T. Can. 1986 n° 43</i>	
art. 22	557	art. III	649

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Abramowicz, David. “Calculating the Public Interest in Protecting Journalists’ Confidential Sources” (2008), 108 <i>Colum. L. Rev.</i> 1949.	543
Akdeniz, Yaman. <i>Internet Child Pornography and the Law: National and International Responses</i> . Burlington, Vermont: Ashgate, 2008.	292
Article 19 and Interights. <i>Briefing Paper on Protection of Journalists’ Sources: Freedom of Expression Litigation Project</i> , May 1998 (online: www.article19.org/pdfs/publications/right-to-protect-sources.pdf).	541
Association canadienne des journalistes. <i>Guidelines for Investigative Journalism</i> , approved at the 2004 Annual General Meeting (online : http://www.eagle.ca/caj/principles/principles-statement-investigative-2004.htm).	503
Association du Barreau canadien. <i>Code de déontologie professionnelle</i> . Ottawa : Association du Barreau canadien, 2009 (en ligne : http://www.cba.org/abc/activities_f/pdf/codeofconduct.pdf).	349
Bankes, Nigel. “Co-operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia” (1991), 29 <i>Alta. L. Rev.</i> 792.	604
Barak, Aharon. “Proportional Effect: The Israeli Experience” (2007), 57 <i>U.T.L.J.</i> 369.	740
Barreau du Haut-Canada. <i>Code de déontologie</i> , mis à jour 25 juin 2009 (en ligne : http://www.lsuc.on.ca/fr/lawyer-regulation/a/rules-of-professional-conduct/).	339
Bartlett, Peter. “Australia”, in Charles J. Glasser Jr., ed., <i>International Libel and Privacy Handbook</i> , 2nd ed. New York: Bloomberg, 2009.	538
Blackaby, Nigel, and Constantine Partasides. <i>Redfern and Hunter on International Arbitration</i> , 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.	661
Born, Gary B. <i>International Commercial Arbitration</i> , vol. I, 3rd ed. New York: Kluwer Law International, 2009.	661
Brabyn, Janice. “Protection Against Judicially Compelled Disclosure of the Identity of News Gatherers’ Confidential Sources in Common Law Jurisdictions” (2006), 69 <i>Mod. L. Rev.</i> 895.	538
Brandeis, Louis D. “What Publicity Can Do”, <i>Harper’s Weekly</i> , vol. 58, December 20, 1913, 10.	835
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 September 2009). ...	32
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , n ^o 11, 1 ^{re} sess., 28 ^e lég., 18 mars 1969, p. 501-502.	745

Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. III, 3 ^e sess., 28 ^e lég., 5 février 1971, p. 3113-3114.	736
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 137, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 3 mai 2001, p. 3581.	268
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général</i> , n ^o 7, 3 ^e sess., 34 ^e lég., 9 octobre 1991.	807
Canada. Comité de la réforme pénale et correctionnelle. <i>Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger</i> . Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1969.	734
Canada. Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. <i>Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr</i> . Ottawa : Le comité, 2009.	59
Canada. Committee on Corrections. <i>Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1969.	734
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. III, 3rd Sess., 28th Parl., February 5, 1971, pp. 3113-14.	736
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001, p. 3581.	268
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General</i> , No. 7, 3rd Sess., 34th Parl., October 9, 1991.	807
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , No. 11, 1st Sess., 28th Parl., March 18, 1969, pp. 501-2.	745
Canada. Public Works and Government Services Canada. <i>Draft Discussion Paper — 1998 Consultation on the Government of Canada's Municipal Grants Program and Related Legislation</i> . Ottawa: The Department, 1998.	450
Canada. <i>Rapport du Comité technique mixte sur les paiements en remplacement de l'impôt</i> . Ottawa : Le Comité, 1995.	449
Canada. <i>Report of the Joint Technical Committee on Payments in Lieu of Taxes</i> . Ottawa: The Committee, 1995.	449
Canada. Security Intelligence Review Committee. <i>CSIS's Role in the Matter of Omar Khadr</i> . Ottawa: The Committee, 2009.	59
Canada. Travaux publics et Services gouvernementaux Canada. <i>Document de travail — Consultation sur le Programme fédéral de subventions aux municipalités et sur les lois connexes 1998</i> . Ottawa : Le ministère, 1998.	450
Canadian Association of Journalists. <i>Guidelines for Investigative Journalism</i> , approved at the 2004 Annual General Meeting (online: http://www.eagle.ca/caj/principles/principles-statement-investigative-2004.htm).	503
Canadian Bar Association. <i>Code of Professional Conduct</i> . Ottawa: Canadian Bar Association, 2009 (online: http://www.cba.org/CBA/activities/pdf/codeofconduct.pdf).	349
Chambre de commerce internationale. « Guide des règles nationales de procédure pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales conformément à la Convention de New York », <i>Bull. CCI — Supp. spéc.</i> 2008, 2009.	662
Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. <i>Interprétation des lois</i> , 4 ^e éd. Montréal : Thémis, 2009.	611

Editorial. “Shielding a Basic Freedom”, <i>The New York Times</i> , September 12, 2005, p. A20.	503
États-Unis. Congressional Research Service. CRS Report for Congress. <i>Journalists’ Privilege to Withhold Information in Judicial and Other Proceedings : State Shield Statutes</i> (June 27, 2007).	541
Freedman, Eric M. “Reconstructing Journalists’ Privilege” (2008), 29 <i>Cardozo L. Rev.</i> 1381.	538
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Torts in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 2002.	201
Friedland, Martin L. <i>Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates’ Courts</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1965.	734
Gora, Joel M. “The Source of the Problem of Sources: The First Amendment Fails the Fourth Estate” (2008), 29 <i>Cardozo L. Rev.</i> 1399.	538
Gourdeau, Éric. « Genèse de la Convention de la Baie-James et du Nord québécois », dans Alain-G. Gagnon et Guy Rocher, dir., <i>Regard sur la Convention de la Baie-James et du Nord québécois</i> . Montréal : Québec Amérique, 2002.	593
Gourdeau, Éric. “Genesis of the James Bay and Northern Québec Agreement”, in Alain-G. Gagnon and Guy Rocher, eds., <i>Reflections on the James Bay and Northern Québec Agreement</i> . Montréal: Québec Amérique, 2002.	593
Grammond, Sébastien. <i>Aménager la coexistence : Les peuples autochtones et le droit canadien</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.	610
Grammond, Sébastien. « Les effets juridiques de la <i>Convention de la Baie James</i> au regard du droit interne canadien et québécois » (1992), 37 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 761.	609
Hall, Geoff R. <i>Canadian Contractual Interpretation Law</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.	114
Hobby, Beverly, et al. <i>Canadian Environmental Assessment Act: An Annotated Guide</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated 2008, release 9).	24
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2007 (updated 2009, release 1).	62, 366
Howard, Ty E. “Don’t Cache Out Your Case: Prosecuting Child Pornography Possession Laws Based on Images Located in Temporary Internet Files” (2004), 19 <i>Berkeley Tech. L.J.</i> 1227.	305
International Chamber of Commerce. “Guide to National Rules of Procedure for Recognition and Enforcement of New York Convention Awards”, <i>ICC Bull.</i> — 2008 <i>Spec. Supp.</i> , 2009.	662
Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. <i>L’action gouvernementale — Précis de droit des institutions administratives</i> , 3 ^e éd. Cowansville, Québec : Yvon Blais, 2009.	445
Jacob, I. H. “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 <i>Curr. Legal Probs.</i> 23.	342
Kain, Brandon, and Douglas T. Yoshida. “The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law”, in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., <i>Annual Review of Civil Litigation, 2007</i> . Toronto: Thomson Carswell, 2007, 1.	120
Kaufman, Fred. <i>The Admissibility of Confessions</i> , 3rd ed. Toronto: Carswell, 1979.	717
Kennett, Steven A. “Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment” (1993), 31 <i>Alta. L. Rev.</i> 644.	604
Klar, Lewis N. <i>Tort Law</i> , 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2003.	201
Klar, Lewis N. <i>Tort Law</i> , 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2008.	386
Latimer, Jeff, and Austin Lawrence. <i>Research Report: The Review Board Systems in Canada: Overview of Results from the Mentally Disordered Accused Data Collection Study</i> . Ottawa: Department of Justice Canada, Research and Statistics, January 2006.	809

Latimer, Jeff, et Austin Lawrence. <i>Rapport de recherche : Les systèmes de commissions d'examen au Canada : Survol des résultats de l'étude de la collecte de données sur les accusés atteints de troubles mentaux</i> . Ottawa : Ministère de la Justice Canada, Recherche et statistique, janvier 2006.	809
Law Society of Alberta. <i>Code of Professional Conduct</i> , version No. 2009_V1, June 3, 2009 (online: http://www.lawsocietyalberta.com/files/Code.pdf).	339
Law Society of British Columbia. <i>Professional Conduct Handbook</i> , updated March 2010 (online: http://www.lawsociety.bc.ca/publications_forms/handbook/handbook_toc.html).	339
Law Society of Upper Canada. <i>Rules of Professional Conduct</i> , updated June 25, 2009 (online: http://www.lsuc.on.ca/regulation/a/profconduct/).	339
Law Society of Yukon. <i>Code of Professional Conduct</i> (online: http://www.lawsocietyyukon.com/code.php).	339
Létourneau, Gilles. <i>The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure</i> . Toronto: Butterworths, 1976.	357
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. <i>Canadian Tort Law</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.	166
Lokan, Andrew K., and Christopher M. Dassios. <i>Constitutional Litigation in Canada</i> . Toronto: Thomson/Carswell, 2006.	783
Luehr, Paul H. "Real Evidence, Virtual Crimes: The Role of Computer Forensic Experts" (2005-2006), 20 <i>Crim. Just.</i> 14.	305
Manson, Allan. "Charter Violations in Mitigation of Sentence" (1995), 41 C.R. (4th) 318.	236
Marin, Giannina. "Possession of Child Pornography: Should You Be Convicted When the Computer Cache Does the Saving for You?" (2008), 60 <i>Fla. L. Rev.</i> 1205.	305
McCamus, John D. <i>The Law of Contracts</i> . Toronto: Irwin Law, 2005.	116
McIvor, Claire. <i>Third Party Liability in Tort</i> . Portland, Or.: Hart Publishing, 2006.	149
Mewett, Alan W., and Morris Manning. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1985.	421
Michaels, Rebecca. "Criminal Law — The Insufficiency of Possession in Prohibition of Child Pornography Statutes: Why Viewing a Crime Scene Should Be Criminal" (2008), 30 <i>W. New Eng. L. Rev.</i> 817.	305
Mirfield, Peter. "The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute" (1987-88), 30 <i>Crim. L.Q.</i> 434.	740
Mitchinson, Tom. "'Public Interest' and Ontario's <i>Freedom of Information and Protection of Privacy Act</i> ". Speech to Law Society of British Columbia, February 16, 2001.	826
<i>Multidictionnaire de la langue française</i> , 5 ^e éd. Montréal : Québec Amérique, 2009, « projet ».	22
Mustill, Michael John. "Arbitration: History and Background" (1989), 6 <i>J. Int'l Arb.</i> 43.	658
<i>New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles</i> , 6th ed., vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 2007, "sedulous".	514
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.	831
Ontario. Royal Commission. <i>Inquiry into Civil Rights</i> . Toronto: Queen's Printer, 1968.	734
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.	514
Pink, Joel E., and David C. Perrier, eds. <i>From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System</i> , 6th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.	753

Poirier, Johanne. « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit », dans Jean-François Gaudreault-DesBiens et Fabien Gélinas, dir., <i>Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005, 441.	603
Poirier, Johanne. “Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale: aux confins du droit et du non-droit”, in Jean-François Gaudreault-DesBiens and Fabien Gélinas, eds., <i>The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005, 441.	603
Poudret, Jean-François, and Sébastien Besson. <i>Comparative Law of International Arbitration</i> , 2nd ed., trans. by Stephen V. Berti and Annette Ponti. London: Sweet & Maxwell, 2007.	661
Québec. Secrétariat aux affaires autochtones. <i>Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires</i> . Sainte-Foy : Le secrétariat, 1998.	602
Quebec. Secrétariat aux affaires autochtones. <i>James Bay and Northern Québec Agreement and Complementary Agreements</i> . Sainte-Foy: The Secretariat, 1998.	602
Régimbald, Guy. <i>Canadian Administrative Law</i> . Markham: LexisNexis, 2008.	445
Roberts, Julian V., and David P. Cole. “Introduction to Sentencing and Parole”, in Julian V. Roberts and David P. Cole, eds., <i>Making Sense of Sentencing</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1999, 3.	232
Rotman, Leonard I. “Taking Aim at the Canons of Treaty Interpretation in Canadian Aboriginal Rights Jurisprudence” (1997), 46 <i>U.N.B.L.J./R.D.U.N.B.</i> 11.	616
Sanders, Douglas. “‘We Intend to Live Here Forever’: A Primer on the <i>Nisga’a Treaty</i> ” (1999-2000), 33 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 103.	610
<i>Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles</i> , 6th ed., vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2007, “manhandle”.	475
<i>Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada</i> , 3rd ed. by Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.	514
Strayer, Barry L. <i>The Canadian Constitution and the Courts</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1988.	367
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law : A Treatise</i> , 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson Carswell, 2007. ...	425
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.	23, 611, 668
Taylor, Max, and Ethel Quayle. <i>Child Pornography: An Internet Crime</i> . London: Routledge, 2003.	313
Trotter, Gary T. <i>The Law of Bail in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 1999.	734
United States. Congressional Research Service. CRS Report for Congress. <i>Journalists’ Privilege to Withhold Information in Judicial and Other Proceedings: State Shield Statutes</i> (June 27, 2007).	541
van den Berg, Albert Jan. <i>The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation</i> . Deventer, The Netherlands: Kluwer Law and Taxation, 1981, reprinted 1994.	662
Waddams, S. M. <i>The Law of Contracts</i> , 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2005.	116
Wade, Sir William, and Christopher Forsyth. <i>Administrative Law</i> , 10th ed. by Christopher Forsyth. Oxford: Oxford University Press, 2009.	32
Wigmore, John Henry. <i>A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law</i> , 2nd ed. Boston: Little, Brown and Co., 1923.	514
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.	514
Williams, Glanville. <i>Criminal Law : The General Part</i> , 2nd ed. London : Stevens & Sons, 1961.	424

Youm, Kyu Ho. "International and Comparative Law on the Journalist's Privilege: The <i>Randal</i> Case as a Lesson for the American Press" (2006), 1 <i>J. Int'l Media & Ent. L.</i> 1.	541
--	-----

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Gordon Dwight Hurley *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HURLEY

2010 SCC 18

File No.: 33301.

2010: March 23; 2010: May 14.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Charge to jury — Sufficiency of Vetrovec warning — Jailhouse informant testifying for Crown on critical aspect of its murder case against accused — Trial judge warning jury to be extremely cautious in accepting witness's evidence because of his previous convictions and drug dependency and advising them that it was "unsafe" and "dangerous" to rely on his testimony absent other supporting evidence — Warning not informing jury that witness was jailhouse informant facing charges and aware of reward offered for information about killing — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge's Vetrovec warning adequate.

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Accused seeking to adduce new evidence before Supreme Court of Canada — New evidence coming from additional police forensic testing and DNA analysis after Court of Appeal set aside accused's conviction and ordered new trial — Whether new evidence should be admitted — Whether new evidence, when taken with other evidence adduced at trial, could reasonably be expected to have affected the result.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Gordon Dwight Hurley *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. HURLEY

2010 CSC 18

N° du greffe : 33301.

2010 : 23 mars; 2010 : 14 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Exposé au jury — Caractère adéquat de la mise en garde de type Vetrovec — Dénonciateur sous garde ayant témoigné sur un aspect capital de la thèse de meurtre plaidée par le ministère public contre l'accusé — Directives du juge du procès aux jurés leur conseillant de faire montre d'une très grande prudence avant d'accepter la déposition du témoin vu les condamnations antérieures de ce dernier et la pharmacodépendance dont il souffrait et les prévenant qu'il était « risqué » et « dangereux » d'ajouter foi à son témoignage, à moins qu'il ne soit corroboré par d'autres éléments de preuve — Mise en garde ne précisant pas au jury que le témoin était un dénonciateur sous garde qui faisait l'objet d'accusations et savait qu'une récompense était offerte pour des renseignements concernant le meurtre — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — La mise en garde de type Vetrovec faite par le juge du procès était-elle adéquate?

Droit criminel — Preuve — Nouvel élément de preuve — Accusé sollicitant l'autorisation de produire des éléments de preuve supplémentaires devant la Cour suprême du Canada — Éléments de preuve supplémentaires provenant de nouvelles analyses criminalistiques et génétiques effectuées par la police après que la Cour d'appel eut annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès — Convient-il d'accepter les éléments de preuve supplémentaires? — Peut-on raisonnablement penser que, conjugués aux autres éléments produits au procès, les éléments de preuve supplémentaires auraient influé sur le résultat?

The accused was charged with second degree murder and tried before a jury. The Crown's evidence indicated that at least two individuals had been in the hotel room with the victim and there was no dispute that the accused was one of them. Critical to the Crown's case was the testimony of a jailhouse informant, N, who testified that the accused had told him that he had cleaned the hotel room in order to remove DNA evidence of his presence. The accused acknowledged talking with N but denied speaking with him about DNA, fingerprints, or wiping down surfaces. The trial judge advised the jury to be "extremely cautious" in accepting N's evidence because he admitted to previous convictions and to having a drug dependence, and advised them that it was "unsafe" and "dangerous" for them to rely on N's testimony unless they found some support for it in the rest of the evidence. However, he did not tell the jury that caution was required because N was a jailhouse informant, that he was facing charges himself, or that he was aware a reward was offered for information about the killing. The accused was convicted, but the Court of Appeal, in a majority decision, quashed the conviction and ordered a new trial on the basis that the trial judge's *Vetrovec* warning was inadequate. The Crown then conducted additional forensic testing and DNA analysis which resulted in reports that more of the accused's DNA was found in the hotel room. The Crown appealed to this Court as of right, and the accused sought to adduce this new evidence.

Held: The fresh evidence should be admitted and the appeal should be dismissed.

A jury, in order to assess the risk of accepting testimony from an unsavoury witness, must understand the reasons for special scrutiny. The characteristics of the witness which bring his or her credibility into serious question must therefore be identified for the jury. Here, the trial judge's warning did not point out to the jury that they should be cautious with N's evidence because of his possible motive to lie in order to get some advantage for himself in his own legal troubles or to collect the reward. While it was debatable whether this omission in the judge's direction was sufficiently serious in the context of this trial so as to require appellate intervention, the new evidence clearly made a new trial necessary. The new evidence met all the relevant criteria for its

L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré et a subi un procès devant jury. Selon la preuve du ministère public, au moins deux personnes s'étaient trouvées dans la chambre d'hôtel avec la victime, et l'accusé était incontestablement l'une de ces personnes. Le témoignage d'un dénonciateur sous garde, N, était d'une importance capitale pour la thèse du ministère public. N a témoigné que l'accusé lui aurait confié avoir nettoyé la chambre d'hôtel afin de supprimer la preuve génétique de sa présence. L'accusé a reconnu qu'il avait effectivement conversé avec N, mais il a nié avoir discuté avec lui d'ADN, d'empreintes digitales ou de surfaces essuyées. Le juge du procès a conseillé aux jurés de faire montre d'une « très grande prudence » avant d'accepter le témoignage de N, étant donné que ce dernier avait admis avoir des condamnations antérieures et souffrir de pharmacodépendance, et les a également prévenus qu'il était « risqué » et « dangereux » d'ajouter foi au témoignage de N, à moins qu'ils estiment qu'il était corroboré par d'autres éléments de preuve. Cependant, il n'a pas précisé au jury que la prudence s'imposait parce que N était un dénonciateur sous garde, qu'il faisait lui-même l'objet d'accusations ou qu'il savait qu'une récompense était offerte pour des renseignements concernant le meurtre. L'accusé a été déclaré coupable, mais les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès au motif que la mise en garde de type *Vetrovec* faite par le juge du procès était inadéquate. Le ministère public a ensuite procédé à d'autres analyses criminalistiques et génétiques qui ont mené à des rapports selon lesquels d'autres traces de l'ADN de l'accusé avaient été découvertes dans la chambre d'hôtel. Le ministère public a interjeté appel de plein droit devant la Cour, et l'accusé a sollicité l'autorisation de présenter ces éléments de preuve supplémentaires.

Arrêt : Les éléments de preuve supplémentaires sont acceptés, et le pourvoi est rejeté.

Pour évaluer le risque qu'il y a à accepter la déposition d'un témoin douteux, le jury doit comprendre les raisons d'un examen rigoureux. Il doit être informé des caractéristiques du témoin qui soulèvent de sérieux doutes quant à sa crédibilité. Le juge du procès n'a pas averti les jurés qu'ils devaient se méfier du témoignage de N étant donné que ce dernier pouvait avoir intérêt à mentir afin d'obtenir un quelconque avantage à l'égard de ses propres problèmes juridiques ou de recevoir la récompense. Il était permis de se demander si l'omission susmentionnée dans les directives du juge était suffisamment grave, dans le contexte du procès en cause, pour justifier l'intervention d'une juridiction d'appel, mais les éléments de preuve supplémentaires établissent

admission; in particular, it may reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. The Crown effectively conceded in its closing argument to the jury that the accused could not be convicted unless the jury accepted N's evidence. The new evidence showing the accused's DNA on three items in the hotel room could have an impact not only on the jury's assessment of the credibility of N, whose evidence was bolstered by the evidence of cleaning, but also on the portion of the trial judge's *Vetrovec* warning where he specifically instructed the jury that the absence of DNA evidence in the room could be considered as supporting N's evidence about his jail cell conversation with the accused.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *R. v. Smith*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307.

Statutes and Regulations Cited

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 52.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 62(3).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Richards, Smith and Hunter JJ.A.), 2009 SKCA 86, 331 Sask. R. 105, 460 W.A.C. 105, 246 C.C.C. (3d) 469, [2009] 10 W.W.R. 217, [2009] S.J. No. 462 (QL), 2009 CarswellSask 500, setting aside the accused's conviction for second degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Lane Wiegers, for the appellant.

Morris P. Bodnar, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN AND CROMWELL JJ. — The Crown appeals as of right on the question of whether the

clairement la nécessité d'un nouveau procès. Ces éléments respectent les critères pertinents justifiant leur acceptation; tout particulièrement, ils peuvent raisonnablement donner à penser que, avec les autres éléments de preuve produits au procès, ils auraient influé sur le résultat. Le ministère public a effectivement concédé, dans son exposé final aux jurés, que ceux-ci ne pouvaient déclarer l'accusé coupable que s'ils acceptaient le témoignage de N. L'effet des éléments de preuve supplémentaires révélant la découverte de l'ADN de l'accusé sur trois autres objets dans la chambre aurait pu se répercuter non seulement sur l'appréciation par le jury de la crédibilité de N, dont le témoignage était étayé par la preuve de nettoyage, mais également sur la partie de la mise en garde de type *Vetrovec* faite par le juge du procès où ce dernier a donné au jury des directives expresses sur la possibilité de considérer l'absence d'une preuve génétique dans la chambre comme un élément corroborant le témoignage de N sur la conversation qu'il aurait eue en cellule avec l'accusé.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Smith*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 62(3).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 52.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Richards, Smith et Hunter), 2009 SKCA 86, 331 Sask. R. 105, 460 W.A.C. 105, 246 C.C.C. (3d) 469, [2009] 10 W.W.R. 217, [2009] S.J. No. 462 (QL), 2009 CarswellSask 500, qui a annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé pour meurtre au deuxième degré et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Lane Wiegers, pour l'appelante.

Morris P. Bodnar, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LES JUGES ROTHSTEIN ET CROMWELL — Le ministère public interjette appel de plein droit

Vetrovec warning given by the trial judge was adequate. The respondent seeks leave to adduce new evidence, pursuant to s. 62(3) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, and Rule 52 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156. The motion was heard with the appeal and judgment was reserved. For the reasons that follow, we would admit the fresh evidence and dismiss the appeal.

[2] Following a jury trial, Gordon Dwight Hurley was convicted of the second degree murder of a young woman, Jarita Naistus. Ms. Naistus' body was found in a hotel room in Lloydminster, Saskatchewan, on October 2, 2005. The cause of her death was asphyxiation due to strangulation and swelling of the brain caused by blunt force trauma. The Crown's evidence indicated at least two individuals had been in the hotel room with Ms. Naistus the previous day. One of these individuals was Mr. Hurley; a torn receipt belonging to him was found in the toilet, his DNA matched a sample found under one of Ms. Naistus' fingernails, and he was a match for biological matter on a facecloth found near Ms. Naistus' body.

[3] Mr. Hurley testified that he met Ms. Naistus at the hotel bar, struck up a conversation and bought her a drink. He wanted to buy some cocaine, and according to his testimony, Ms. Naistus indicated they should go back to her room and she would call a friend who would deliver it. Mr. Hurley testified that after they got to the room Ms. Naistus made a phone call to locate the cocaine. At this point, he was not feeling well and vomited in the toilet in the hotel room. He testified that he used towels to wipe his hands and the top of the toilet. Afterward, when Ms. Naistus advised him her friend would not sell the cocaine, he left the hotel room. According to Mr. Hurley, Ms. Naistus was drunk but alive when he left.

relativement au caractère adéquat de la mise en garde de type *Vetrovec* faite par le juge du procès. Pour sa part, l'intimé sollicite, en vertu du par. 62(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, et de l'art. 52 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, l'autorisation de produire des éléments de preuve supplémentaires. Sa requête a été entendue en même temps que l'appel, et l'affaire a été mise en délibéré. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis d'accepter les éléments de preuve supplémentaires et de rejeter l'appel.

[2] À l'issue d'un procès devant jury, Gordon Dwight Hurley a été déclaré coupable du meurtre au deuxième degré d'une jeune femme, Jarita Naistus. Le corps de M^{me} Naistus avait été découvert dans une chambre d'hôtel à Lloydminster, en Saskatchewan, le 2 octobre 2005. Le décès était attribuable à une asphyxie par strangulation et à un œdème cérébral causé par un traumatisme contondant. Selon la preuve du ministère public, au moins deux personnes s'étaient trouvées dans la chambre d'hôtel avec M^{me} Naistus la veille. M. Hurley était l'une de ces personnes : un reçu déchiré lui appartenant avait été découvert dans la cuvette des toilettes, l'ADN tiré d'un échantillon prélevé sous un ongle de M^{me} Naistus correspondait à celui de M. Hurley et du matériel biologique recueilli sur une débarbouillette trouvée près du corps de M^{me} Naistus provenait également de l'accusé.

[3] Dans son témoignage, M. Hurley a déclaré avoir rencontré M^{me} Naistus au bar de l'hôtel, avoir engagé la conversation avec elle et lui avoir payé un verre. Il voulait acheter de la cocaïne et, d'affirmer M. Hurley, M^{me} Naistus l'a invité à l'accompagner à sa chambre, d'où elle appellerait un ami qui livrerait la drogue. Toujours selon lui, une fois dans sa chambre, M^{me} Naistus a fait un appel pour trouver la cocaïne. À ce moment-là, pris d'un malaise, M. Hurley a vomi dans les toilettes de la chambre d'hôtel. Il a témoigné avoir utilisé des serviettes pour essuyer ses mains ainsi que le dessus de la cuvette. Par la suite, lorsque M^{me} Naistus lui a appris que son ami ne voulait pas lui vendre de cocaïne, il a quitté la chambre d'hôtel. Selon M. Hurley, M^{me} Naistus était en état d'ébriété, mais vivante, à son départ.

[4] There was no dispute that Mr. Hurley had been in the hotel room. The only question was whether he was Ms. Naistus' killer. Critical to that aspect of the Crown's case was the testimony of Darrel Niemi, a jailhouse informant. The Crown did not attempt to minimize the importance of his evidence to its circumstantial case against Mr. Hurley. Crown counsel's position before the jury was that they needed to combine both the evidence of opportunity (either from the DNA evidence or Mr. Hurley's testimony) and Mr. Niemi's evidence, in order to secure a conviction. According to the Crown, the evidence of opportunity alone only supported a mere suspicion (A.R., vol. 3, at pp. 418-20).

[5] Mr. Niemi's testimony concerned conversations he claimed to have had with Mr. Hurley about what Mr. Niemi came to believe was the Naistus murder and, in particular, Mr. Hurley's alleged comments that he cleaned the hotel room in order to remove DNA evidence of his presence. Mr. Hurley testified at trial and, while he acknowledged that he had spoken with Mr. Niemi in the cells and that some elements of his account of the conversation were correct, he denied having any conversation with Mr. Niemi about DNA, fingerprints, or wiping down surfaces.

[6] While Mr. Niemi's evidence was self-evidently important to the Crown's case, it was also dangerous. There were important reasons to be concerned about Mr. Niemi's credibility: he was facing charges himself, he was approached by the police, he was aware there was a reward offered for information about the killing and he made no mention of what he had allegedly heard when first approached by the police.

[7] The evidence about the attempts to clean the room was unquestionably significant to the Crown's case. In his closing address, Crown counsel submitted to the jury that, on the evidence before the

[4] La présence de M. Hurley dans la chambre d'hôtel n'était pas contestée. La seule question consistait à déterminer s'il était le meurtrier de M^{me} Naistus. À cet égard, le témoignage de Darrel Niemi, un dénonciateur sous garde, était d'une importance capitale pour cet aspect de la thèse du ministère public. L'avocat du ministère public n'a pas essayé de minimiser l'importance du témoignage du dénonciateur pour la preuve circonstancielle qu'il avait présentée contre M. Hurley. Il a fait valoir aux jurés que, pour livrer un verdict de culpabilité, ils devaient conjuguer la preuve de l'occasion (fournie par la preuve génétique ou le témoignage de M. Hurley) au témoignage de M. Niemi. Selon le ministère public, considérée isolément, la preuve de l'occasion n'étayait que de simples soupçons (d.a., vol. 3, p. 418-420).

[5] Le témoignage de M. Niemi portait sur des conversations qu'il affirmait avoir eues avec M. Hurley au sujet de ce que le premier avait estimé être le meurtre de M^{me} Naistus et, plus particulièrement, sur les prétendus commentaires de M. Hurley selon lesquels il aurait nettoyé la chambre d'hôtel afin de supprimer la preuve génétique de sa présence. Au procès, M. Hurley a témoigné et bien qu'il ait reconnu qu'il avait effectivement conversé en cellule avec M. Niemi et que certains éléments de la conversation relatée par ce dernier étaient exacts, il a nié avoir discuté avec lui d'ADN, d'empreintes digitales ou de surfaces essuyées.

[6] Le témoignage de M. Niemi était de toute évidence important pour la thèse du ministère public, mais il était également dangereux. Il existait en effet de sérieux motifs de mettre en doute la crédibilité de M. Niemi : ce dernier faisait lui-même l'objet d'accusations, c'est la police qui l'avait approché, il savait qu'une récompense était offerte pour des renseignements au sujet du meurtre et, lorsque les policiers l'avaient approché la première fois, il n'avait fait aucune mention de ce qu'il aurait entendu.

[7] La preuve concernant les tentatives de nettoyage de la chambre était incontestablement importante pour la thèse du ministère public. Dans son exposé final, l'avocat du ministère public a

court, it was “clear that there was an attempt to clean the room” (A.R., vol. 3, at p. 417). The evidence of attempts to clean the room could be taken as independent evidence tending to support Mr. Niemi’s evidence about his conversation with Mr. Hurley. In turn, Mr. Niemi’s evidence supported the Crown’s case that Mr. Hurley had not only been there, but also that he was the killer. Thus anything that tended to rebut the room cleaning theory tended to weaken the independent evidence that could be seen as supporting Mr. Niemi’s version of the conversation with Mr. Hurley and, consequently, weakened the Crown’s circumstantial case.

[8] The trial judge gave a *Vetrovec* warning; he advised the jury to be “extremely cautious” in accepting Mr. Niemi’s evidence because he admitted to two criminal convictions for assault and to having a drug addiction or dependence. The trial judge further advised the jury that it was “unsafe” and “dangerous” for them to rely on Mr. Niemi’s testimony unless they found some support for it in the rest of the evidence. These instructions clearly communicated to the jury that it was dangerous to rely on Mr. Niemi’s evidence absent other evidence supporting it. However, the trial judge’s explanation of the reasons for the caution was incomplete. He did not tell the jury that caution was required because Mr. Niemi was a jailhouse informant, that he was facing charges himself, or that he was aware a reward was offered for information about the killing. Although these facts were included in the trial judge’s summary of Mr. Niemi’s evidence, at no point in the jury charge were they linked to the need for extreme caution in relying on his evidence.

[9] With respect to the independent evidence, the trial judge referred to two matters. First, he highlighted the evidence tending to place Mr. Hurley

déclaré au jury que les éléments dont disposait le tribunal démontraient [TRADUCTION] « clairement qu’on avait tenté de nettoyer la pièce » (d.a., vol. 3, p. 417). Ces éléments pouvaient être considérés comme une preuve indépendante tendant à appuyer le témoignage de M. Niemi au sujet de sa conversation avec M. Hurley. Ce témoignage étayait pour sa part la prétention du ministère public selon laquelle M. Hurley ne s’était pas simplement trouvé dans la chambre, mais était également le meurtrier. Par conséquent, tout élément susceptible de réfuter la thèse du nettoyage de la pièce tendait à affaiblir la preuve indépendante susceptible d’étayer la version de M. Niemi au sujet de sa conversation avec M. Hurley et, de ce fait, à affaiblir la preuve circonstancielle présentée par le ministère public.

[8] Le juge du procès a fait une mise en garde de type *Vetrovec* aux jurés; il leur a conseillé de faire montre d’une [TRADUCTION] « très grande prudence » avant d’accepter le témoignage de M. Niemi, étant donné que ce dernier avait admis avoir été condamné à deux reprises pour voies de fait et souffrir de pharmacodépendance. Le juge du procès a également prévenu les membres du jury qu’il était [TRADUCTION] « risqué » et « dangereux » d’ajouter foi au témoignage de M. Niemi, à moins qu’ils estiment qu’il était corroboré par d’autres éléments de preuve. Ces instructions indiquaient clairement au jury qu’il était dangereux d’accepter les paroles de M. Niemi sans autre preuve les appuyant. Cependant, les explications du juge du procès sur les motifs justifiant la prudence étaient incomplètes. Il n’a pas précisé au jury que la prudence s’imposait pour les autres raisons suivantes : M. Niemi était un dénonciateur sous garde; il faisait lui-même l’objet d’accusations; il savait qu’une récompense était offerte pour des renseignements concernant le meurtre. Ces faits figuraient bien dans le résumé du témoignage de M. Niemi préparé par le juge du procès, mais jamais dans l’exposé au jury ces faits n’ont-ils été rattachés à la nécessité pour les jurés de faire montre d’une très grande prudence à l’égard de ce témoignage.

[9] En ce qui concerne la preuve indépendante, le juge du procès a mentionné deux choses. Premièrement, il a souligné les éléments tendant à

in the room, although as the trial judge noted, Mr. Hurley admitted this. Second, the lack of fingerprint or DNA evidence was referred to by the trial judge as evidence that “may bolster the evidence of Mr. Niemi when he says the accused told him he wiped down the room”. Thus, the evidence about cleaning the room was critical to the circumstantial evidence against Mr. Hurley, as the Crown accepted that Mr. Niemi’s evidence was critical to its case.

[10] Mr. Hurley appealed his conviction and argued, among other things, that the *Vetrovec* warning provided by the trial judge was inadequate. The Court of Appeal (Hunter J.A. dissenting) allowed the appeal, quashed the conviction, and ordered a new trial: 2009 SKCA 86, 246 C.C.C. (3d) 469. In short, the Court of Appeal concluded that the trial judge’s explanation of *why* Mr. Niemi’s evidence had to be regarded with care was insufficient, as it failed to flag some important reasons for doing so, namely his knowledge of a reward and the fact he was in custody and facing charges at the time.

[11] The law about *Vetrovec* warnings was most recently set out by this Court in *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, and *R. v. Smith*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146. As Fish J. put it in *Khela*, at para. 47:

A truly functional approach [to appellate review of the adequacy of a *Vetrovec* warning] must take into account the dual purpose of the *Vetrovec* warning: first, to alert the jury to the danger of relying on the unsupported evidence of unsavoury witnesses and to explain the reasons for special scrutiny of their testimony; and second, in appropriate cases, to give the jury the tools necessary to identify evidence capable of enhancing the trustworthiness of those witnesses.

établir que M. Hurley s’était trouvé dans la chambre, quoique, a-t-il fait remarquer, M. Hurley ait admis ce fait. Deuxièmement, le juge du procès a mentionné que l’absence d’autres empreintes digitales ou preuves génétiques [TRADUCTION] « pourrait corroborer le témoignage de M. Niemi selon lequel l’accusé lui aurait confié avoir nettoyé la chambre ». Par conséquent, les éléments concernant le nettoyage de la chambre étaient essentiels à la preuve circonstancielle présentée contre M. Hurley, le ministère public ayant reconnu le caractère crucial du témoignage de M. Niemi pour sa thèse.

[10] M. Hurley a fait appel de sa déclaration de culpabilité, invoquant notamment le caractère inadéquat de la mise en garde de type *Vetrovec* faite par le juge du procès. La Cour d’appel (la juge Hunter étant dissidente) a accueilli l’appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d’un nouveau procès : 2009 SKCA 86, 246 C.C.C. (3d) 469. En résumé, la Cour d’appel a conclu que les explications du juge du procès concernant *les raisons pour lesquelles* le témoignage de M. Niemi commandait la prudence étaient insuffisantes, car elles ne faisaient pas état de certains motifs importants justifiant cette prudence, à savoir le fait que M. Niemi connaissait l’offre de récompense et que, à l’époque, il était détenu et sous le coup d’accusations.

[11] Le droit concernant les mises en garde de type *Vetrovec* a été exposé tout récemment dans les arrêts *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, et *R. c. Smith*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146. Comme l’a souligné le juge Fish dans *Khela*, au par. 47 :

Une approche véritablement fonctionnelle [pour la révision en appel du caractère adéquat d’une mise en garde de type *Vetrovec*] doit prendre en compte le double objectif de la mise en garde de type *Vetrovec* : premièrement, éveiller l’attention du jury sur le danger de se fonder sur les dépositions de témoins douteux en l’absence de toute confirmation et expliquer pourquoi elles doivent être examinées de façon particulièrement rigoureuse; deuxièmement, si les circonstances le justifient, fournir aux jurés les outils nécessaires pour déterminer les éléments de preuve pouvant renforcer la crédibilité de ces témoins.

[12] As noted, the trial judge's warning did caution the jury to be very careful in assessing Mr. Niemi's evidence and did refer to some reasons for that caution. However, the judge's warning did not point out to the jury that they should be cautious with Mr. Niemi's evidence because of his possible motive to lie in order to get some advantage for himself in his own legal troubles or to collect the reward. As Fish J. observed in *Smith*, at para. 14:

In order to assess the risk of accepting testimony from an unsavoury witness, a jury must understand the reasons for special scrutiny (*R. v. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321 (Ont. C.A.), at para. 85). This requires identifying for the jury the characteristics of the witness that bring his or her credibility into serious question.

[13] As the disagreement between the majority and the dissent in the Court of Appeal demonstrates, it is debatable whether this omission in the judge's direction was sufficiently serious in the context of this trial so as to require appellate intervention. However, the new evidence, in our view, makes it clear that a new trial is necessary.

[14] Mr. Hurley seeks to adduce new evidence that comes from additional RCMP forensic testing and DNA analysis, submitted for testing by the Crown after the Court of Appeal ordered a new trial. The well-known criteria applicable to this issue were stated in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775, and reaffirmed in *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307, at para. 74:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.

[12] Comme il a été souligné plus tôt, la mise en garde du juge du procès invitait effectivement le jury à faire montre d'une très grande prudence dans son appréciation du témoignage de M. Niemi et faisait état de certaines raisons justifiant une telle prudence. Cependant, le juge n'a pas averti les jurés qu'ils devaient se méfier de ce témoignage étant donné que M. Niemi pouvait avoir intérêt à mentir afin d'obtenir un quelconque avantage à l'égard de ses propres problèmes juridiques ou de recevoir la récompense. Comme l'a fait remarquer le juge Fish dans l'arrêt *Smith*, au par. 14 :

Pour évaluer le risque qu'il y a à accepter la déposition d'un témoin douteux, le jury doit comprendre les raisons d'un examen rigoureux (*R. c. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321 (C.A. Ont.), par. 85). Pour ce faire, il doit être informé des caractéristiques du témoin qui soulèvent de sérieux doutes quant à sa crédibilité.

[13] Comme le montre le désaccord entre les juges majoritaires et la juge dissidente à cet égard en Cour d'appel, il est permis de se demander si l'omission susmentionnée dans les directives du juge était suffisamment grave, dans le contexte du procès en cause, pour justifier l'intervention d'une juridiction d'appel. Toutefois, nous sommes d'avis que les éléments de preuve supplémentaires établissent clairement la nécessité d'un nouveau procès.

[14] M. Hurley cherche à présenter des éléments de preuve supplémentaires provenant de nouvelles analyses criminalistiques et génétiques effectuées par la GRC à la demande du ministère public, après que la Cour d'appel eut ordonné la tenue d'un nouveau procès. Les critères bien connus qui s'appliquent à cette question ont été énoncés dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, à la p. 775, puis confirmés dans *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307, au par. 74 :

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.

- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

[15] There is no contest that the first three requirements are met. The parties disagree about the application of the fourth *Palmer* factor. The issue is whether the new evidence could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. For the reasons that follow, we would answer this question in the affirmative.

[16] The reports put before this Court on the respondent's motion include new evidence that Mr. Hurley's DNA was found in the hotel room on an ashtray, a cigarette filter found in the toilet, and a Bacardi Breezer bottle cap. The respondent submitted in argument that the new evidence, coupled with the evidence of someone else's DNA on a cigarette butt inside the Bacardi Breezer bottle, may have had an impact on the outcome of the trial in the following three ways: it could have led to the conclusion that Mr. Hurley was not the last person in the room with Ms. Naistus; it could have cast doubt on the Crown's theory that the room was cleaned or an attempt was made to clean DNA and fingerprints out of the room, which in turn could have cast doubt on the credibility of Mr. Niemi; and it could have bolstered the credibility of one of the civilian witnesses who testified she saw Ms. Naistus with persons other than Mr. Hurley on the evening Ms. Naistus was killed.

[17] As in our view there must be a new trial, we will not comment on the evidence more than necessary to explain our conclusions. We agree that the new evidence, in the eyes of a properly instructed jury, could reasonably be expected to have affected

- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

[15] Les parties conviennent que les trois premières conditions sont respectées, mais elles ne s'entendent pas sur l'application du quatrième critère établi dans l'arrêt *Palmer*. La question est de savoir si on peut raisonnablement penser que, conjugués aux autres éléments produits au procès, les éléments de preuve supplémentaires auraient influé sur le résultat. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que cette question doit recevoir une réponse affirmative.

[16] Les rapports produits devant notre Cour à la suite de la requête de l'intimé présentent de nouveaux éléments de preuve révélant la découverte, dans la chambre d'hôtel, de l'ADN de M. Hurley sur un cendrier, un filtre de cigarette trouvé dans la cuvette des toilettes et sur la capsule d'une bouteille de Bacardi Breezer. L'intimé a plaidé devant nous que, conjugués à la preuve de la présence de l'ADN d'une autre personne sur un mégot de cigarette se trouvant dans la bouteille de Bacardi Breezer, les éléments de preuve supplémentaires auraient pu influencer sur l'issue du procès de trois façons. Ils auraient pu mener à la conclusion que M. Hurley n'était pas la dernière personne à s'être trouvée dans la chambre avec M^{me} Naistus. Ils auraient pu susciter des doutes quant au bien-fondé de la thèse du ministère public voulant que la chambre ait été nettoyée ou qu'on ait tenté d'en supprimer toute empreinte digitale et génétique, situation qui aurait pu amoindrir la crédibilité de M. Niemi. Ils auraient également pu renforcer la crédibilité d'un des témoins civils qui a dit avoir vu M^{me} Naistus le soir de sa mort avec des personnes autres que M. Hurley.

[17] Comme nous estimons qu'un nouveau procès s'impose, nous ne commenterons la preuve que dans la mesure requise pour expliquer nos conclusions. À notre avis, s'ils avaient été soumis à l'appréciation d'un jury ayant reçu des directives adéquates,

the result. The presence of Mr. Hurley's DNA on additional items in the room — the ashtray, the cigarette filter, and the bottle cap — could have been interpreted by the jury as casting doubt on the Crown's theory that Mr. Hurley cleaned the room to avoid detection. Moreover, the fourth *Palmer* factor requires an assessment of the new evidence in the context of the other evidence adduced at trial. The Crown's position at trial was that the absence of DNA evidence tended to support the theory that Mr. Hurley cleaned the room to avoid detection. However, it must be remembered that it was clear at trial that some of Mr. Hurley's DNA was found in the room, for example, on a facecloth. It was open to the jury to think that the finding of this DNA evidence was inconsistent with the Crown's wiping down theory. It follows that some of the proposed new evidence, which if accepted would reveal that more of Mr. Hurley's DNA was found in the room, could reasonably be seen to further undermine the Crown's theory. Of course, these are all factual questions for a jury to determine and the only issue before this Court is whether the new evidence, viewed in the context of the record, could reasonably be expected to have affected the result.

[18] The important point is that any impact on the Crown's theory that there had been an attempt to wipe down the room may in turn have had an impact on the jury's assessment of the credibility of both Mr. Niemi, whose evidence was bolstered by the evidence of cleaning, and of Mr. Hurley, who denied both the conversation with Mr. Niemi about DNA and doing any cleaning of the room apart from cleaning up after himself after vomiting. As noted earlier, the Crown effectively conceded in its closing argument to the jury that Mr. Hurley could not

les nouveaux éléments de preuve auraient pu raisonnablement influencer sur l'issue du procès. Le fait que l'ADN de M. Hurley ait été trouvé sur d'autres objets dans la pièce — le cendrier, le filtre de cigarette et la capsule de la bouteille — aurait pu semer le doute dans l'esprit du jury quant au bien-fondé de la thèse du ministère public selon laquelle M. Hurley aurait nettoyé la chambre pour éviter qu'on y détecte des traces de sa présence. De plus, le quatrième critère établi dans l'arrêt *Palmer* exige l'examen des éléments de preuve supplémentaires à la lumière de ceux qui ont été produits au procès. En première instance, le ministère public a fait valoir que l'absence de preuve génétique tendait à appuyer la thèse selon laquelle M. Hurley avait nettoyé la pièce pour éviter qu'on y trouve des traces de sa présence. Cependant, il ne faut pas oublier qu'il était clair au procès que de l'ADN de M. Hurley avait été trouvé dans la chambre, par exemple sur une débarbouillette. Il était loisible au jury de penser que la découverte de cette preuve génétique n'était pas compatible avec la thèse du ministère public selon laquelle la chambre avait été nettoyée. Il s'ensuit que certains des éléments de preuve supplémentaires proposés — qui, s'ils étaient acceptés, révéleraient la découverte de l'ADN de M. Hurley ailleurs dans la chambre — pourraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'affaiblir la thèse du ministère public. Bien entendu, il s'agit là de questions de fait qu'il appartient au jury de décider. La seule question que notre Cour doit trancher est celle de savoir si on peut raisonnablement penser que, considérés avec le reste du dossier, les éléments de preuve supplémentaires auraient pu influencer sur l'issue du procès.

[18] L'élément important est que l'effet de tout doute quant au bien-fondé de la thèse du ministère public selon laquelle il y aurait eu tentative de nettoyer la chambre aurait pu se répercuter sur l'appréciation par le jury à la fois de la crédibilité de M. Niemi, dont le témoignage était étayé par la preuve de nettoyage, et de la crédibilité de M. Hurley, qui a nié avoir discuté d'ADN avec M. Niemi et avoir nettoyé de quelque façon la chambre, sauf pour nettoyer ses dégâts de vomissures. Comme nous l'avons souligné précédemment, le ministère public

be convicted unless the jury accepted Mr. Niemi's evidence.

[19] The new evidence relates directly to what the trial judge told the jury they could consider as evidence tending to confirm Mr. Niemi's testimony as part of the *Vetrovec* warning. As set out in *Khela*, "the jury, in determining the veracity of the suspect evidence, should look for evidence from another source tending to show that the untrustworthy witness is telling the truth as to the guilt of the accused" (para. 37). As noted earlier, the trial judge drew the jury's attention to both the presence and absence of DNA evidence connecting Mr. Hurley to the room and specifically instructed the jury that the absence of such evidence could be considered as supporting Mr. Niemi's evidence about his jail cell conversation with Mr. Hurley:

You might consider the DNA found at the scene on the towel [*sic*] and under the victim's fingernails tend to identify that the accused was in the room, but he has admitted this. However, this evidence may help convince you that what Mr. Niemi said that the accused told him was evidence of the actions of the accused in room 114. Secondly; the lack of other fingerprints or DNA evidence found at the scene may bolster the evidence of Mr. Niemi when he says the accused told him he wiped down the room. However, you have also heard other explanations as to why there might be no DNA on objects like bottles. And the defence asserts that other human material, like hair, was found and should have been tested and might have provided DNA profiles.

(A.R., vol. 3, at pp. 445-46 (emphasis added))

[20] Just as the evidence about the lack of DNA evidence found at the scene may have bolstered the testimony of Mr. Niemi, the new evidence showing

a effectivement concédé, dans son exposé final aux jurés, que ceux-ci ne pouvaient déclarer M. Hurley coupable que s'ils acceptaient le témoignage de M. Niemi.

[19] Les éléments de preuve supplémentaires se rapportent directement aux instructions données au jury par le juge du procès, dans sa mise en garde de type *Vetrovec*, au sujet des éléments que ceux-ci pouvaient considérer comme une preuve tendant à corroborer le témoignage de M. Niemi. Comme il a été expliqué dans *Khela*, il est nécessaire d'« indiquer au jury que, pour déterminer si le récit suspect est véridique, il doit chercher, à partir d'autres sources, des preuves tendant à établir que le témoin douteux dit la vérité quant à la culpabilité de l'accusé » (par. 37). Ainsi que nous l'avons souligné précédemment, le juge du procès a attiré l'attention du jury tant sur la présence de preuve génétique établissant la présence de M. Hurley dans la chambre, que sur l'absence de tels éléments de preuve. Il a donné des directives expresses au jury sur la possibilité de considérer l'absence d'une telle preuve comme un élément corroborant le témoignage de M. Niemi sur la conversation qu'il aurait eue en cellule avec M. Hurley :

[TRADUCTION] Vous pourriez considérer que l'ADN trouvé sur les lieux du crime, sur la serviette [*sic*] et sous les ongles de la victime, tend à démontrer la présence de l'accusé dans la chambre, mais ce dernier a admis s'y être trouvé. Cependant, cet élément de preuve pourrait contribuer à vous convaincre que le rapport fait par M. Niemi des confidences de l'accusé prouve les actes de ce dernier dans la chambre 114. Deuxièmement, l'absence d'autres empreintes digitales ou preuves génétiques sur les lieux du crime pourrait corroborer le témoignage de M. Niemi selon lequel l'accusé lui aurait confié avoir nettoyé la chambre. Toutefois, vous avez également entendu d'autres arguments expliquant pourquoi il se peut que certains objets, comme les bouteilles, n'offrent pas de preuve génétique. De plus, la défense fait valoir que d'autres matières d'origine humaine, tels des cheveux, ont été trouvées et auraient dû être analysées puisqu'elles auraient pu fournir des profils génétiques.

(d.a., vol. 3, p. 445-446 (nous soulignons))

[20] Tout comme la preuve concernant l'absence de preuves génétiques sur les lieux du crime a pu étayer le témoignage de M. Niemi, on peut

Mr. Hurley's DNA on three items in the room could reasonably be seen as undermining Mr. Niemi's testimony in the mind of the jury and as having an impact on this portion of the *Vetrovec* warning. We conclude that the new evidence (specifically, the presence of Mr. Hurley's DNA on three items in the room) may reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

[21] Whether or not one concludes, on the record before the Court of Appeal, that appellate intervention was required because the caution omitted mention of some important reasons for being careful with Mr. Niemi's testimony, the judge's charge also encouraged the jury to seek comfort from the cleaning evidence. In light of the new evidence, it now seems that this cleaning evidence may not have been as strong as it may have appeared to be at trial. This, as noted, relates directly and significantly to the jury's assessment of a critical Crown witness.

[22] We would admit the new evidence, dismiss the appeal, and affirm the Court of Appeal's order of a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the respondent: Bodnar & Campbell, Saskatoon.

raisonnablement considérer que les éléments de preuve supplémentaires révélant la découverte de l'ADN de M. Hurley sur trois autres objets dans la chambre auraient pu affaiblir, dans l'esprit du jury, la valeur du témoignage de M. Niemi et, de ce fait, influencer sur l'aspect pertinent de la mise en garde de type *Vetrovec*. Nous concluons que les éléments de preuve supplémentaires (soit la découverte de l'ADN de M. Hurley sur trois autres objets dans la chambre) peuvent raisonnablement donner à penser que, avec les autres éléments de preuve produits au procès, ils auraient influé sur le résultat.

[21] Qu'on estime ou non, au regard du dossier dont disposait la Cour d'appel, que celle-ci aurait dû intervenir vu l'omission du juge du procès de mentionner aux jurés certaines raisons importantes justifiant qu'ils fassent montre de prudence à l'égard du témoignage de M. Niemi, l'exposé du juge encourageait par ailleurs le jury à s'appuyer sur la preuve relative au nettoyage. Or, eu égard aux éléments de preuve supplémentaires, il semble que cette preuve ne soit pas aussi solide qu'elle paraissait l'être au procès. Ce facteur, comme nous l'avons signalé, a un rapport direct et significatif avec l'appréciation par le jury d'un témoin essentiel du ministère public.

[22] Nous sommes d'avis d'accepter les éléments de preuve supplémentaires, de rejeter l'appel et de confirmer la décision de la Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intimé : Bodnar & Campbell, Saskatoon.

Yugraneft Corporation *Appellant*

v.

Rexx Management Corporation *Respondent*

and

ADR Chambers Inc., Canadian Arbitration Congress, Institut de médiation et d'arbitrage du Québec and London Court of International Arbitration *Interveners*

INDEXED AS: YUGRAINEFT CORP. v. REXX MANAGEMENT CORP.

2010 SCC 19

File No.: 32738.

2009: December 9; 2010: May 20.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Limitation of actions — Foreign arbitral award — Recognition and enforcement — Limitation period applicable to recognition and enforcement of foreign arbitration award in Alberta — Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, ss. 3, 11.

Arbitration — Foreign arbitral award — Recognition and enforcement — Whether placing time limit on recognition and enforcement proceedings violates Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award — Whether limitation periods fall under rubric “rules of procedure” under Convention — Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, Can. T.S. 1986 No. 43.

Y Corp., a Russian corporation that develops and operates oilfields in Russia, purchased materials for its oilfield operations from R Corp., an Alberta corporation. Following a contractual dispute, Y Corp. commenced arbitration proceedings before the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation. On September 6, 2002, the arbitral tribunal ordered R Corp.

Yugraneft Corporation *Appelante*

c.

Rexx Management Corporation *Intimée*

et

ADR Chambers Inc., Congrès d'arbitrage canadien, Institut de médiation et d'arbitrage du Québec et London Court of International Arbitration *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : YUGRAINEFT CORP. c. REXX MANAGEMENT CORP.

2010 CSC 19

N^o du greffe : 32738.

2009 : 9 décembre; 2010 : 20 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

Prescription des actions — Sentence arbitrale étrangère — Reconnaissance et exécution — Délai de prescription applicable à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères en Alberta — Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 3, 11.

Arbitrage — Sentence arbitrale étrangère — Reconnaissance et exécution — Le délai de prescription applicable à la demande de reconnaissance et d'exécution est-il contraire à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères? — Les délais de prescription sont-ils des « règles de procédure » au sens de la Convention? — Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, R.T. Can. 1986 n^o 43.

Y Corp., une société russe qui développe et exploite des champs de pétrole en Russie, a acheté de R Corp., une société albertaine, du matériel servant à ses activités d'exploitation. À la suite d'un différend contractuel, Y Corp. a engagé une procédure d'arbitrage devant le tribunal international d'arbitrage commercial de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie. Le 6 septembre 2002, le tribunal arbitral a ordonné à

to pay US\$952,614.43 in damages to Y Corp. Y Corp. applied to the Alberta Court of Queen's Bench for recognition and enforcement of the award on January 27, 2006. The court dismissed the application, ruling that it was time-barred under the two-year limitation period in s. 3 of the Alberta *Limitations Act*. The Court of Appeal upheld the ruling.

Held: The appeal should be dismissed.

Alberta is required to recognize and enforce eligible foreign arbitral awards. The recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Alberta is governed by the *International Commercial Arbitration Act*, which incorporates both the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* and the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. The Convention requires all Contracting States to recognize and enforce arbitral awards made in the territory of another state, whether or not they are party to the Convention, except on enumerated grounds. It was ratified and implemented by legislation in Alberta and each of the other provinces. The Model Law, a codification of international "best practices", recommends terms identical to those in the Convention and has also been adopted, subject to some modifications, by every jurisdiction in Canada, including Alberta.

The Convention allows Contracting States to impose local time limits on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards if they so wish. While limitation periods are not included in the list of grounds upon which a Contracting State may refuse to recognize and enforce a foreign arbitral award, the Convention stipulates that recognition and enforcement shall be "in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon". If the competent legislature intended to subject recognition and enforcement proceedings to a limitation period, the limitation period in question will be construed as a "rule of procedure" as that term is understood under the Convention. The domestic characterization of limitation periods as substantive or procedural is immaterial. In the case of federal states, local time limits are to be determined by the law of the enforcing jurisdiction within the federal state. In those cases, the relevant unit will be the enforcing jurisdiction within the Contracting State, not the Contracting State in its entirety. In order to comply with the Convention, Alberta need only provide foreign awards with treatment as generous as that provided to domestic awards rendered in Alberta.

R Corp. de payer à Y Corp. 952 614,43 \$US à titre de dommages-intérêts. Le 27 janvier 2006, Y Corp. a présenté une demande de reconnaissance et d'exécution de la sentence à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. La cour a rejeté la demande, statuant qu'elle était prescrite en vertu de l'art. 3 de la *Limitations Act* qui prévoit un délai de prescription de deux ans. La Cour d'appel a maintenu cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'Alberta est tenue de reconnaître et d'exécuter les sentences arbitrales étrangères recevables. En Alberta, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont régies par l'*International Commercial Arbitration Act*, laquelle incorpore dans le droit albertain la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* ainsi que la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*. La Convention oblige chaque État contractant, qui ne peut refuser que pour des motifs restreints, à reconnaître et exécuter les sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un autre État, qu'il soit ou non partie à la Convention. Cette dernière a été ratifiée par une loi en Alberta et dans chacune des autres provinces. La Loi type, une codification des « pratiques exemplaires » internationales, propose des termes identiques à ceux de la Convention et a également été adoptée, sous réserve de certaines modifications, par toutes les provinces et tous les territoires du Canada, y compris l'Alberta.

La Convention permet aux États contractants d'imposer des délais de prescription pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'ils le désirent. Bien que les délais de prescription ne soient pas inclus dans la liste des motifs permettant à un État contractant de refuser de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale étrangère, la Convention prévoit que la reconnaissance et l'exécution se font « conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée ». Si la législature compétente a eu l'intention d'assujettir la procédure de reconnaissance et d'exécution à un délai de prescription, le délai en question sera interprété comme une « règle de procédure » au sens de la Convention. Il importe peu que le droit interne qualifie les délais de prescription de règles de fond ou de règles de procédure. Dans le cas des États fédératifs, les prescriptions sont régies par la loi du ressort, dans l'État fédératif, où la sentence est exécutée. Dans ces cas, l'entité compétente est le ressort, dans l'État contractant, où la sentence est exécutée, et non l'État contractant dans son ensemble. Pour se conformer à la Convention, l'Alberta doit simplement accorder aux sentences étrangères un traitement aussi généreux que celui qu'elle accorde aux sentences nationales prononcées en Alberta.

The only Alberta law applicable to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards is the *Limitations Act*. The *Arbitration Act* expressly excludes foreign awards, and the *Reciprocal Enforcement of Judgments Act* only applies to judgments and arbitral awards rendered in reciprocating jurisdictions. Russia is not a reciprocating jurisdiction. By contrast, the scheme of the *Limitations Act* and its legislative history indicate that the Alberta legislature intended to create a comprehensive and exhaustive limitations scheme applicable to all causes of action except those excluded by the Act itself or covered by other legislation. Foreign arbitral awards are not so excluded and are therefore subject to the *Limitations Act*. An application for recognition and enforcement of a foreign arbitral award is an application for a “remedial order” within the meaning of the Act. However, as an arbitral award is not a judgment or a court order for the payment of money, it is not eligible for the 10-year limitation period set out in s. 11 of the Act. Rather, the application is subject to the general two-year limitation period applicable to most causes of action, which is found in s. 3 of the Act.

The two-year limitation period in s. 3 is subject to a discoverability rule. Where, as here, the injury is the “non-performance of an obligation” and the arbitral creditor seeks to have a foreign arbitral award recognized and enforced, the date of the issuance of the award will not normally be considered to be the date of non-performance of the obligation to pay. The limitation period under s. 3 will not be triggered until the possibility that the award might be set aside by the local courts in the country where the award was rendered has been foreclosed. In the case of Russia, a Model Law jurisdiction, there is no indication in the record that the three-month appeal period to set aside an award set out in s. 34 of the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* was modified, and no appeal was launched during that period. Failure to make payment on the date the award becomes final satisfies the first two elements of discoverability set out in s. 3(1)(a)(i) and (ii): the arbitral creditor would know that the injury has occurred and that it was attributable to the arbitral debtor. The third element is also met. Under s. 3(1)(a)(iii), a court could delay commencement of the limitation period until the arbitral creditor knew or ought to have known that the injury it received warrants bringing a proceeding. In this case, however, there was no need to delay the running of time. Since the debtor is registered in Alberta where its head office is located, Y Corp. could not claim — and has not claimed — that it did not know or ought not to have known that a proceeding was warranted in Alberta at

La *Limitations Act* est la seule loi albertaine applicable à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. L'*Arbitration Act* exclut expressément les sentences étrangères, et la *Reciprocal Enforcement of Judgments Act* s'applique uniquement aux jugements et aux sentences arbitrales prononcés dans les États accordant la réciprocité. La Russie n'offre pas la réciprocité. Par contre, l'économie de la *Limitations Act* et son historique législatif indiquent que le législateur de l'Alberta voulait créer un régime de prescription complet et exhaustif applicable à toutes les causes d'action, sauf celles qui sont exclues par la Loi elle-même ou visées par une autre loi. Les sentences arbitrales étrangères ne sont pas exclues et sont donc visées par la *Limitations Act*. Une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère est une demande d'« ordonnance de réparation » au sens de la Loi. Toutefois, puisqu'une sentence arbitrale ne constitue pas un jugement ni une ordonnance judiciaire de paiement d'une somme d'argent, le délai de prescription de 10 ans prévu à l'art. 11 de la Loi ne s'y applique pas. La demande est plutôt assujettie au délai de prescription de deux ans applicable à la plupart des causes d'action, lequel est prévu à l'art. 3 de la Loi.

Le délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 3 est soumis à la règle de la possibilité de découvrir le dommage. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le préjudice consiste en « l'inexécution d'une obligation » et que le demandeur cherche à obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, la date de la sentence ne sera pas normalement considérée comme la date de l'inexécution de l'obligation de payer. Le délai de prescription en vertu de l'art. 3 ne commencera pas à courir tant que ne sera pas écartée la possibilité que la sentence soit annulée par les tribunaux du pays où elle a été prononcée. Rien au dossier dont dispose la Cour n'indique que la Russie, où la Loi type est appliquée, a modifié l'art. 34 de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* qui prévoit un délai d'appel de trois mois pour demander l'annulation d'une sentence, et aucun appel n'a été interjeté dans ce délai. Du fait de l'omission de payer à la date à laquelle la sentence est devenue définitive, les deux premières conditions prévues aux al. 3(1)a)(i) et (ii) quant à la possibilité de découvrir le dommage sont respectées : le demandeur a appris que le préjudice visé par la demande a été subi et qu'il est attribuable à la conduite du défendeur. La troisième condition est également respectée. Aux termes de l'al. 3(1)a)(iii), un tribunal pourrait retarder le début du délai de prescription jusqu'à ce que le demandeur ait appris ou aurait dû apprendre que le préjudice justifie l'introduction d'une instance. En l'espèce toutefois, il n'était pas nécessaire de retarder le début du délai de prescription. Puisque le

the time of the expiry of the three-month appeal period following receipt of notice of the award. Even taking into account the discoverability rule, Y Corp.'s application for recognition and enforcement of the foreign arbitral award was time-barred as of December 2004.

Cases Cited

Distinguished: *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; **referred to:** *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416; *Daniels v. Mitchell*, 2005 ABCA 271, 51 Alta. L.R. (4th) 212; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808.

Statutes and Regulations Cited

Arbitration Act, R.S.A. 2000, c. A-43, ss. 2(1), 51.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2924.
Constitution Act, 1867, s. 92.
International Commercial Arbitration Act, R.S.A. 2000, c. I-5, s. 3.
Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, ss. 1, 6(4).
Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, c. L-15 [rep. 1996, c. L-15.1, s. 16].
Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, ss. 1, 2(1), 3, 11, 12.
Reciprocal Enforcement of Judgments Act, R.S.A. 2000, c. R-6, ss. 1(1)(b), 2(1).

International Documents

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Can. T.S. 1986 No. 43, arts. I, III, V, XI.
 United Nations. Commission on International Trade Law. *Report on the survey relating to the legislative implementation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*, 41st Sess., U.N. Doc. A/CN.9/656/Add.1 (2008).
 United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17, ann. I (1985) [am. U.N. Doc. A/61/17, ann. I (2006)], arts. 5, 34, 35, 36, Part Two (Explanatory Note).

débiteur est enregistré en Alberta où se trouve son siège social, Y Corp. ne pouvait pas dire — et n'a pas dit — qu'elle ne savait pas ou qu'elle n'aurait pas pu savoir qu'une demande était justifiée en Alberta à l'expiration du délai d'appel de trois mois après avoir reçu communication de la sentence. Même en considérant la règle de la possibilité de découvrir le dommage, la demande de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale étrangère présentée par Y Corp. était prescrite en décembre 2004.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; **arrêts mentionnés:** *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Beals c. Saldanha*, 2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416; *Daniels c. Mitchell*, 2005 ABCA 271, 51 Alta. L.R. (4th) 212; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808.

Lois et règlements cités

Arbitration Act, R.S.A. 2000, ch. A-43, art. 2(1), 51.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2924.
International Commercial Arbitration Act, R.S.A. 2000, ch. I-5, art. 3.
Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 1, 6(4).
Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, ch. L-15 [abr. 1996, ch. L-15.1, art. 16].
Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 1, 2(1), 3, 11, 12.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92.
Reciprocal Enforcement of Judgments Act, R.S.A. 2000, ch. R-6, art. 1(1)(b), 2(1).

Documents internationaux

Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 31(1), 31(3).
Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, R.T. Can. 1986 n° 43, art. I, III, V, XI.
 Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17, ann. I (1985) [mod. Doc. N.U. A/61/17, ann. I (2006)], art. 5, 34, 35, 36, Deuxième partie (note explicative).
 Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Rapport sur l'enquête relative à l'application dans la législation de la*

Vienna Convention on the Law of Treaties, Can. T.S. 1980 No. 37, arts. 31(1), 31(3).

Authors Cited

- Blackaby, Nigel, and Constantine Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*, vol. I, 3rd ed. New York: Kluwer Law International, 2009.
- International Chamber of Commerce. “Guide to National Rules of Procedure for Recognition and Enforcement of New York Convention Awards”, *ICC Bull. — 2008 Spec. Supp.*, 2009.
- Mustill, Michael John. “Arbitration: History and Background” (1989), 6 *J. Int’l Arb.* 43.
- Poudret, Jean-François, and Sébastien Besson. *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed., trans. by Stephen V. Berti and Annette Ponti. London: Sweet & Maxwell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.
- van den Berg, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Deventer, The Netherlands: Kluwer Law and Taxation, 1981, reprinted 1994.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Costigan, O’Brien and Rowbotham JJ.A.), 2008 ABCA 274, 93 Alta. L.R. (4th) 281, 297 D.L.R. (4th) 168, 433 A.R. 372, 429 W.A.C. 372, 47 B.L.R. (4th) 205, [2008] 11 W.W.R. 28, 59 C.P.C. (6th) 91, [2008] A.J. No. 843 (QL), 2008 CarswellAlta 1035, affirming a decision of Chrumka J., 2007 ABQB 450, 78 Alta. L.R. (4th) 86, 423 A.R. 241, 31 B.L.R. (4th) 168, [2007] 10 W.W.R. 559, [2007] A.J. No. 749 (QL), 2007 CarswellAlta 911, dismissing an application for recognition and enforcement of a foreign arbitration award. Appeal dismissed.

Scott A. Turner and Sam de Groot, for the appellant.

David R. Haigh, Q.C., Michael J. Donaldson and Sonya A. Morgan, for the respondent.

Babak Barin, James E. Redmond, Q.C., and Andrew McDougall, for the intervener ADR Chambers Inc.

Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), 41^e sess., Doc. N.U. A/CN.9/656/Add.1 (2008).

Doctrine citée

- Blackaby, Nigel, and Constantine Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed. Oxford : Oxford University Press, 2009.
- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*, vol. I, 3rd ed. New York : Kluwer Law International, 2009.
- Chambre de commerce internationale. « Guide des règles nationales de procédure pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales conformément à la Convention de New York », *Bull. CCI — Supp. spéc. 2008*, 2009.
- Mustill, Michael John. « Arbitration : History and Background » (1989), 6 *J. Int’l Arb.* 43.
- Poudret, Jean-François, and Sébastien Besson. *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed., trans. by Stephen V. Berti and Annette Ponti. London : Sweet & Maxwell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.
- van den Berg, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Deventer, The Netherlands : Kluwer Law and Taxation, 1981, reprinted 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Costigan, O’Brien et Rowbotham), 2008 ABCA 274, 93 Alta. L.R. (4th) 281, 297 D.L.R. (4th) 168, 433 A.R. 372, 429 W.A.C. 372, 47 B.L.R. (4th) 205, [2008] 11 W.W.R. 28, 59 C.P.C. (6th) 91, [2008] A.J. No. 843 (QL), 2008 CarswellAlta 1035, qui a confirmé une décision du juge Chrumka, 2007 ABQB 450, 78 Alta. L.R. (4th) 86, 423 A.R. 241, 31 B.L.R. (4th) 168, [2007] 10 W.W.R. 559, [2007] A.J. No. 749 (QL), 2007 CarswellAlta 911, qui a rejeté une demande de reconnaissance et d’exécution d’une sentence arbitrale étrangère. Pourvoi rejeté.

Scott A. Turner et Sam de Groot, pour l’appelante.

David R. Haigh, c.r., Michael J. Donaldson et Sonya A. Morgan, pour l’intimée.

Babak Barin, James E. Redmond, c.r., et Andrew McDougall, pour l’intervenante ADR Chambers Inc.

Ivan G. Whitehall, Q.C., and Paul M. Lalonde, for the intervener the Canadian Arbitration Congress.

Stefan Martin and Pierre Grenier, for the intervener Institut de médiation et d'arbitrage du Québec.

Pierre Bienvenu, Frédéric Bachand and Alison Fitzgerald, for the intervener the London Court of International Arbitration.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] This case is about the limitation period applicable to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards in the province of Alberta. For the reasons set out below, I am of the view that the applicable limitation period is two years and that Yugraneft Corporation's application for recognition and enforcement of a foreign arbitral award is therefore time-barred. Under international arbitration law, the matter of limitation periods is left to local procedural law of the jurisdiction where recognition and enforcement is sought. The applicable limitation period in this case must therefore be found in the limitations law of Alberta. As an arbitral award is not a judgment or a court order for the payment of money, an application for recognition and enforcement in Alberta is not eligible for the 10-year limitation period set out in s. 11 of the *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12. Rather, the application is subject to the general two-year limitation period applicable to most causes of action, which is found in s. 3 of the *Limitations Act*.

II. Facts

[2] The appellant, Yugraneft Corporation ("Yugraneft"), is a Russian corporation that develops and operates oil fields in Russia. The respondent, REXX Management Corporation ("REXX") is an Alberta corporation that at one time supplied

Ivan G. Whitehall, c.r., et Paul M. Lalonde, pour l'intervenant le Congrès d'arbitrage canadien.

Stefan Martin et Pierre Grenier, pour l'intervenant l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec.

Pierre Bienvenu, Frédéric Bachand et Alison Fitzgerald, pour l'intervenante London Court of International Arbitration.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi porte sur le délai de prescription applicable à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères dans la province de l'Alberta. Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis qu'un délai de prescription de deux ans s'applique et que, par conséquent, la demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère présentée par Yugraneft Corporation est prescrite. En vertu du droit de l'arbitrage international, la question de la prescription relève du droit procédural du ressort où sont demandées la reconnaissance et l'exécution. En l'espèce, le délai de prescription applicable doit donc être celui prévu par le droit albertain. Comme une sentence arbitrale ne constitue pas un jugement ni une ordonnance judiciaire de paiement d'une somme d'argent, le délai de prescription de 10 ans prévu à l'art. 11 de la *Limitations Act*, R.S.A. 2000, ch. L-12, ne s'applique pas aux demandes de reconnaissance et d'exécution de la sentence présentées en Alberta. Ces demandes sont plutôt assujetties au délai de prescription de deux ans applicable à la plupart des causes d'action, lequel est prévu à l'art. 3 de la *Limitations Act*.

II. Faits

[2] L'appelante, Yugraneft Corporation (« Yugraneft »), est une société russe qui développe et exploite des champs de pétrole en Russie. L'intimée, REXX Management Corporation (« REXX »), est une société albertaine qui, à un moment donné, a fourni

materials to Yugraneft for its oil field operations. Following a contractual dispute, Yugraneft commenced arbitration proceedings before the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (“Russian ICAC”). The arbitral tribunal issued its final award on September 6, 2002, ordering Rexx to pay US\$952,614.43 in damages to Yugraneft.

[3] Yugraneft applied to the Alberta Court of Queen’s Bench for recognition and enforcement of the award on January 27, 2006, more than three years after the award was rendered. Rexx resisted enforcement on two grounds. First, it argued that Yugraneft’s application was time-barred under the Alberta *Limitations Act*. Second, it argued that enforcement proceedings should be stayed pending resolution of an ongoing criminal case in the United States. It claimed that the criminal case would demonstrate that the award had been obtained as a result of fraudulent activity.

III. Judicial History

[4] Yugraneft applied to the Alberta Court of Queen’s Bench for recognition and enforcement of the award pursuant to the *International Commercial Arbitration Act*, R.S.A. 2000, c. I-5 (“ICAA”). Chrumka J. ruled that the application was time-barred under the *Limitations Act*: 2007 ABQB 450, 78 Alta. L.R. (4th) 86. The Act creates two limitation periods, one for “remedial order[s]” (s. 3) and one for the enforcement of “judgment[s] or order[s] for the payment of money” (s. 11). Applications under s. 3 are subject to a two-year limitation period, while those under s. 11 are subject to a 10-year time limit. Yugraneft argued that foreign arbitral awards should be considered “judgments” under s. 11. Chrumka J. disagreed, finding instead that the two-year limitation period in s. 3 applied. The application was therefore dismissed.

à Yugraneft du matériel servant à l’exploitation de champs pétrolifères. À la suite d’un différend contractuel, Yugraneft a engagé une procédure d’arbitrage devant le tribunal international d’arbitrage commercial de la Chambre de commerce et d’industrie de la Fédération de Russie (le « TIAC de Russie »). Le 6 septembre 2002, le tribunal arbitral a prononcé sa sentence définitive, ordonnant à Rexx de payer à Yugraneft 952 614,43 \$US à titre de dommages-intérêts.

[3] Le 27 janvier 2006, plus de trois ans plus tard, Yugraneft a présenté une demande de reconnaissance et d’exécution de la sentence à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta. Rexx s’est opposée à l’exécution pour deux raisons. Premièrement, elle a soutenu que la demande de Yugraneft était prescrite en vertu de la *Limitations Act* de l’Alberta. Deuxièmement, elle a fait valoir que la procédure d’exécution devait être suspendue en attendant la résolution d’une affaire criminelle aux États-Unis. Selon elle, cette affaire allait prouver que la sentence avait été obtenue par suite d’une activité frauduleuse.

III. Historique judiciaire

[4] Yugraneft a présenté une demande de reconnaissance et d’exécution de la sentence à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta en vertu de l’*International Commercial Arbitration Act*, R.S.A. 2000, ch. I-5 (« ICAA »). Le juge Chrumka a statué que la demande était prescrite en vertu de la *Limitations Act* : 2007 ABQB 450, 78 Alta. L.R. (4th) 86. Cette Loi prévoit deux délais de prescription, l’un pour les [TRADUCTION] « ordonnance[s] de réparation » (art. 3) et l’autre pour l’exécution des [TRADUCTION] « jugement[s] ou [d’]une ordonnance prévoyant le paiement d’une somme d’argent » (art. 11). Les demandes présentées en vertu de l’art. 3 sont assujetties à un délai de prescription de deux ans alors que celles présentées en vertu de l’art. 11 sont assujetties à un délai de 10 ans. Yugraneft a fait valoir que les sentences arbitrales étrangères devraient être assimilées à des « jugements » visés à l’art. 11. Le juge Chrumka n’était pas de cet avis. Il a plutôt conclu que le délai de deux ans prévu à l’art. 3 s’appliquait. La demande a donc été rejetée.

[5] The Alberta Court of Appeal unanimously upheld the ruling of Chrumka J.: 2008 ABCA 274, 93 Alta. L.R. (4th) 281. It concluded that a foreign arbitral award could not be considered a “judgment” pursuant to s. 11 because that term encompassed only domestic judgments. Accordingly, it found that Yugraneft’s application should be characterized as a claim for a remedial order under s. 3 of the Act and was therefore time-barred. The appeal was dismissed.

IV. Positions of the Parties

[6] Yugraneft argues that a foreign arbitral award should be treated as a domestic judgment under s. 11 of the *Limitations Act* because arbitration is an adjudication of a legal dispute and as such possesses all the characteristics of a judgment. In the alternative, it argues that foreign arbitral awards should be treated as at least equivalent to a foreign judgment, and that foreign judgments fall within the meaning of “judgment” under s. 11 of the *Limitations Act*. It points to recent jurisprudence of this Court showing a trend away from the traditional conception of foreign judgments as a mere contract debt and towards a practice of granting them “full faith and credit” (*Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at pp. 1100-1101; *Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416, at paras. 164-74). Finally, Yugraneft argues that the *Limitations Act* is ambiguous and that this ambiguity should be resolved in its favour. While an arbitral award may not share all the properties of a domestic judgment, neither does it fit well within the scheme created by s. 3. Since statutory provisions creating limitation periods must be interpreted strictly in favour of the plaintiff, this ambiguity must be resolved by applying the 10-year limitation period found in s. 11.

[7] REXX argues that the two-year limitation set out in s. 3 should apply. Its principal argument is that the *Limitations Act* was intended to simplify the law of limitations by imposing a single

[5] La Cour d’appel de l’Alberta a confirmé à l’unanimité la conclusion du juge Chrumka : 2008 ABCA 274, 93 Alta. L.R. (4th) 281. Elle a conclu qu’une sentence arbitrale étrangère ne pouvait pas être considérée comme un « jugement » visé à l’art. 11 parce que ce terme n’englobait que les jugements obtenus au Canada. Par conséquent, elle a décidé que la demande de Yugraneft devait être considérée comme une demande d’ordonnance de réparation en vertu de l’art. 3 de la Loi et qu’elle était donc prescrite. L’appel a été rejeté.

IV. Positions des parties

[6] Yugraneft soutient qu’une sentence arbitrale étrangère devrait être considérée comme un jugement canadien visé à l’art. 11 de la *Limitations Act* parce que la sentence arbitrale est une décision sur un litige juridique et, à ce titre, elle possède toutes les caractéristiques d’un jugement. À titre subsidiaire, elle prétend que les sentences arbitrales étrangères devraient être considérées à tout le moins comme équivalant à un jugement étranger, et que les jugements étrangers sont des « jugements » au sens de l’art. 11 de la *Limitations Act*. Elle invoque des arrêts récents de notre Cour indiquant une tendance à délaissier la conception traditionnelle des jugements étrangers, considérés comme de simples dettes contractuelles, et à leur accorder une « reconnaissance totale » (*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1100-1101; *Beals c. Saldanha*, 2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416, par. 164-174). Enfin, Yugraneft plaide que la *Limitations Act* est ambiguë et que cette ambiguïté devrait être dissipée en sa faveur. Une sentence arbitrale n’a peut-être pas tous les attributs d’un jugement canadien, mais elle ne cadre pas non plus parfaitement avec le régime de l’art. 3. Comme les dispositions législatives fixant des délais de prescription doivent être interprétées strictement en faveur du demandeur, cette ambiguïté doit être résolue en appliquant le délai de 10 ans prévu à l’art. 11.

[7] REXX plaide que la prescription de deux ans prévue à l’art. 3 devrait s’appliquer. Elle soutient principalement que la *Limitations Act* visait à simplifier les règles de droit en matière de prescription

limitation period on most causes of action. Unless an action falls under one of the exceptions set out in the Act, it is subject to the two-year limitation period found in s. 3. Since Yugraneft's action is not excluded from the scope of s. 3, it is time-barred.

V. Analysis

A. *Relevant Legislation*

[8] In Alberta, the recognition and enforcement of foreign arbitral awards is governed by the ICAA, which incorporates both the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Can. T.S. 1986 No. 43 (the "New York Convention" or "Convention"), and the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17, ann. I (1985) ("Model Law"), into Alberta law. The relevant provisions of each instrument are found in the appendices attached hereto (Appendix A for the Model Law and Appendix B for the Convention).

[9] The New York Convention was adopted in 1958 by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration. The purpose of the Convention is to facilitate the cross-border recognition and enforcement of arbitral awards by establishing a single, uniform set of rules that apply worldwide. It requires each Contracting State to recognize and enforce arbitral awards made in the territory of another State, and that recognition and enforcement can only be refused on the limited grounds set out in art. V (see Appendix B). Pursuant to art. I, the obligation to recognize foreign awards applies not only to awards granted in other Contracting States, but also to those granted in all States other than the one in which enforcement is being sought, regardless of whether or not they are party to the Convention.

[10] The Convention is currently in force, having been ratified by over 140 countries, and is considered a great success. Lord Mustill, former judge

en imposant un seul délai de prescription pour la plupart des causes d'action. À moins que l'une des exceptions énoncées dans la Loi s'applique, l'action est assujettie au délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 3. Comme l'action de Yugraneft n'est pas exclue du champ d'application de l'art. 3, elle est prescrite.

V. Analyse

A. *Dispositions législatives pertinentes*

[8] En Alberta, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont régies par l'ICCA, laquelle incorpore dans le droit albertain la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, R.T. Can. 1986 n° 43 (« Convention de New York » ou « Convention »), et la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17, ann. I (1985) (« Loi type »). Les dispositions pertinentes de chaque texte législatif se trouvent dans les annexes jointes aux présents motifs (l'annexe A pour la Loi type et l'annexe B pour la Convention).

[9] La Convention de New York a été adoptée en 1958 par la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international. La Convention vise à faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères en établissant un seul ensemble de règles uniformes applicables partout dans le monde. Chaque État contractant est tenu de reconnaître et d'exécuter les sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un autre État, et la reconnaissance et l'exécution ne peuvent être refusées que pour les motifs restreints énoncés à l'art. V (voir annexe B). Selon l'article premier, l'obligation de reconnaître les sentences étrangères s'applique non seulement aux sentences rendues dans d'autres États contractants, mais aussi à celles prononcées dans tous les États autres que celui où l'exécution est demandée, qu'ils soient ou non parties à la Convention.

[10] La Convention est actuellement en vigueur, ayant été ratifiée par plus de 140 pays. Elle est considérée comme une grande réussite. Lord

of the Court of Appeal of England and Wales and member of the House of Lords, and former Vice-President of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, has stated that the New York Convention

has been the most successful international instrument in the field of arbitration, and perhaps could lay claim to be the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law.

(M. J. Mustill, “Arbitration: History and Background” (1989), 6 *J. Int’l Arb.* 43, at p. 49)

The Convention was ratified by Canada on May 12, 1986, once each provincial legislature had enacted the necessary implementing legislation.

[11] The Model Law was developed in 1985 by the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”). Unlike the New York Convention, which is a treaty, the Model Law is not an international agreement intended for ratification. Rather, it is a codification of international “best practices” intended to serve as an example for domestic legislation. The explanatory note of the UNCITRAL secretariat states that the Model Law

reflects a worldwide consensus on the principles and important issues of international arbitration practice. It is acceptable to States of all regions and the different legal or economic systems of the world.

(Model Law, Part Two, at para. 2)

The Model Law has been adopted, subject to some modifications, by every jurisdiction in Canada. Like the Convention, the Model Law limits the ability of national courts to interfere with international arbitration proceedings. Article 36 of the Model Law also limits the grounds on which enforcement of an international arbitral award may be refused (Appendix A). These grounds are essentially identical to those set out in art. V of the New York Convention.

Mustill, ancien juge de la Cour d’appel d’Angleterre et du Pays de Galles, membre de la Chambre des lords et ancien vice-président de la Cour internationale d’arbitrage de la Chambre de commerce internationale, a écrit que la Convention de New York

[TRADUCTION] est l’instrument international en matière d’arbitrage qui a connu le plus grand succès et dont on pourrait peut-être affirmer qu’il s’agit de la loi internationale qui s’est avérée la plus efficace de toute l’histoire du droit commercial.

(M. J. Mustill, « Arbitration : History and Background » (1989), 6 *J. Int’l Arb.* 43, p. 49)

Le Canada a adhéré à la Convention le 12 mai 1986, après que chaque législature provinciale eut adopté la loi habilitante nécessaire.

[11] La Loi type a été élaborée en 1985 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (« CNUDCI »). Contrairement à la Convention de New York, laquelle est un traité, la Loi type n’est pas une entente internationale qui doit être ratifiée. Il s’agit plutôt d’une codification des « pratiques exemplaires » internationales destinée à servir d’exemple pour les lois internes. Selon la note explicative du secrétariat de la CNUDCI, la Loi type

traduit un consensus mondial sur les principes et les points importants de la pratique de l’arbitrage international. Elle est acceptable pour les États de toutes les régions et pour les différents systèmes juridiques ou économiques du monde entier.

(Loi type, Deuxième partie, par. 2)

La Loi type a été adoptée, sous réserve de certaines modifications, par toutes les provinces et tous les territoires du Canada. Tout comme la Convention, elle restreint la possibilité pour les tribunaux nationaux d’intervenir dans les procédures d’arbitrage international. L’article 36 de la Loi type limite également les motifs justifiant le refus d’exécuter une sentence arbitrale internationale (annexe A). Ces motifs sont essentiellement les mêmes que ceux énoncés à l’art. V de la Convention de New York.

[12] Having adopted both the Convention and the Model Law in 1986 as part of the *ICAA*, there is no doubt that Alberta is required to recognize and enforce eligible foreign arbitral awards. The question before the Court is what limitation period, if any, applies to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Alberta.

[13] There are three Alberta statutes that are potentially relevant in this connection: the *Limitations Act*, the *Arbitration Act*, R.S.A. 2000, c. A-43, and the *Reciprocal Enforcement of Judgments Act*, R.S.A. 2000, c. R-6 (“*REJA*”). The relevant provisions of each statute are in appendices C, D and E, respectively.

B. *Does the Convention Allow Local Limitation Periods to Apply?*

[14] As neither the Convention nor the Model Law expressly imposes a limitation period on recognition and enforcement, a threshold question is whether *any* limitation period can apply. Article V of the Convention and art. 36 of the Model Law purport to set out an exhaustive list of the grounds on which the recognition and enforcement of an award may be refused, but make no mention of local limitation periods. This omission might be taken to mean that a Contracting State cannot refuse to recognize and enforce a foreign arbitral award on the grounds that the application was brought after the expiration of a local limitation period.

[15] However, art. III of the Convention stipulates that recognition and enforcement shall be “in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon”. Thus, the “rules of procedure” of the jurisdiction in which enforcement is sought will apply, insofar as they do not conflict with the express requirements of the Convention. The question then is whether limitation periods fall under the rubric of “rules of procedure”, as that term is used in the Convention.

[12] Comme l’Alberta a adopté la Convention et la Loi type en 1986 dans le cadre de l’*ICAA*, il ne fait aucun doute qu’elle est tenue de reconnaître et d’exécuter les sentences arbitrales étrangères recevables. La question soumise à la Cour est de savoir quel délai de prescription, le cas échéant, s’applique en Alberta à la reconnaissance et à l’exécution des sentences arbitrales étrangères.

[13] Trois lois albertaines peuvent être pertinentes à cet égard : la *Limitations Act*, l’*Arbitration Act*, R.S.A. 2000, ch. A-43, et la *Reciprocal Enforcement of Judgments Act*, R.S.A. 2000, ch. R-6 (« *REJA* »). Les dispositions pertinentes de chacune de ces lois se trouvent aux annexes C, D et E respectivement.

B. *La Convention permet-elle l’application des délais de prescription prévus dans la législation locale?*

[14] Comme ni la Convention ni la Loi type n’imposent expressément un délai de prescription pour la reconnaissance et l’exécution, il faut d’abord se demander si *un* délai de prescription s’applique. L’article V de la Convention et l’art. 36 de la Loi type sont censés établir une liste exhaustive des motifs pour lesquels la reconnaissance et l’exécution d’une sentence peuvent être refusées, mais ils ne mentionnent aucunement les délais de prescription prévus dans la législation locale. Du fait de cette omission, on pourrait conclure qu’un État contractant ne peut refuser de reconnaître et d’exécuter une sentence arbitrale étrangère au motif que la demande a été présentée après l’expiration d’un délai de prescription prévu dans la législation locale.

[15] Toutefois, l’art. III de la Convention prévoit que la reconnaissance et l’exécution se font « conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée ». Ainsi, les « règles de procédure » du ressort où l’exécution est demandée s’appliqueront, dans la mesure où elles ne vont pas à l’encontre des exigences expresses de la Convention. Il s’agit donc de savoir si les délais de prescription sont des « règles de procédure » au sens que la Convention donne à ce terme.

[16] This question arises because not all legal systems treat limitation periods — or extinctive prescription, as it is known in civil law jurisdictions — alike. Those built on the common law tradition have tended to conceive of them as a procedural matter, while those following the civil law tradition generally consider them to be a question of substantive law (*Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at pp. 1068-70). If limitation periods are characterized as being procedural in nature for the purposes of the Convention, then recognition and enforcement of a foreign arbitral award may lawfully be refused on the grounds that it is time-barred. If instead they are characterized as substantive in nature, then placing a time limit on recognition and enforcement proceedings would appear to violate the Convention, which only allows local procedural rules, and not local substantive law, to apply.

[17] Both parties agree that, as a general matter, art. III allows Contracting States to impose a time limit on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. However, whether Alberta was in conformity with the Convention is not determined by the consent of the parties. It is necessary for the Court to ascertain if there is a legal basis for the application of local limitation laws under the Convention.

[18] In my view, art. III permits (although it does not require) Contracting States (or, in the case of a federal State, a sub-national territory with jurisdiction over the matter) to subject the recognition and enforcement of foreign arbitral awards to a time limit. However, it should not be viewed as automatically recognizing and imposing either the traditional common law or civil law approaches to limitation periods. Rather, the phrase “in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon” should be understood as indicating application of domestic law on such matters. Thus, notwithstanding art. V, which sets out an otherwise exhaustive list of grounds on which recognition and enforcement may be resisted, the

[16] Cette question se pose parce que tous les systèmes juridiques ne considèrent pas les délais de prescription — ou la prescription extinctive, comme on l’appelle dans les systèmes de droit civil — de la même manière. Les systèmes de common law ont eu tendance à considérer la prescription comme une question de procédure, alors que les systèmes de droit civil la considèrent généralement comme une question de fond (*Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1068-1070). Si les délais de prescription sont considérés, pour l’application de la Convention, comme étant de caractère procédural, on peut alors légalement refuser de reconnaître et d’exécuter une sentence arbitrale étrangère au motif qu’elle est prescrite. Si, au contraire, ils sont considérés comme étant de caractère substantiel, imposer un délai de prescription aux procédures de reconnaissance et d’exécution semblerait contraire à la Convention, laquelle permet seulement l’application des règles de procédure locales, et non des règles de fond locales.

[17] Les deux parties conviennent que, de façon générale, l’art. III permet aux États contractants d’assujettir à un délai de prescription la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères. Toutefois, la question de savoir si l’Alberta se conformait à la Convention n’est pas déterminée par le consentement des parties. La Cour doit vérifier si l’application des lois locales en matière de prescription en vertu de la Convention repose sur un fondement juridique.

[18] À mon avis, l’art. III permet — sans les y obliger — aux États contractants (ou, dans le cas d’un État fédératif, un gouvernement infranational ayant compétence en la matière) d’assujettir à un délai de prescription la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères. Cependant, il ne faut pas considérer que cet article reconnaît et impose automatiquement les règles traditionnelles de common law ou de droit civil en matière de prescription. Il faudrait plutôt interpréter l’expression « conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée » comme indiquant que le droit interne relatif à cette question s’applique. Ainsi, même si l’art. V énonce une liste par ailleurs complète des

courts of a Contracting State may refuse to recognize and enforce a foreign arbitral award on the basis that such proceedings are time-barred. I reach this conclusion for three reasons.

[19] First, as a treaty, the Convention must be interpreted “in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose” (*Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37 (entered into force January 27, 1980), art. 31(1)). In this case, the Convention’s context and purpose provide indications as to how its terms, in particular art. III, should be read. The Convention’s text was designed to be applied in a large number of States and thus across a multitude of legal systems (N. Blackaby and C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (5th ed. 2009), at pp. 70 and 72-73; J.-F. Poudret and S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (2nd ed. 2007), at p. 868). One leading author has described the Convention as a “‘constitutional’ instrument” that “leaves a substantial role for national law and national courts to play in the international arbitral process” (G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. I (3rd ed. 2009), at p. 101). The text of the Convention must therefore be construed in a manner that takes into account the fact that it was intended to interface with a variety of legal traditions.

[20] This context and purpose is important when interpreting the Convention’s effect on the applicability of local limitation periods to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. When the Convention was drafted, it was well known that various States characterized limitation periods in different ways, and that States in the common law tradition generally treated them as being procedural in nature. All else being equal, if the Convention were applied in a common law State, the term “rules of procedure” found in art. III would *prima facie* include any local limitation periods applicable to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards by virtue of local law. It is therefore

motifs sur lesquels peut se fonder une opposition à la reconnaissance et à l’exécution, les tribunaux d’un État contractant peuvent rejeter une demande de reconnaissance et d’exécution d’une sentence arbitrale étrangère si cette demande est prescrite. J’arrive à cette conclusion pour trois raisons.

[19] Premièrement, s’agissant d’un traité, la Convention doit être interprétée « de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but » (*Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980), par. 31(1)). En l’espèce, le contexte et l’objet de la Convention fournissent des indications sur la façon d’en interpréter les termes, et en particulier l’art. III. Le texte de la Convention a été conçu pour être appliqué dans de nombreux États et, par conséquent, dans une multitude de systèmes juridiques (N. Blackaby et C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (5^e éd. 2009), p. 70 et 72-73; J.-F. Poudret et S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (2^e éd. 2007), p. 868). Un auteur éminent a décrit la Convention comme un [TRADUCTION] « instrument “constitutionnel” » qui [TRADUCTION] « fait une place importante au droit national et aux tribunaux nationaux dans le processus arbitral international » (G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. I (3^e éd. 2009), p. 101). Le texte de la Convention doit donc être interprété en tenant compte du fait qu’il visait à composer avec une variété de systèmes juridiques.

[20] L’importance de ce contexte et de cet objet se manifeste au moment d’interpréter l’effet de la Convention sur l’applicabilité des délais de prescription nationaux à la reconnaissance et à l’exécution des sentences arbitrales étrangères. Lors de la rédaction de la Convention, ses auteurs savaient fort bien que les différents États considéraient les délais de prescription de différentes façons, et que les États de common law les considéraient généralement comme étant de nature procédurale. Toutes choses étant par ailleurs égales, si la Convention était appliquée dans un État de common law, le terme « règles de procédure » que l’on trouve à l’art. III inclurait à première vue tout délai de

significant that the Convention's drafters did not include any restriction on a State's ability to impose time limits on recognition and enforcement proceedings. Such an omission implies that the drafters intended to take a permissive approach.

[21] The second reason why art. III should be viewed as permitting the application of local limitation periods is that this reflects the practice of the Contracting States. In interpreting a treaty, courts must take into account "any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation" (*Vienna Convention on the Law of Treaties*, art. 31(3)). A recent study indicates that at least 53 Contracting States, including both common law and civil law States, subject (or would be likely to subject, should the issue arise) the recognition and enforcement of foreign arbitral awards to some kind of time limit (International Chamber of Commerce, "Guide to National Rules of Procedure for Recognition and Enforcement of New York Convention Awards", *ICC Bull. — 2008 Spec. Supp.* (2009), at pp. 343-46; see also UNCITRAL, *Report on the survey relating to the legislative implementation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*, 41st Sess., U.N. Doc. A/CN.9/656/Add.1 (2008), at pp. 2-3).

[22] Third, leading scholars in the field appear to take it for granted that art. III permits the application of local limitation periods to recognition and enforcement proceedings (see for example: Blackaby and Partasides, at pp. 631-32; A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), at p. 240; Poudret and Besson, at p. 869). This suggests that the application of local time limits is not a controversial matter.

prescription applicable, suivant la loi nationale, à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Le fait que les rédacteurs de la Convention n'aient pas restreint la possibilité, pour les États, d'assujettir les demandes de reconnaissance et d'exécution à des délais est donc révélateur. Une telle omission suppose que les rédacteurs voulaient conserver une approche permissive.

[21] La deuxième raison pour laquelle l'art. III devrait être interprété comme permettant l'application des délais prévus dans la législation locale est que cela reflète la pratique des États contractants. Lorsqu'ils interprètent un traité, les tribunaux doivent tenir compte « de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » (*Convention de Vienne sur le droit des traités*, par. 31(3)). Selon une étude récente, au moins 53 États contractants, y compris des États de common law et de droit civil, assujettissent (ou assujettiraient vraisemblablement, si la question devait se poser) la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères à un délai de prescription (Chambre de Commerce internationale, « Guide des règles nationales de procédure pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales conformément à la Convention de New York », *Bull. CCI — Supp. spéc. 2008* (2009), p. 343-346; voir aussi CNUDCI, *Rapport sur l'enquête relative à l'application dans la législation de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)*, 41^e sess., Doc. N.U. A/CN.9/656/Add.1 (2008), p. 2-3).

[22] Troisièmement, les auteurs éminents dans le domaine semblent tenir pour acquis que l'art. III permet l'application, aux procédures de reconnaissance et d'exécution, des délais de prescription prévus dans la législation locale (voir par exemple: Blackaby et Partasides, p. 631-632; A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 240; Poudret et Besson, p. 869). Cela laisse supposer que l'application des délais de prescription prévus dans la législation locale n'est pas controversée.

[23] Thus, the lack of any explicit restriction on a Contracting State's ability to impose a limitation period can be taken to mean that, for the purposes of the Convention, any limitation period that, under domestic law, is applicable to the recognition and enforcement of a foreign arbitral award is a "rule of procedure" pursuant to art. III.

[24] Although they agree that, as a general matter, the Convention allows Contracting States to impose limitation periods on recognition and enforcement proceedings, both the Canadian Arbitration Congress ("CAC") and the ADR Chambers, argue that, on the facts of the present case, art. III of the Convention prevents this Court from applying Alberta limitations law. However, each of them relies on a different part of art. III to support its claim.

[25] The CAC argues that Alberta limitations law cannot apply to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards because Canadian common law considers such rules to be substantive in nature. The *Limitations Act* or any other statute imposing a general limitation period therefore does not qualify as a "rule of procedure" under art. III.

[26] In making this argument, the CAC relies primarily on the ruling by this Court in *Tolofson*, which rejected the traditional common law approach to limitation periods (pp. 1071-72). The CAC contends that, because Canadian common law now generally considers limitation periods to be substantive, statutory limitation periods, such as those found in the *Limitations Act*, are inapplicable under art. III of the Convention.

[27] It is true that the majority in *Tolofson* held that, in a conflict of laws context, limitation periods should, as a general matter, be treated as substantive in nature, so that a claim will be subject to the limitation period of the *lex loci delicti* (or, in this case, the *lex loci contractus*). However, the question in this case is not whether *Canadian law* considers limitation periods to be "substantive"

[23] Ainsi, on peut interpréter le fait que rien ne restreint expressément la possibilité, pour les États contractants, d'imposer un délai de prescription comme signifiant que, pour l'application de la Convention, les délais de prescription applicables, en vertu du droit national, à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont des « règles de procédure » au sens de l'art. III.

[24] Tout en reconnaissant que, de façon générale, la Convention permet aux États contractants d'assujettir les demandes de reconnaissance et d'exécution à des délais de prescription, le Congrès d'arbitrage canadien (« CAC ») et ADR Chambers Inc. soutiennent que, au vu des faits de l'espèce, l'art. III de la Convention empêche notre Cour d'appliquer les règles de prescription albertaines. Toutefois, à l'appui de leur prétention, ils se fondent sur des parties différentes de l'art. III.

[25] Le CAC prétend que les règles de prescription albertaines ne peuvent s'appliquer à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères parce que, selon la common law canadienne, il s'agit de règles de fond. La *Limitations Act* ou toute autre loi qui impose un délai de prescription général ne peut pas constituer une « règle de procédure » au sens de l'art. III.

[26] À l'appui de cet argument, le CAC se fonde principalement sur l'arrêt *Tolofson*, où notre Cour a rejeté la démarche traditionnelle de la common law en matière de délais de prescription (p. 1071-1072). Selon le CAC, puisque la common law canadienne considère généralement de nos jours que les délais de prescription ont un caractère substantiel, les délais prévus par la loi, comme ceux que prévoit la *Limitations Act*, sont inapplicables en vertu de l'art. III de la Convention.

[27] Dans *Tolofson*, les juges majoritaires ont effectivement conclu que, en cas de conflit de lois, les délais de prescription devraient, de façon générale, être considérés comme ayant un caractère substantiel, de sorte qu'une demande sera assujettie au délai de prescription du droit du lieu du délit (ou, en l'instance, le droit du lieu du contrat). Toutefois, la question en l'espèce n'est pas de savoir si le *droit*

or “procedural” in nature. Rather, the question is whether local time limits intended to apply to recognition and enforcement fall within the ambit of “rules of procedure” as that term is used in art. III of the *Convention*.

[28] The answer to this must be yes. As noted above, the Convention takes a permissive approach to the applicability of local limitation periods. The only material question is whether or not the competent legislature intended to subject recognition and enforcement proceedings to a limitation period. If it did, the limitation period in question will be construed as a “rule of procedure” as that term is understood under the Convention. How domestic law might choose to characterize such a time limit, either in the abstract or in a conflict of laws context, is immaterial. The question at issue in *Tolofson* is not relevant to the matter at hand.

[29] The CAC’s contention is therefore misplaced. Even if this Court were to characterize a given statutory limitation period, such as the one found in s. 3 of the *Limitations Act*, as “substantive” in nature, that would not in and of itself prevent the limitation period in question from being applicable to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. Instead, the Court must determine whether a potentially applicable limitation period was intended to apply to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. If it was, then it may properly be applied as a local “rule of procedure” pursuant to art. III.

[30] Like the CAC, the intervener ADR Chambers argues that art. III prevents the *Limitations Act* from applying to Yugraneft’s action. However, it does so on a different basis. ADR Chambers concedes that a local limitations period may apply in this case, but argues that art. III of the Convention bars Alberta from imposing a limitation period shorter than the longest limitation period available anywhere in Canada for the recognition and enforcement of domestic arbitral awards.

canadien considère que les délais de prescription ont un caractère « substantiel » ou « procédural ». Il s’agit plutôt de savoir si les délais prévus dans la législation locale et censés s’appliquer à la reconnaissance et à l’exécution sont des « règles de procédure » au sens que l’art. III de la *Convention* donne à ce terme.

[28] Une réponse affirmative s’impose. Je le répète, la Convention conserve une approche permissive relativement à l’applicabilité des délais de prescription prévus dans la législation locale. La seule question importante est celle de savoir si la législature compétente avait l’intention d’assujettir la procédure de reconnaissance et d’exécution à un délai de prescription. Si elle en avait l’intention, le délai en question sera interprété comme une « règle de procédure » au sens de la Convention. La façon dont le droit interne caractérise un tel délai de prescription, que ce soit dans un contexte abstrait ou de conflit de lois, importe peu. La question en litige dans *Tolofson* n’est pas pertinente en l’espèce.

[29] La prétention du CAC est donc sans fondement. Même si notre Cour devait considérer un délai de prescription donné, comme celui prévu à l’art. 3 de la *Limitations Act*, comme ayant un caractère « substantiel », cela n’empêcherait pas l’application du délai de prescription à la reconnaissance et à l’exécution des sentences arbitrales étrangères. La Cour doit plutôt déterminer si un délai de prescription potentiellement applicable devait s’appliquer à la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères. Si tel était le cas, le délai peut alors être correctement appliqué comme une « règle de procédure » locale au sens de l’art. III.

[30] Tout comme le CAC, l’intervenante ADR Chambers Inc. prétend elle aussi, mais pour d’autres raisons, que l’art. III empêche l’application de la *Limitations Act* à l’action intentée par Yugraneft. ADR Chambers Inc. admet qu’un délai de prescription prévu dans la législation locale peut s’appliquer en l’espèce, mais soutient que l’art. III de la Convention empêche l’Alberta d’imposer un délai de prescription plus court que le délai le plus long imposé au Canada pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales nationales.

[31] Article III provides that “[t]here shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.” ADR Chambers takes the view that a “domestic” arbitral award means any award rendered within the Contracting State. Thus, no Canadian province can impose a time limit more onerous than the most generous time limit available anywhere in Canada for domestic awards. At the present time, both Quebec and British Columbia provide for a 10-year limitation period on the recognition and enforcement of arbitral awards rendered within the province: *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 2924; *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266. Consequently, Alberta is prohibited under the Convention from imposing a shorter time limit on the recognition of foreign arbitral awards.

[32] This argument must also be rejected. The position advanced by ADR Chambers is fundamentally at odds with Canada’s federal constitution, under which the recognition and enforcement of arbitral awards is a matter within provincial jurisdiction (s. 92(13) “Property and Civil Rights” and s. 92(14) “Administration of Justice” of the *Constitution Act, 1867*). Allowing the legislation of one province to dictate the range of legislative options available to another province concerning matters within its exclusive jurisdiction would be contrary to the constitutional legislative authority of each province under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. Furthermore, ADR Chambers’ position rests on a misreading of the Convention, which was intended to be respectful of the internal constitutional order of federal states like Canada. Article XI explicitly recognizes that some Contracting States will be federal or “non-unitary” and that jurisdiction over the subject matter of the treaty may lie with a sub-national entity. Article XI therefore tempers the international obligations of federal Contracting States accordingly (see Appendix B). Consequently, I would not agree with ADR Chambers’ contention

[31] L’article III prévoit qu’« [i]l ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l’exécution des sentences arbitrales auxquelles s’applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l’exécution des sentences arbitrales nationales. » ADR Chambers Inc. est d’avis qu’une sentence arbitrale « nationale » s’entend de toute sentence rendue dans l’État contractant. Ainsi, aucune province canadienne ne peut imposer un délai de prescription plus rigoureux que le délai le plus généreux prévu au Canada pour les sentences nationales. Actuellement, le Québec et la Colombie-Britannique prévoient un délai de prescription de 10 ans pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales prononcées dans la province : *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2924; *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266. Par conséquent, l’Alberta ne peut, en vertu de la Convention, imposer un délai plus court pour la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères.

[32] Cet argument doit aussi être rejeté. L’argument soulevé par ADR Chambers Inc. est fondamentalement incompatible avec la constitution fédérale du Canada, en vertu de laquelle la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales relèvent de la compétence provinciale (par. 92(13) « [l]a propriété et les droits civils » et par. 92(14) « [l]’administration de la justice » de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Permettre à une loi provinciale de dicter la gamme de choix législatifs offerts à une autre province sur les questions qui relèvent de sa compétence exclusive serait contraire à la compétence législative constitutionnelle de chaque province en vertu de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En outre, la position de ADR Chambers Inc. repose sur une interprétation erronée de la Convention, laquelle se voulait respectueuse de l’ordre constitutionnel interne des États fédératifs comme le Canada. L’article XI reconnaît explicitement que certains États contractants sont fédératifs ou « non unitaires » et que la compétence à l’égard du sujet du traité peut appartenir à une entité infranationale. L’article XI tempère donc en conséquence les obligations internationales des

that applying s. 3 of the *Limitations Act* to foreign arbitral awards would place Canada in violation of its international obligations.

[33] Moreover, art. III, in which the term “rules of procedure” is found, distinguishes between “Contracting State”, on the one hand, and “the territory where the award is relied upon”, on the other. Read in conjunction with art. XI, this indicates that, for the purposes of art. III, the relevant unit is the enforcing jurisdiction within the Contracting State (i.e. Alberta) and not the Contracting State in its entirety. In order to comply with the Convention, Alberta need only provide foreign awards with treatment as generous as that provided to domestic awards rendered in Alberta.

[34] The conclusion must be that the New York Convention was intended to allow Contracting States to impose local time limits on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards if they so wished. In the case of federal states, such limitations are to be determined by the law of the enforcing jurisdiction within the federal state.

C. *What Limitation Period, if Any, Applies to the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under Alberta Law?*

[35] I now turn to the issue of whether or not Alberta law subjects the recognition and enforcement of foreign arbitral awards to a limitation period. Three Acts were referred to by the parties and interveners in this connection: the *Arbitration Act*, the *REJA*, and the *Limitations Act*. However, only the *Limitations Act* applies in this case. The *Arbitration Act* provides a two-year time limit on the enforcement of arbitral awards (s. 51(3)) and therefore would provide no assistance to Yugraneft. In any event, foreign awards such as the one at issue in this case are expressly excluded from the Act

États fédératifs contractants (voir annexe B). Par conséquent, je ne souscris pas à la prétention de ADR Chambers Inc. selon laquelle l'application de l'art. 3 de la *Limitations Act* aux sentences arbitrales étrangères emporterait manquement du Canada à ses obligations internationales.

[33] De plus, l'art. III, où l'on retrouve le terme « règles de procédure », établit une distinction entre les « États contractants », d'une part, et « le territoire où la sentence est invoquée », d'autre part. L'interprétation de cet article conjointement avec l'art. XI montre que, pour l'application de l'art. III, l'entité compétente est le ressort, dans l'État contractant, où la sentence est exécutée (soit l'Alberta) et non l'État contractant dans son ensemble. Pour se conformer à la Convention, l'Alberta doit simplement accorder aux sentences étrangères un traitement aussi généreux que celui qu'elle accorde aux sentences nationales prononcées en Alberta.

[34] Il faut conclure que la Convention de New York visait à permettre aux États contractants d'imposer des délais de prescription pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'ils le désirent. Dans le cas des États fédératifs, les prescriptions sont régies par la loi du ressort, dans l'État fédératif, où la sentence est exécutée.

C. *Quel délai de prescription, le cas échéant, s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères en vertu des lois de l'Alberta?*

[35] J'aborde maintenant la question de savoir si la loi de l'Alberta assujettit la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères à un délai de prescription. À cet égard, les parties et les intervenants ont invoqué trois lois : l'*Arbitration Act*, la *REJA* et la *Limitations Act*. Toutefois, seule la *Limitations Act* s'applique en l'espèce. L'*Arbitration Act* prévoit un délai de prescription de deux ans pour l'exécution des sentences arbitrales (par. 51(3)) et par conséquent, elle ne serait d'aucun secours à Yugraneft. Quoi qu'il en soit, les sentences étrangères, comme celle visée en l'espèce,

(s. 2(1)(b)). The *REJA* provides a six-year limitation period for judgments and arbitral awards rendered in reciprocating jurisdictions (s. 2(1)), but the award in this case was rendered in Russia, which is not a reciprocating jurisdiction. Therefore, the *REJA* does not apply.

[36] Alberta's general law of limitations is found in the *Limitations Act*. Unlike the *Arbitration Act* and the *REJA*, the *Limitations Act* does not expressly exclude the appellant's award from its scope. The Act was intended to create a comprehensive and simplified limitations regime to replace the previous *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, c. L-15. As the Alberta Court of Appeal noted in *Daniels v. Mitchell*, 2005 ABCA 271, 51 Alta. L.R. (4th) 212, at para. 30:

A main purpose of the [*Limitations Act*] was the simplification of limitations law, by the imposition of one period (two years) for nearly all causes of action. . . . [D]ebates in the Legislative Assembly repeatedly emphasized that the new legislation would simplify and clarify the system while eliminating inconsistencies and special treatment for certain defendants.

Thus, the purpose of the Act was to streamline the law of limitations by limiting the number of exceptions and providing a uniform limitation period for most actions.

[37] The comprehensiveness of the Act is most clearly established by s. 2(1), which provides that it applies in all cases where a claimant seeks a "remedial order". A remedial order is defined as "a judgment or an order made by a court in a civil proceeding requiring a defendant to comply with a duty or to pay damages for the violation of a right" (s. 1(i)). This is very broad language that encompasses virtually every kind of order that a court may grant in civil proceedings. Only certain types of relief are excluded, and these are enumerated in s. 1(i): "a declaration of rights and duties, legal relations or personal status", "the enforcement of a

sont expressément exclues du champ d'application de l'*Arbitration Act* (al. 2(1)(b)). La *REJA* prévoit une prescription de six ans pour les jugements et les sentences arbitrales prononcés dans les États accordant la réciprocité (par. 2(1)), mais la sentence en l'espèce a été rendue en Russie, un État qui n'offre pas la réciprocité. Par conséquent, la *REJA* ne s'applique pas.

[36] En Alberta, les règles générales en matière de prescription se trouvent dans la *Limitations Act*. Contrairement à l'*Arbitration Act* et à la *REJA*, la *Limitations Act* n'exclut pas expressément de son champ d'application la sentence de l'appelante. La Loi visait à créer un régime de prescription complet et simplifié pour remplacer l'ancienne *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, ch. L-15. Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Alberta dans *Daniels c. Mitchell*, 2005 ABCA 271, 51 Alta. L.R. (4th) 212, au par. 30 :

[TRADUCTION] La [*Limitations Act*] visait principalement à simplifier les règles de prescription, en imposant un délai (deux ans) à la quasi-totalité des causes d'action. [. . .] [D]ans les débats de l'Assemblée législative, il a souvent été souligné que le nouveau texte législatif aurait pour effet de simplifier et de clarifier le système tout en éliminant les incohérences et le traitement particulier réservé à certains défendeurs.

Ainsi, la Loi avait pour objectif de simplifier les règles de prescription en limitant le nombre d'exceptions et en prévoyant un délai de prescription uniforme pour la plupart des actions.

[37] L'intégralité de la Loi est établie sans l'ombre d'un doute au par. 2(1), lequel prévoit que la Loi s'applique dans tous les cas où un demandeur cherche à obtenir une « ordonnance de réparation ». L'ordonnance de réparation s'entend d'un [TRADUCTION] « jugement ou [d']une ordonnance rendu par un tribunal dans une instance civile enjoignant au défendeur de se conformer à une obligation ou de verser des dommages-intérêts pour la violation d'un droit » (al. 1i)). Cette formulation très générale englobe pratiquement tous les types d'ordonnance qu'un tribunal peut rendre dans une instance civile. Seuls certains types de

remedial order”, “judicial review”, and “a writ of habeas corpus”.

[38] The comprehensive nature of the Act is reinforced by s. 12, a provision that appears specifically designed to counteract the effects of this Court’s decision in *Tolofson* in a conflict of laws situation. Section 12, which is labeled “Conflict of laws”, provides that “[t]he limitations law of Alberta applies to any proceeding commenced or sought to be commenced in Alberta in which a claimant seeks a remedial order.” This ensures that all proceedings brought within the province are subject to the local limitation period, notwithstanding any other limitation period that may also be applicable pursuant to a conflict of laws analysis like that performed in *Tolofson*.

[39] In my view, the overall scheme of the Act is intended to be pervasive. In particular, s. 12 ensures that Alberta’s limitations law will apply even to claims subject to foreign law. This indicates that the *Limitations Act* was intended to apply to all claims for a remedial order not expressly excluded by statute. According to the maxim *expressio unius est exclusio alterius*, the fact that the legislature enumerated specific exceptions to the definition of a “remedial order” indicates that anything fitting the general description and not expressly excluded are, by implication, deemed to fall within the meaning of that term (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 243-45). Thus, by necessary implication, the recognition and enforcement of foreign arbitral awards is subject to the *Limitations Act*.

[40] In oral argument, counsel for the London Court of International Arbitration (“LCIA”) made no submission on the proper interpretation of the legislation in issue. However, in its factum, the LCIA argued that the *Limitations Act* should not

réparation sont exclus et ils sont énumérés à l’al. 1i) : [TRADUCTION] « une déclaration des droits et obligations, des relations juridiques ou du statut personnel », « l’exécution d’une ordonnance de réparation », « [le] contrôle judiciaire » et « [le] bref d’habeas corpus ».

[38] Le caractère exhaustif de la Loi est renforcé par l’art. 12, une disposition qui semble expressément élaborée pour contrer les effets de l’arrêt *Tolofson* de notre Cour dans une situation de conflit de lois. L’article 12, intitulé [TRADUCTION] « Conflit de lois », prévoit que « [l]es règles de prescription de l’Alberta s’appliquent à toute instance introduite, ou que l’on cherche à introduire, en Alberta dans laquelle un demandeur cherche à obtenir une ordonnance de réparation. » On s’assure ainsi que toutes les instances introduites dans la province sont assujetties au délai de prescription que prévoit la loi albertaine, nonobstant tout autre délai de prescription qui peut aussi s’appliquer dans le cadre d’une analyse du conflit de lois comme celle effectuée dans *Tolofson*.

[39] À mon avis, la portée de la Loi se veut très large. En particulier, l’art. 12 fait en sorte que les règles de prescription de l’Alberta s’appliquent même aux recours assujettis au droit étranger. Cela indique que la *Limitations Act* devait s’appliquer à toutes les demandes d’ordonnance de réparation qui ne sont pas expressément exclues par la loi. Selon la maxime *expressio unius est exclusio alterius*, le fait que le législateur ait énuméré certaines exceptions dans la définition d’« ordonnance de réparation » indique que tout ce qui correspond à la description générale et qui n’est pas expressément exclu est, implicitement, réputé correspondre au sens de ce terme (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 243-245). Ainsi, par déduction nécessaire, la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères sont assujetties à la *Limitations Act*.

[40] Lors de sa plaidoirie, l’avocat de la London Court of International Arbitration (« LCIA ») n’a présenté aucune observation sur l’interprétation qu’il convient de donner à la loi en cause. Toutefois, dans son mémoire, la LCIA a fait valoir

apply in this case. It contended that only a clear expression of legislative intent can subject the recognition and enforcement of a foreign arbitral award to procedural requirements not contained in the Model Law and that the *Limitations Act* is not sufficiently explicit in this regard. It says that the Model Law was intended to set out a comprehensive and exhaustive list of the circumstances in which a local court may interfere with arbitral proceedings. To this end, art. 5 of the Model Law provides that “no court shall intervene except where so provided in this Law”. The LCIA argues that, in the absence of a clear derogation from this principle, local procedural rules not contained in the statute enacting the Model Law should not apply. In its factum, it identified what it called a dichotomy between the Model Law, which contains no limitation period and the *Arbitration Act*, which provides a two-year limitation period for domestic arbitrations (s. 51(3)). It submitted that this dichotomy “reinforces the proposition that had the Legislature intended applications for the recognition and enforcement of foreign awards to be subject to a time limitation, it would have clearly stated its intention” (para. 24).

[41] I cannot agree that the *Limitations Act* fails to provide the requisite clarity of legislative intent. The new *Limitations Act* was adopted well after the *ICAA*, and in my view the scheme of the Act and its legislative history indicate that the Alberta legislature intended to create a comprehensive and exhaustive limitations scheme applicable to all causes of action. Only causes of action excluded by the Act itself or covered by other legislation, such as the *Arbitration Act* would be exempt from its requirements. It is not necessary to expressly refer to foreign arbitral awards in order to make them subject to comprehensive legislation, which the *Limitations Act* clearly is.

[42] The question at this point is how to characterize an application for recognition and enforcement of a foreign arbitral award under the *Limitations Act*. The Act essentially creates three streams, each of which is subject to a different limitation period:

que la *Limitations Act* ne devrait pas s’appliquer en l’espèce. Selon elle, seule une intention manifeste du législateur peut assujettir la reconnaissance et l’exécution d’une sentence arbitrale étrangère à des exigences procédurales qui ne figurent pas dans la Loi type, et la *Limitations Act* n’est pas suffisamment explicite à cet égard. Elle affirme que la Loi type visait à dresser une liste complète et exhaustive des circonstances dans lesquelles un tribunal local pouvait intervenir dans la conduite de procédures arbitrales. À cette fin, l’art. 5 de la Loi type prévoit que « les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit ». La LCIA plaide que, en l’absence d’une dérogation claire à ce principe, les règles procédurales locales qui ne se retrouvent pas dans la loi édictant la Loi type ne devraient pas s’appliquer. Dans son mémoire, elle a décrit ce qu’elle a appelé une dichotomie entre la Loi type, qui ne prévoit aucun délai de prescription, et l’*Arbitration Act*, qui prévoit un délai de prescription de deux ans pour les arbitrages nationaux (par. 51(3)). Elle a soutenu que cette dichotomie [TRADUCTION] « renforce la thèse selon laquelle, si le législateur avait voulu que la reconnaissance et l’exécution des sentences étrangères soient assujetties à un délai de prescription, il l’aurait clairement indiqué » (par. 24).

[41] Je ne puis faire mienne l’idée que la *Limitations Act* ne précise pas l’intention du législateur. La nouvelle *Limitations Act* a été adoptée bien après l’*ICAA* et, à mon avis, l’économie de cette Loi et son historique législatif indiquent que le législateur de l’Alberta voulait créer un régime de prescription complet et exhaustif applicable à toutes les causes d’action. Seules les causes d’action exclues par la Loi elle-même ou visées par une autre loi, comme l’*Arbitration Act*, échapperaient à ses exigences. Il n’est pas nécessaire de mentionner expressément les sentences arbitrales étrangères pour les assujettir à une loi exhaustive, comme c’est clairement le cas de la *Limitations Act*.

[42] À ce stade, il s’agit de savoir comment qualifier une demande de reconnaissance et d’exécution d’une sentence arbitrale étrangère en vertu de la *Limitations Act*. La Loi crée essentiellement trois catégories, dont chacune est soumise à un délai de

ten years, two years, or no limitation period. An application for a “remedial order” based on a “judgment or order for the payment of money” is subject to a 10-year limitation period (s. 11). All other applications for a remedial order fall under a two-year limitation period, subject to a discoverability rule (s. 3). Judgments or orders that are not remedial as defined in s. 1(i) are not subject to a limitation period.

[43] Yugraneft concedes that what it seeks constitutes a “remedial order” under the *Limitations Act*. However, it contends that an arbitral award is akin to a judgment and that an application for recognition and enforcement of that award is therefore a “claim based on a judgment or order for the payment of money” under s. 11 of the Act, which is subject to a 10-year limitation period.

[44] Yugraneft’s position must be rejected. An arbitral award is not a judgment or a court order, and Yugraneft’s application falls outside the scope of s. 11. In *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, Deschamps J., writing for the majority, noted that “[a]rbitration is part of no state’s judicial system” and “owes its existence to the will of the parties alone” (para. 51). See also *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178, in which LeBel J., for the Court, wrote, “[i]n general, arbitration is not part of the state’s judicial system, although the state sometimes assigns powers or functions directly to arbitrators” (para. 41).

[45] Unlike a local judgment, an arbitral award is not directly enforceable. In Alberta, it must first be recognized by the Court of Queen’s Bench (*ICAA*, s. 3), and this recognition can be resisted by the arbitral debtor on the grounds set out in art. V of the Convention. Furthermore, in those cases where the legislature intended the word “judgment” to

prescription différent : 10 ans, deux ans ou aucun délai. Une demande d’« ordonnance de réparation » fondée sur un [TRADUCTION] « jugement ou une ordonnance prévoyant le paiement d’une somme d’argent » se prescrit par 10 ans (art. 11). Toutes les autres demandes d’ordonnance de réparation se prescrivent par deux ans, sous réserve de la règle de la possibilité de découvrir le dommage (art. 3). Aucun délai de prescription ne s’applique aux jugements ou ordonnances ne prévoyant pas une réparation visés à l’al. 1i).

[43] Yugraneft reconnaît chercher à obtenir une [TRADUCTION] « ordonnance de réparation » aux termes de la *Limitations Act*. Toutefois, elle soutient qu’une sentence arbitrale s’apparente à un jugement et qu’une demande de reconnaissance et d’exécution de cette sentence est donc une [TRADUCTION] « réclamation fondée sur un jugement ou une ordonnance prévoyant le paiement d’une somme d’argent » en vertu de l’art. 11 de la Loi, laquelle se prescrit par 10 ans.

[44] La position de Yugraneft doit être rejetée. Une sentence arbitrale n’est pas un jugement ni une ordonnance judiciaire, et la demande de Yugraneft n’est pas visée par l’art. 11. Dans *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, la juge Deschamps, au nom de la Cour à la majorité, a fait remarquer qu’« [u]n arbitrage ne fait partie d’aucune structure judiciaire étatique » et « est une créature dont l’existence repose sur la volonté exclusive des parties » (par. 51). Voir également *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178, où le juge LeBel a écrit ce qui suit au nom de la Cour : « En général, l’arbitrage ne fait pas partie de la structure judiciaire étatique, bien que l’État attribue parfois directement des compétences ou des fonctions aux arbitres » (par. 41).

[45] Contrairement à un jugement local, une sentence arbitrale n’est pas directement exécutoire. En Alberta, elle doit d’abord être reconnue par la Cour du Banc de la Reine (*ICAA*, art. 3) et le débiteur de la sentence peut s’opposer à cette reconnaissance pour les motifs énoncés à l’art. V de la Convention. De plus, dans les cas où le législateur

encompass both the decisions of courts and arbitral awards it did so expressly, as in s. 1(1)(b) of the *REJA*. A similar approach is taken in the British Columbia *Limitation Act* which expressly provides that the term “local judgment” includes international arbitral awards (s. 1). It would therefore be incorrect to conclude that the Alberta legislature intended foreign arbitral awards to receive the same treatment as local judgments without express words to that effect.

[46] In the alternative, Yugraneft contends that the text of the *Limitations Act* is ambiguous on the question of whether a foreign arbitral award should fall under s. 3 or s. 11. It submits that this ambiguity must be resolved in its favour. In its view, an application for recognition and enforcement does not fit cleanly into either s. 3 or s. 11 of the Act. It says that even if one accepts that a foreign arbitral award is not properly considered a “judgment” as this term is used in s. 11, it finds no better home in the terms of s. 3. Section 3 purports to apply to claims for a remedial order based on an “injury”. Yugraneft suggests that by using the word “injury” the legislature intended s. 3 to apply only to new causes of action. Given the adjudicative function of an arbitral tribunal and the final character of an arbitral award, an application for recognition and enforcement cannot be considered a new cause of action or an action on an “injury” and so falls outside the scope of s. 3. If recognition proceedings do not fit cleanly within either s. 3 or s. 11, it is necessary to conclude that the *Limitations Act* is ambiguous. Since statutory provisions creating limitation periods must be interpreted strictly in favour of the plaintiff (*Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 136), this ambiguity must be resolved in a manner that preserves Yugraneft’s rights.

[47] Yugraneft is correct that ambiguity in a limitations statute will be construed in favour of

voulait que le terme « jugement » englobe les décisions des tribunaux et les sentences arbitrales, il l’a fait expressément, comme à l’al. 1(1)b de la *REJA*. Une démarche semblable a été suivie en Colombie-Britannique dans la *Limitation Act*, laquelle prévoit expressément que le terme [TRADUCTION] « jugement local » comprend les sentences arbitrales internationales (art. 1). On conclurait donc à tort que le législateur de l’Alberta voulait que les sentences arbitrales étrangères reçoivent le même traitement que les jugements sans indication expresse en ce sens.

[46] À titre subsidiaire, Yugraneft soutient que le texte de la *Limitations Act* est ambigu sur la question de savoir si c’est l’art. 3 ou l’art. 11 qui devrait s’appliquer aux sentences arbitrales étrangères. Elle prétend que cette ambiguïté doit être résolue en sa faveur. À son avis, une demande de reconnaissance et d’exécution n’est pas clairement visée par l’art. 3, ni par l’art. 11 de la Loi. Selon elle, même si l’on accepte qu’une sentence arbitrale étrangère n’est pas considérée à juste titre comme un « jugement » au sens de l’art. 11, la situation n’est pas plus favorable aux termes de l’art. 3. L’article 3 est censé s’appliquer aux demandes d’ordonnance de réparation fondées sur un [TRADUCTION] « préjudice ». Yugraneft soutient qu’en utilisant le terme « préjudice », le législateur voulait que l’art. 3 ne s’applique qu’aux nouvelles causes d’action. Compte tenu de la fonction juridictionnelle d’un tribunal arbitral et du caractère définitif d’une sentence arbitrale, une demande de reconnaissance et d’exécution ne peut être considérée comme une nouvelle cause d’action ou comme une action fondée sur un « préjudice » et, par conséquent, elle échappe à l’application de l’art. 3. Si la procédure de reconnaissance n’est pas clairement visée ni par l’art. 3 ni par l’art. 11, il faut conclure que la *Limitations Act* est ambiguë. Comme les dispositions législatives fixant un délai de prescription doivent être interprétées strictement en faveur du demandeur (*Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 136), il faut résoudre cette ambiguïté de manière à préserver les droits de Yugraneft.

[47] Yugraneft a raison de dire que si un texte législatif sur la prescription est ambigu, il sera

allowing the action to proceed. However, I do not agree that the Act is ambiguous in this case. The legislature has made it clear elsewhere that when it intends the word “judgment” to include a foreign arbitral award, it provides express words to that effect. For instance, in the *REJA*, it explicitly included arbitral awards in the definition of “judgment” (s. 1(1)(b)). In the absence of such express words, a foreign arbitral award cannot be held to fall within the meaning of “judgment”. Thus, there is only one possible meaning, not two. An application for recognition and enforcement of a foreign arbitral award is an application for a remedial order within the meaning of s. 3.

[48] In addition, applying a 10-year limitation period to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards would result in an incoherent limitations regime. In Alberta, arbitral awards from reciprocating jurisdictions are subject to a six-year time limit (*REJA*, s. 2(1)). It would be incongruous to accord foreign arbitral awards from *non-reciprocating* jurisdictions more favourable treatment than those from jurisdictions with which Alberta has deliberately concluded an agreement for the reciprocal enforcement of judgments. Such an interpretation is to be avoided (see: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 27).

[49] Applying the limitation period set out in s. 3 is consistent with the overall scheme of Alberta limitations law. It also provides more generous treatment for foreign awards than for domestic awards and is therefore consistent with art. III of the Convention. The limitation period in s. 3 of the *Limitations Act* is subject to a discoverability rule, which is not the case for the time limit set out in s. 51 of the *Arbitration Act* governing domestic awards. This makes ample allowance for the practical difficulties faced by foreign arbitral creditors, who may require some time to discover that the arbitral debtor has assets in Alberta.

interprété de façon à favoriser la poursuite de l'action. Toutefois, je ne suis pas d'accord avec elle pour dire que la Loi est ambiguë en l'espèce. Le législateur a clairement indiqué ailleurs que lorsqu'il veut que le terme « jugement » englobe les sentences arbitrales étrangères, il le dit en termes exprès. Par exemple, dans la *REJA*, il a explicitement inclus les sentences arbitrales dans la définition de [TRADUCTION] « jugement » (al. 1(1)(b)). En l'absence de tels termes exprès, on ne peut dire qu'un « jugement » englobe une sentence arbitrale étrangère. Par conséquent, il n'y a qu'une seule interprétation possible, pas deux. Une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère est une demande d'ordonnance de réparation au sens de l'art. 3.

[48] De plus, appliquer un délai de prescription de 10 ans pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères rendrait le régime de prescription incohérent. En Alberta, les sentences arbitrales des États accordant la réciprocité sont assujetties à une prescription de six ans (*REJA*, par. 2(1)). Il serait illogique d'accorder aux sentences arbitrales étrangères des États *n'accordant pas la réciprocité* un traitement plus favorable que celui réservé aux sentences des États avec lesquels l'Alberta a délibérément conclu un accord de réciprocité pour l'exécution des jugements. Il faut éviter une telle interprétation (voir : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 27).

[49] L'application du délai de prescription prévu à l'art. 3 est conforme au régime général des règles de prescription de l'Alberta. Cet article prévoit aussi un traitement plus généreux pour les sentences étrangères que pour les sentences nationales; il est donc conforme à l'art. III de la Convention. La prescription prévue à l'art. 3 de la *Limitations Act* est subordonnée à la règle de la possibilité de découvrir le dommage, ce qui n'est pas le cas pour le délai prévu à l'art. 51 de l'*Arbitration Act* régissant les sentences nationales. Cela tient amplement compte des difficultés pratiques auxquelles font face les créanciers d'une sentence étrangère, lesquels peuvent avoir besoin de temps pour découvrir que le débiteur de la sentence possède des biens en Alberta.

D. *Is Yugraneft's Application for Recognition and Enforcement Time-Barred Under Section 3 of the Limitations Act?*

[50] Having determined that Yugraneft's application for recognition and enforcement is subject to s. 3 of the *Limitations Act*, there remains the question of whether or not the application was time-barred when it was filed on January 27, 2006. As noted above, the two-year limitation period set out in s. 3(1)(a) is subject to a discoverability rule. Only if the conditions for discoverability are met will the limitation period begin to run. Under s. 3, a claim for a remedial order must be brought within two years after the claimant

first knew, or in the circumstances ought to have known,

- (i) that the injury for which the claimant seeks a remedial order had occurred,
- (ii) that the injury was attributable to conduct of the defendant, and
- (iii) that the injury, assuming liability on the part of the defendant, warrants bringing a proceeding, . . .

In the context of this case, the injury is "non-performance of an obligation" (*Limitations Act*, s. 1(e)(iv)), i.e. Rexx's failure to comply with the arbitral award and pay Yugraneft US\$952,614.43.

[51] Neither Yugraneft nor Rexx has made submissions concerning the starting point of the limitation period in this case. Both parties appear to have assumed that if this Court finds that s. 3, and not s. 11, applies to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, Yugraneft's application would be time-barred. I believe this assumption to be correct for the following reasons.

[52] In order to determine whether a proceeding is time-barred, it is necessary to ascertain when the injury occurred. In the case of non-performance of an obligation, the question is when the non-performance occurred.

D. *La demande de reconnaissance et d'exécution de Yugraneft est-elle prescrite en vertu de l'art. 3 de la Limitations Act?*

[50] Ayant conclu que la demande de reconnaissance et d'exécution de Yugraneft est assujettie à l'art. 3 de la *Limitations Act*, il reste la question de savoir si la demande était prescrite lorsqu'elle a été déposée le 27 janvier 2006. Comme je l'ai déjà mentionné, le délai de prescription de deux ans prévu à l'al. 3(1)a) est soumis à la règle de la possibilité de découvrir le dommage. Ce n'est que si les conditions de cette règle sont remplies que le délai de prescription commence à courir. Aux termes de l'art. 3, une demande de réparation doit être présentée dans les deux années suivant la date à laquelle le demandeur

[TRADUCTION] a appris ou, eu égard aux circonstances, aurait dû apprendre :

- (i) que le préjudice visé par la demande a été subi,
- (ii) que le préjudice est attribuable à la conduite du défendeur, et
- (iii) que le préjudice, en supposant que le défendeur en soit responsable, justifie l'introduction d'une instance, . . .

En l'espèce, le préjudice consiste en [TRADUCTION] « l'inexécution d'une obligation » (*Limitations Act*, sous-al. 1e)(iv)), soit le refus de Rexx de se conformer à la sentence arbitrale et de verser 952 614,43 \$US à Yugraneft.

[51] Ni Yugraneft ni Rexx n'ont présenté d'observations au sujet du point de départ du délai de prescription en l'espèce. Les deux parties semblent avoir tenu pour acquis que si notre Cour décide que l'art. 3, et non l'art. 11, s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, la demande de Yugraneft serait prescrite. Pour les motifs qui suivent, je crois qu'elles ont raison.

[52] Pour déterminer si une procédure est prescrite, il faut savoir quand le préjudice a été subi. Dans le cas de l'inexécution d'une obligation, il faut savoir quand elle a eu lieu.

[53] In the context of a proceeding to recognize and enforce a foreign arbitral award, if non-performance is assumed to occur on the date the award was issued, Yugraneft would have commenced its proceeding in Alberta approximately 16 months after the two-year limitation period had expired. However, I do not think the date of the issuance of the award can normally be considered as the date of non-performance of the obligation to pay.

[54] The Model Law provides that a party to an arbitration has three months to apply to the local courts to have an award set aside, beginning on the day it receives the award (art. 34(3) — see Appendix A). At least until that deadline has passed, the arbitral award may not have the requisite degree of finality to form the basis of an application for recognition and enforcement under the Convention. If an award is open to being set aside, it may be considered “not . . . binding” under art. V(1)(e) of the Convention (Blackaby and Partasides, at pp. 649-50). The same can be said when proceedings to set aside the award are under way. Thus, if an award originates in a Model Law jurisdiction, or one with analogous provisions concerning the setting aside of an arbitral award, an arbitral creditor would not know and would have no reason to think that recognition and enforcement proceedings are warranted on the very date the award is rendered. In those circumstances, the limitation period under s. 3 of the *Limitations Act* will not be triggered until the possibility that the award might be set aside by the local courts in the country where the award was rendered has been foreclosed.

[55] That would appear to be the case here. Russia is a Model Law jurisdiction, and there is no indication in the record before this Court that Russia modified art. 34 in its adoption of the Model Law (Award of the Russian ICAC (English translation), A.R., vol. 2, at p. 84). Thus, the courts of any State party to the Convention would be entitled to refuse to grant recognition and enforcement of the award

[53] Dans le contexte d'une procédure de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, si l'on suppose que l'inexécution a eu lieu à la date où la sentence a été rendue, Yugraneft aurait introduit sa demande en Alberta environ 16 mois après l'expiration du délai de deux ans. Toutefois, je ne crois pas que la date de la sentence puisse normalement être considérée comme la date de l'inexécution de l'obligation de payer.

[54] La Loi type prévoit qu'une partie à l'arbitrage a trois mois, à compter de la date à laquelle elle reçoit communication de la sentence, pour présenter aux tribunaux locaux une demande d'annulation d'une sentence (par. 34(3) — voir annexe A). Au moins jusqu'à l'expiration de ce délai, la sentence arbitrale peut ne pas avoir acquis le caractère définitif nécessaire pour permettre la présentation d'une demande de reconnaissance et d'exécution aux termes de la Convention. S'il subsiste une possibilité d'annulation d'une sentence, celle-ci peut être considérée comme n'étant pas « devenue obligatoire » aux termes de l'al. V(1)(e) de la Convention (Blackaby et Partasides, p. 649-650). Le même raisonnement s'applique quand une demande d'annulation de la sentence est en cours. Ainsi, si une sentence est prononcée dans un État ayant adopté la Loi type, ou dans un État ayant des dispositions analogues sur l'annulation d'une sentence arbitrale, le créancier de la sentence ne pourrait savoir et n'aurait aucune raison de penser qu'une demande de reconnaissance et d'exécution peut être présentée le jour même où la sentence est prononcée. Dans ces circonstances, le délai de prescription en vertu de l'art. 3 de la *Limitations Act* ne commencera pas à courir tant que ne sera pas écartée la possibilité que la sentence soit annulée par les tribunaux du pays où elle a été prononcée.

[55] Il semble que ce soit le cas en l'espèce. La Russie a adopté la Loi type, mais rien au dossier dont dispose la Cour n'indique que la Russie a modifié l'art. 34 au moment où elle a adopté la Loi type (Sentence du tribunal d'arbitrage commercial international de Russie (traduction anglaise), d.a., vol. 2, p. 84). Par conséquent, les tribunaux d'un État partie à la Convention auraient le droit

at issue in this case until the three-month appeal period had expired; or, if an appeal was launched, until the appeal was concluded.

[56] Accordingly, it is my view that for the purposes of the *Limitations Act*, Rexx's obligations under the award did not crystallize until three months after Yugraneft had received the award. The award was issued on September 6, 2002, and Yugraneft has provided no indication that it received the award at a later date. As a result, non-performance of its obligation to pay Yugraneft would not have occurred before December 6, 2002. This would suggest that Yugraneft had two years after December 6, 2002, to commence proceedings against Rexx in Alberta, meaning that its action, which was brought on January 27, 2006, was clearly time-barred.

[57] A second consideration in the context of a recognition and enforcement of foreign arbitral awards is whether non-performance of the arbitral debtor's obligation to pay arises when the award becomes final or only when an actual refusal to pay the award becomes apparent to the arbitral creditor. In my opinion, the obligation to pay the award becomes exigible on the date the appeal period expires or, if an appeal is taken, the date of the appeal decision. Failure to make payment on that date would constitute non-performance of the obligation. Thus, the injury has occurred and the conditions set out in s. 3(1)(a)(i) and (ii) are satisfied on that date.

[58] However, s. 3(1)(a)(iii) provides that the limitation period will run only if the claimant knew or ought to have known that the injury "warrants bringing a proceeding". There may be situations in which an application for recognition and enforcement is not immediately "warranted", and it will be open to the courts in such cases to delay commencement of the limitation period accordingly.

[59] In *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808, McLachlin J. (as she then was) noted that

de refuser de reconnaître et d'exécuter la sentence dont il est question en l'espèce jusqu'à l'expiration du délai d'appel de trois mois ou, si un appel a été interjeté, jusqu'à l'issue de l'appel.

[56] Par conséquent, je suis d'avis que, pour l'application de la *Limitations Act*, les obligations de Rexx en vertu de la sentence ne se sont cristallisées que trois mois après la date à laquelle la sentence a été communiquée à Yugraneft. La sentence a été rendue le 6 septembre 2002 et Yugraneft n'a fourni aucune indication qu'elle a reçu communication de la sentence après cette date. Ainsi, l'inexécution de l'obligation de payer Yugraneft n'aurait eu lieu que le 6 décembre 2002. Cela laisse croire que Yugraneft disposait de deux ans après le 6 décembre 2002 pour introduire une demande contre Rexx en Alberta, ce qui signifie que son action, introduite le 27 janvier 2006, était manifestement prescrite.

[57] Il faut aussi savoir, dans le contexte de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères, si l'inexécution de l'obligation de payer du débiteur de la sentence a lieu au moment où la sentence devient définitive ou seulement au moment où le refus de payer devient évident pour le créancier de la sentence. À mon avis, l'obligation de payer devient exigible à la date de l'expiration de la période d'appel ou, si un appel a été interjeté, à la date de la décision dans l'appel. À cette date, le défaut de paiement constitue une inexécution de l'obligation. Par conséquent, il y a eu préjudice et les conditions énoncées aux sous-al. 3(1)(a)(i) et (ii) sont remplies.

[58] Cependant, selon le sous-al. 3(1)(a)(iii), le délai de prescription ne commence à courir que si le demandeur a appris ou aurait dû apprendre que le préjudice [TRADUCTION] « justifie l'introduction d'une instance ». Dans certaines situations, une demande de reconnaissance et d'exécution peut ne pas être immédiatement « justifiée » et il sera alors loisible aux tribunaux de retarder le début du délai de prescription en conséquence.

[59] Dans *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a fait

discoverability rules of this kind are the product of a long-term trend in the law of limitations towards an approach that balances the interests of both plaintiffs and defendants. The traditional rationales for the imposition of a limitation period on actions were centred on the interests of the defendant: (a) the need for certainty concerning legal rights and obligations; (b) the need to minimize the risk that evidence necessary to defend against a claim would deteriorate over time; and (c) a concern for ensuring that defendants not be required to defend themselves against stale claims because a plaintiff has failed to act diligently (para. 64). Over time, however, courts, law reform commissions and legislatures came to realize that this approach was one-sided and that a “more contextual view of the parties’ actual circumstances” was required (para. 65). Accordingly, at para. 66, McLachlin J. wrote:

Contemporary limitations statutes thus seek to balance conventional rationales oriented towards the protection of the defendant — certainty, evidentiary, and diligence — with the need to treat plaintiffs fairly, having regard to their specific circumstances. As Major J. put it in *[Murphy v. Welsh, [1993] 2 S.C.R. 1069]*, “[a] limitations scheme must attempt to balance the interests of both sides” (p. 1080).

[60] Section 3(1)(a)(iii) provides that the limitation period will commence only once the plaintiff knew or ought to have known that the injury it received warrants bringing a proceeding. Thus s. 3(1)(a) ensures that the scheme created by the *Limitations Act* balances the interests of both plaintiffs and defendants. However, much like its counterpart in the B.C. *Limitation Act* at issue in *Novak v. Bond*, s. 3(1) measures the conduct of the plaintiff against an “objective” standard. Section 6(4) of the B.C. Act provides that the limitation period will not commence until the facts available to the plaintiff are such that a “reasonable person . . . would regard those facts as showing” that the plaintiff was (a) able to bring a claim, and (b) that the claim had a reasonable prospect of success. Section 3(1) of the Alberta Act does not refer to a “reasonable

remarque que la règle de la possibilité de découvrir le dommage est le fruit d’une longue tendance, en matière de prescription, en faveur d’une approche qui met en équilibre les intérêts des demandeurs et des défendeurs. Les justifications traditionnelles à l’imposition d’un délai de prescription sur les actions s’articulaient autour des intérêts du défendeur : a) le besoin de certitude quant aux droits et obligations juridiques; b) le besoin de minimiser le risque que les éléments de preuve nécessaires en défense se détériorent avec le temps; et c) le souci d’assurer que les défendeurs ne fassent pas l’objet d’une action tardive parce que le demandeur n’a pas agi avec célérité (par. 64). Cependant, au fil du temps, les tribunaux, les commissions de réforme du droit et les législateurs se sont rendus compte que cette approche était unilatérale et qu’il fallait effectuer un « examen plus contextuel de la situation réelle des parties » (par. 65). Par conséquent, la juge McLachlin a écrit ce qui suit au par. 66 :

Les lois contemporaines sur la prescription des actions visent donc à établir un équilibre entre les justifications traditionnelles axées sur la protection du défendeur — la certitude, la preuve et la diligence — et la nécessité de faire preuve d’équité envers le demandeur compte tenu des circonstances qui lui sont propres. Comme l’a dit le juge Major dans l’arrêt *[Murphy c. Welsh, [1993] 2 R.C.S. 1069]*, « [u]n régime de prescription doit tenter d’établir un équilibre entre les intérêts des deux parties » (p. 1080).

[60] Selon le sous-al. 3(1)(a)(iii), le délai de prescription ne commence à courir qu’une fois que le demandeur a appris ou aurait dû apprendre que le préjudice justifie l’introduction d’une instance. Par conséquent, l’al. 3(1)(a) fait en sorte que le régime créé par la *Limitations Act* met en équilibre les intérêts des demandeurs et des défendeurs. Toutefois, tout comme la disposition correspondante de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique en cause dans *Novak c. Bond*, le par. 3(1) examine la conduite du demandeur en fonction d’une norme « objective ». Selon le par. 6(4) de la Loi de la Colombie-Britannique, le délai de prescription ne court qu’à compter du jour où les faits portés à la connaissance du demandeur sont tels qu’une [TRADUCTION] « personne raisonnable [. . .] serait d’avis que ces faits font voir » que le demandeur

person” and its discoverability criteria are not identical with those in s. 6(4) of the B.C. Act. However, it does subject the knowledge elements of its discoverability rule to an objective test: the plaintiff must know or “ought to have known” the elements that trigger the running of the limitation period. Thus, constructive or imputed knowledge, in addition to actual knowledge, will trigger the limitation period.

[61] Section 3(1)(a)(iii) therefore allows the courts to consider aspects of an arbitral creditor’s circumstances that would lead a reasonable person to conclude that there was no reason for the arbitral creditor to know whether proceedings were warranted in Alberta. For example, it is not infrequent for the parties to an international arbitration to have assets in a number of different states or jurisdictions within a federal state. An arbitral creditor cannot be presumed to know the location of all of the arbitral debtor’s assets. If the arbitral creditor does not know, and would have no reason to know, that the arbitral debtor has assets in a particular jurisdiction, it cannot be expected to know that recognition and enforcement proceedings are warranted in that jurisdiction. Thus, in my view, recognition and enforcement proceedings would only be warranted in Alberta once an arbitral creditor had learned, exercising reasonable diligence, that the arbitral debtor possessed assets in that jurisdiction.

[62] Nevertheless, a delay on this account would not be open to Yugraneft in this case. The contract entered into by Yugraneft and REXX on October 1, 1998, indicates that REXX was identified as an Alberta corporation (Contract No. 157, A.R., vol. 2, at p. 41). An arbitral creditor might well not be expected to know every location in the world in which an arbitral debtor might have assets, but this cannot be said of the jurisdiction where the debtor is registered and where its head office is located. In

a) était en mesure d’intenter une action et b) que l’action pouvait raisonnablement être accueillie. Le paragraphe 3(1) de la Loi de l’Alberta ne fait pas référence à une « personne raisonnable » et ses critères de la possibilité de découverte ne sont pas identiques à ceux énoncés au par. 6(4) de la Loi de la Colombie-Britannique. Toutefois, il soumet les éléments de connaissance à un test objectif : le demandeur doit apprendre ou [TRADUCTION] « aurait dû apprendre » l’existence des éléments qui déclenchent le délai de prescription. Par conséquent, la connaissance présumée, en plus de la connaissance réelle, déclenchera le délai de prescription.

[61] - Le sous-alinéa 3(1)a)(iii) permet donc aux tribunaux de tenir compte de certains aspects de la situation du créancier de la sentence qui amèneraient une personne raisonnable à conclure que ce créancier ne pouvait pas savoir si l’introduction d’une instance était justifiée en Alberta. Par exemple, il n’est pas rare que les parties à un arbitrage international détiennent des biens dans plusieurs États ou plusieurs provinces au sein d’un État fédératif. On ne peut présumer qu’un créancier est au courant de tous les endroits où peuvent se trouver des biens du débiteur de la sentence. Si le créancier n’est pas au courant que le débiteur possède des biens dans un État en particulier, et qu’il n’a aucune raison de l’être, on ne peut s’attendre à ce qu’il sache qu’une demande de reconnaissance et d’exécution est justifiée dans cet État. Par conséquent, je suis d’avis que la demande de reconnaissance et d’exécution ne serait justifiée en Alberta qu’à compter du moment où le créancier de la sentence apprend, en faisant preuve de diligence raisonnable, que le débiteur possède des biens dans cette province.

[62] Quoi qu’il en soit, Yugraneft ne pourrait en l’espèce justifier un délai pour cette raison. Le contrat intervenu entre Yugraneft et REXX le 1^{er} octobre 1998 indique que REXX était désignée comme une société albertaine (contrat n° 157, d.a., vol. 2, p. 41). Il ne faudrait pas s’attendre à ce que le créancier de la sentence soit au courant de tous les endroits dans le monde où le débiteur pourrait avoir des biens. Toutefois, on ne peut en dire autant de l’État où le débiteur est enregistré et où se trouve

such circumstances, Yugraneft has not claimed and could not claim that it did not know or ought not to have known that a proceeding was warranted in Alberta at the time of (or indeed earlier than) the expiry of the three-month appeal period following receipt of notice of the award.

[63] Thus, I have no difficulty concluding that even taking into account the discoverability rule in s. 3(1)(a) of the *Limitations Act*, Yugraneft's proceedings are time-barred.

E. *The Public Policy Argument*

[64] In addition to claiming that Yugraneft's application is time-barred, REXX has also argued that enforcement of the award should be refused on public policy grounds (Convention, art. V(2)(b)), alleging that it was tainted by fraud. In light of my conclusion regarding the applicable limitation period, there is no need to rule on this issue and I refrain from doing so.

VI. Conclusion

[65] I would dismiss the appeal, with costs.

APPENDIX A

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

Article 5. Extent of court intervention

In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law.

Article 34. Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

. . .

(3) An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which

son siège social. Dans ces circonstances, Yugraneft n'a pas dit et ne pouvait pas dire qu'elle ne savait ou qu'elle n'aurait pas pu savoir qu'une demande était justifiée en Alberta à l'expiration du délai d'appel de trois mois après avoir reçu communication de la sentence (ou avant).

[63] Je n'ai donc aucune difficulté à conclure que, même en considérant la règle de la possibilité de découvrir le dommage prévue à l'al. 3(1)a) de la *Limitations Act*, l'instance engagée par Yugraneft est prescrite.

E. *L'argument fondé sur l'ordre public*

[64] En plus d'affirmer que la demande de Yugraneft est prescrite, REXX a aussi fait valoir que l'exécution de la sentence devrait être refusée pour des raisons d'ordre public (Convention, al. V(2)(b)), soutenant qu'elle était entachée de fraude. Vu ma conclusion concernant le délai de prescription applicable, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur cette question et je m'abstiendrai de le faire.

VI. Conclusion

[65] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens.

ANNEXE A

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

Article 5. Domaine de l'intervention des tribunaux

Pour toutes les questions régies par la présente Loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit.

Article 34. La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale

1) Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article.

. . .

3) Une demande d'annulation ne peut être présentée après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de

the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.

(4) The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.

Article 35. Recognition and enforcement

(1) An arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and, upon application in writing to the competent court, shall be enforced subject to the provisions of this article and of article 36.

(2) The party relying on an award or applying for its enforcement shall supply the original award or a copy thereof. If the award is not made in an official language of this State, the court may request the party to supply a translation thereof into such language.

Article 36. Grounds for refusing recognition or enforcement

(1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only:

(a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that:

- (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or
- (ii) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or
- (iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the

la date à laquelle la partie présentant cette demande a reçu communication de la sentence ou, si une demande a été faite en vertu de l'article 33, à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral a pris une décision sur cette demande.

4) Lorsqu'il est prié d'annuler une sentence, le tribunal peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation.

Article 35. Reconnaissance et exécution

1) La sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire et, sur requête adressée par écrit au tribunal compétent, est exécutée sous réserve des dispositions du présent article et de l'article 36.

2) La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original ou une copie. Si ladite sentence n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, le tribunal peut demander à la partie d'en produire une traduction dans cette langue.

Article 36. Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution

1) La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que :

a) Sur la demande de la partie contre laquelle elle est invoquée, si ladite partie présente au tribunal compétent auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution la preuve :

- i) Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou
- ii) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou
- iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou

terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

(v) the award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the country in which, or under the law of which, that award was made; or

(b) if the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State.

(2) If an application for setting aside or suspension of an award has been made to a court referred to in paragraph (1)(a)(v) of this article, the court where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, adjourn its decision and may also, on the application of the party claiming recognition or enforcement of the award, order the other party to provide appropriate security.

APPENDIX B

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Article I

1. This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and

n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions soumises à l'arbitrage pourra être reconnue et exécutée; ou

iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut d'une telle convention, à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

v) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties, ou a été annulée ou suspendue par un tribunal du pays dans lequel, ou en vertu de la loi duquel elle a été rendue; ou

b) Si le tribunal constate que :

i) L'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État; ou que

ii) La reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du présent État.

2) Si une demande d'annulation ou de suspension d'une sentence a été présentée à un tribunal visé au paragraphe 1 a v du présent article, le tribunal auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge approprié, surseoir à statuer et peut aussi, à la requête de la partie demandant la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

ANNEXE B

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères

Article premier

1. La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées,

arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.

2. The term “arbitral awards” shall include not only awards made by arbitrators appointed for each case but also those made by permanent arbitral bodies to which the parties have submitted.

3. When signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration.

Article III

Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.

Article V

1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

- (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or
- (b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration

et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.

2. On entend par « sentences arbitrales » non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises.

3. Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention, d'y adhérer ou de faire la notification d'extension prévue à l'article X, tout État pourra, sur la base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale.

Article III

Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales.

Article V

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve :

- a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou
- b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure

proceedings or was otherwise unable to present his case; or

- (c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or
- (d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or
- (e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

- (a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of the country; or
- (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

Article XI

In the case of a federal or non-unitary State, the following provisions shall apply:

- (a) With respect to those articles of this Convention that come within the legislative jurisdiction of the federal authority, the obligations of the federal Government shall to this extent be the same as those of Contracting States which are not federal States;
- (b) With respect to those articles of this Convention that come within the legislative jurisdiction of constituent states or provinces which are not, under the constitutional system of the

d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou

- c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées; ou
- d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou
- e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate :

- a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou
- b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

Article XI

Les dispositions ci-après s'appliqueront aux États fédératifs ou non unitaires :

- a) En ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative du pouvoir fédéral, les obligations du gouvernement fédéral seront les mêmes que celles des États contractants qui ne sont pas des États fédératifs;
- b) En ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative de chacun des États ou provinces constituants, qui ne sont pas, en vertu du

federation, bound to take legislative action, the federal Government shall bring such articles with a favourable recommendation to the notice of the appropriate authorities of constituent states or provinces at the earliest possible moment;

- (c) A federal State Party to this Convention shall, at the request of any other Contracting State transmitted through the Secretary-General of the United Nations, supply a statement of the law and practice of the federation and its constituent units in regard to any particular provision of this Convention, showing the extent to which effect has been given to that provision by legislative or other action.

système constitutionnel de la fédération, tenus de prendre des mesures législatives, le gouvernement fédéral portera le plus tôt possible, et avec son avis favorable, lesdits articles à la connaissance des autorités compétentes des États ou provinces constituants;

- c) Un État fédératif Partie à la présente Convention communiquera, à la demande de tout autre État contractant qui lui aura été transmise par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, un exposé de la législation et des pratiques en vigueur dans la fédération et ses unités constituantes, en ce qui concerne telle ou telle disposition de la Convention, indiquant la mesure dans laquelle effet a été donné, par une action législative ou autre, à ladite disposition.

APPENDIX C

Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12

Definitions

- 1 In this Act,
- (a) “claim” means a matter giving rise to a civil proceeding in which a claimant seeks a remedial order;
- (b) “claimant” means the person who seeks a remedial order;
- (c) “defendant” means a person against whom a remedial order is sought;
- (d) “duty” means any duty under the law;
- (e) “injury” means
- (i) personal injury,
 - (ii) property damage,
 - (iii) economic loss,
 - (iv) non-performance of an obligation, or
 - (v) in the absence of any of the above, the breach of a duty;
- (f) “law” means the law in force in the Province, and includes

ANNEXE C

Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12

[TRADUCTION]

Interprétation

- 1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.
- a) « réclamation » Un fait générateur d'une instance civile par laquelle le demandeur cherche à obtenir une ordonnance de réparation.
- b) « demandeur » La personne qui cherche à obtenir une ordonnance de réparation.
- c) « défendeur » Une personne contre qui une ordonnance de réparation est demandée.
- d) « obligation » Toute obligation prévue par la législation.
- e) « préjudice »
- (i) Un préjudice personnel,
 - (ii) des dommages matériels,
 - (iii) une perte économique,
 - (iv) l'inexécution d'une obligation, ou
 - (v) en l'absence de l'une ou l'autre forme de préjudice ci-dessus, le manquement à une obligation.
- f) « législation » La législation en vigueur dans la Province, ce qui comprend :

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> (i) statutes, (ii) judicial precedents, and (iii) regulations; <p>(g) “limitation provision” includes a limitation period or notice provision that has the effect of a limitation period;</p> <p>(h) “person under disability” means</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) a represented adult as defined in the <i>Adult Guardianship and Trusteeship Act</i> or a person in respect of whom a certificate of incapacity is in effect under the <i>Public Trustee Act</i>, or (ii) an adult who is unable to make reasonable judgments in respect of matters relating to a claim; <p>(i) “remedial order” means a judgment or an order made by a court in a civil proceeding requiring a defendant to comply with a duty or to pay damages for the violation of a right, but excludes</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) a declaration of rights and duties, legal relations or personal status, (ii) the enforcement of a remedial order, (iii) judicial review of the decision, act or omission of a person, board, commission, tribunal or other body in the exercise of a power conferred by statute or regulation, or (iv) a writ of habeas corpus; <p>(j) “right” means any right under the law;</p> <p>(k) “security interest” means an interest in property that secures the payment or other performance of an obligation.</p> | <ul style="list-style-type: none"> (i) les lois, (ii) les précédents judiciaires, (iii) les règlements. <p>g) « disposition applicable en matière de prescription » Un délai de prescription ou une disposition prescrivant l’envoi d’un avis et ayant valeur de délai de prescription.</p> <p>h) « personne souffrant d’une incapacité »</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) Un adulte représenté au sens de l’<i>Adult Guardianship and Trusteeship Act</i> ou une personne visée par un certificat d’incapacité en vertu de la <i>Public Trustee Act</i>, ou (ii) un adulte incapable d’exercer son jugement de façon raisonnable relativement aux faits d’une réclamation. <p>i) « ordonnance de réparation » Un jugement ou une ordonnance rendu par un tribunal dans une instance civile enjoignant au défendeur de se conformer à une obligation ou de verser des dommages-intérêts pour la violation d’un droit, à l’exclusion :</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) d’une déclaration des droits et obligations, des relations juridiques ou du statut personnel, (ii) de l’exécution d’une ordonnance de réparation, (iii) du contrôle judiciaire de la décision, de l’acte ou de l’omission d’une personne ou d’un office dans l’exercice d’un pouvoir conféré par une loi ou un règlement, (iv) d’un bref d’<i>habeas corpus</i>. <p>j) « droit » Tout droit prévu par la loi.</p> <p>k) « garantie » Un droit sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement.</p> |
|---|---|

Application

2(1) This Act applies where a claimant seeks a remedial order in a proceeding commenced on or after March 1, 1999, whether the claim arises before, on or after March 1, 1999.

Application

2(1) La présente loi s’applique lorsqu’un demandeur cherche à obtenir une ordonnance de réparation dans le cadre d’une instance introduite le 1^{er} mars 1999 ou après cette date, indépendamment de la date de la cause d’action.

Limitation periods

3(1) Subject to section 11, if a claimant does not seek a remedial order within

- (a) 2 years after the date on which the claimant first knew, or in the circumstances ought to have known,
 - (i) that the injury for which the claimant seeks a remedial order had occurred,
 - (ii) that the injury was attributable to conduct of the defendant, and
 - (iii) that the injury, assuming liability on the part of the defendant, warrants bringing a proceeding,

or

- (b) 10 years after the claim arose,

whichever period expires first, the defendant, on pleading this Act as a defence, is entitled to immunity from liability in respect of the claim.

. . .

Judgment for payment of money

11 If, within 10 years after the claim arose, a claimant does not seek a remedial order in respect of a claim based on a judgment or order for the payment of money, the defendant, on pleading this Act as a defence, is entitled to immunity from liability in respect of the claim.

Conflict of laws

12(1) The limitations law of Alberta applies to any proceeding commenced or sought to be commenced in Alberta in which a claimant seeks a remedial order.

(2) Notwithstanding subsection (1), where a proceeding referred to in subsection (1) would be determined in accordance with the law of another jurisdiction if it were to proceed, and the limitations law of that jurisdiction provides a shorter limitation period than the limitation period provided by the law of Alberta, the shorter limitation period applies.

Délais de prescription

3(1) Sous réserve de l'article 11, le défendeur qui invoque la présente loi comme moyen de défense est exonéré de toute responsabilité à l'égard de la demande si le demandeur ne cherche pas à obtenir une ordonnance de réparation :

- a) dans les deux années suivant la date à laquelle il a appris ou, eu égard aux circonstances, aurait dû apprendre :
 - (i) que le préjudice visé par la demande a été subi,
 - (ii) que le préjudice est attribuable à la conduite du défendeur, et
 - (iii) que le préjudice, en supposant que le défendeur en soit responsable, justifie l'introduction d'une instance;

ou

- b) dans les 10 années suivant la date à laquelle la cause d'action a pris naissance,

selon le délai qui expire en premier.

. . .

Jugement ordonnant le paiement d'une somme d'argent

11 Si, dans les 10 années suivant la date à laquelle la cause d'action a pris naissance, le demandeur ne présente pas une demande de réparation à l'égard d'une réclamation fondée sur un jugement ou une ordonnance prévoyant le paiement d'une somme d'argent, le défendeur, en invoquant la présente loi comme moyen de défense, est exonéré de toute responsabilité à l'égard de la réclamation.

Conflit de lois

12(1) Les règles de prescription de l'Alberta s'appliquent à toute instance introduite, ou que l'on cherche à introduire, en Alberta dans laquelle un demandeur cherche à obtenir une ordonnance de réparation.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), lorsqu'une instance visée au paragraphe (1) serait instruite et jugée selon le droit d'un autre ressort, et que les règles de prescription de ce ressort prévoient un délai de prescription plus court que celui prévu par la loi de l'Alberta, ce délai de prescription plus court s'applique.

APPENDIX D

Arbitration Act, R.S.A. 2000, c. A-43

Application of Act

2(1) This Act applies to an arbitration conducted under an arbitration agreement or authorized or required under an enactment unless

- (a) the application of this Act is excluded by an agreement of the parties or by law, or
- (b) Part 2 of the *International Commercial Arbitration Act* applies to the arbitration.

. . .

Limitation periods

51(1) The law with respect to limitation periods applies to an arbitration as if the arbitration were an action and a matter in dispute in the arbitration were a cause of action.

(2) If the court sets aside an award, terminates an arbitration or declares an arbitration to be invalid, it may order that the period from the commencement of the arbitration to the date of the order is excluded from the computation of the time within which an action may be brought on a cause of action that was a matter in dispute in the arbitration.

(3) An application for the enforcement of an award may not be made more than

- (a) 2 years after the day on which the applicant receives the award, or
- (b) 2 years after all appeal periods have expired,

whichever is later.

APPENDIX E

Reciprocal Enforcement of Judgments Act, R.S.A. 2000, c. R-6

Interpretation

1(1) In this Act,

ANNEXE D

Arbitration Act, R.S.A. 2000, ch. A-43

[TRADUCTION]

Application de la Loi

2(1) La présente loi s'applique à tout arbitrage effectué en vertu d'une convention d'arbitrage ou autorisé ou exigé par un texte législatif sauf si, selon le cas :

- a) l'application de la présente loi est exclue par une convention des parties ou par des règles de droit,
- b) la partie 2 de la *Loi sur l'arbitrage commercial international* s'applique à l'arbitrage.

. . .

Délais de prescription

51(1) À l'égard des délais de prescription, la loi s'applique à l'arbitrage comme s'il constituait une action et qu'une question en litige présentée au cours de l'arbitrage constituait une cause d'action.

(2) S'il annule une sentence, met fin à un arbitrage ou déclare nul l'arbitrage, le tribunal judiciaire peut ordonner que la période allant du début de l'arbitrage à la date de l'ordonnance ne soit pas comprise dans le calcul du délai dans lequel une action peut être intentée pour une cause d'action qui constituait une question en litige faisant l'objet de l'arbitrage.

(3) Une requête en vue de l'exécution d'une sentence ne peut être présentée :

- a) plus de deux ans après la date à laquelle la sentence est communiquée au requérant,
- b) plus de deux ans après l'expiration de tous les délais d'appel,

selon la plus tardive de ces dates.

ANNEXE E

Reciprocal Enforcement of Judgments Act, R.S.A. 2000, ch. R-6

[TRADUCTION]

Interprétation

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

- | | |
|---|--|
| <p>(a) “Court” means the Court of Queen’s Bench;</p> <p>(b) “judgment” means a judgment or order of a court in a civil proceeding whereby a sum of money is made payable, and includes an award in an arbitration proceeding if the award, under the law in force in the jurisdiction where it was made, has become enforceable in the same manner as a judgment given by a court in that jurisdiction, but does not include an order for the payment of money as alimony or as maintenance for a spouse or former spouse or an adult interdependent partner or former adult interdependent partner or a child, or an order made against a putative father of an unborn child for the maintenance or support of the child’s mother;</p> | <p>a) « Cour » La Cour du Banc de la Reine;</p> <p>b) « jugement » Un jugement ou une ordonnance d’un tribunal dans une instance civile, portant condamnation au paiement d’une somme d’argent. S’entend en outre d’une sentence arbitrale qui, selon les lois de l’État où elle a été rendue, est devenue exécutoire de la même manière qu’un jugement rendu par un tribunal de cet État, à l’exclusion d’une ordonnance de paiement d’une somme d’argent à titre d’aliments en faveur d’un conjoint ou ex-conjoint ou d’un partenaire interdépendant adulte ou ex-partenaire interdépendant adulte ou d’un enfant, ou d’une ordonnance rendue contre le père putatif d’un enfant non encore né pour subvenir aux besoins de la mère de l’enfant;</p> |
|---|--|

Order for registration

2(1) When a judgment has been given in a court in a reciprocating jurisdiction, the judgment creditor may apply to the Court of Queen’s Bench within 6 years after the date of the judgment to have the judgment registered in the Court, and on the application the Court may order the judgment to be registered accordingly.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Burns, Fitzpatrick, Rogers & Schwartz, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Solicitors for the intervener ADR Chambers Inc.: B C F, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Arbitration Congress: Heenan Blaikie, Ottawa.

Solicitors for the intervener Institut de médiation et d’arbitrage du Québec: Fraser Milner Casgrain, Montréal.

Solicitors for the intervener the London Court of International Arbitration: Ogilvy Renault, Montréal.

Ordonnance d’enregistrement

2(1) Lorsqu’un jugement a été rendu par un tribunal d’un État accordant la réciprocité, le créancier du jugement peut, dans les six ans de la date de ce dernier, demander à la Cour du Banc de la Reine de faire enregistrer le jugement au greffe de la Cour. La Cour peut alors ordonner l’enregistrement du jugement.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l’appelante : Burns, Fitzpatrick, Rogers & Schwartz, Vancouver.

Procureurs de l’intimée : Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Procureurs de l’intervenante ADR Chambers Inc. : B C F, Montréal.

Procureurs de l’intervenant le Congrès d’arbitrage canadien : Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureurs de l’intervenant l’Institut de médiation et d’arbitrage du Québec : Fraser Milner Casgrain, Montréal.

Procureurs de l’intervenante London Court of International Arbitration : Ogilvy Renault, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

S.G.T. *Respondent***INDEXED AS: R. v. S.G.T.****2010 SCC 20**

File No.: 32890.

2009: November 18; 2010: May 27.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions rule — Derived confessions rule — Accused's stepdaughter telling school counsellor that accused had touched her in sexually inappropriate manner — Accused apologizing to his stepdaughter in statement to police — Accused charged with sexual assault — Accused subsequently sending e-mail to former wife consenting to her travelling abroad with children — E-mail including second apology to stepdaughter — Trial judge ruling after voir dire that statement to police was inadmissible because police officer had offered inducement by implying that accused would not be charged if he apologized — Contents of e-mail, admitted in evidence without voir dire and without objection from defence counsel, playing crucial role in trial judge's decision to convict accused — Whether trial judge erred by failing to conduct voir dire, on his own motion, to determine admissibility of e-mail — Whether e-mail inadmissible under confessions or derived confessions rules — Whether former wife can be considered a "person in authority" under confessions rule.

A complained to her school counsellor that the accused, her stepfather, had touched her in a sexually inappropriate manner on three occasions during the time she spent at his home. The accused was interviewed by the police on May 27, 2004 and, at the conclusion of the interview, he wrote out an apology to A on the police statement form. The accused was subsequently charged

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

S.G.T. *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. S.G.T.****2010 CSC 20**

N° du greffe : 32890.

2009 : 18 novembre; 2010 : 27 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Règle des confessions — Règle des confessions dérivées — Belle-fille de l'accusé déclarant à la conseillère scolaire que celui-ci s'est livré à des attouchements sexuels sur elle — Accusé présentant des excuses à sa belle-fille dans une déclaration faite à la police — Accusé inculpé d'agression sexuelle — Accusé envoyant par la suite un courriel à son ancienne épouse dans lequel il consent à ce qu'elle voyage à l'étranger avec les enfants — Courriel comprenant un second message d'excuses destiné à la belle-fille — Décision du juge du procès après le voir-dire selon laquelle la déclaration à la police était inadmissible parce qu'il y avait eu incitation de la part du policier en ce qu'il avait laissé entendre à l'accusé qu'il ne serait pas inculpé s'il présentait ses excuses — Rôle crucial du contenu du courriel, admis en preuve sans voir-dire et sans objection de la part de l'avocat de la défense, dans la décision du juge de déclarer l'accusé coupable — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne tenant pas d'office un voir-dire pour déterminer l'admissibilité du courriel? — Le courriel est-il inadmissible selon la règle des confessions ou la règle des confessions dérivées? — L'ancienne épouse peut-elle être considérée comme étant une « personne en autorité » selon la règle des confessions?

A s'est plainte à sa conseillère scolaire que l'accusé, son beau-père, s'était livré à des attouchements sexuels sur elle à trois occasions alors qu'elle séjournait chez lui. L'accusé a été interrogé par la police le 27 mai 2004 et, à la fin de l'interrogatoire, il a rédigé une lettre d'excuses destinée à A sur un formulaire de déclaration du service de police. Il a été ensuite accusé d'agression

with the offence of sexual assault on June 30, 2004. On July 5, in an e-mail to his former wife, the accused consented to A and his son's travelling abroad with her. In that e-mail, he apologized to A a second time. At trial, the accused's May 27 confession to the police was ruled inadmissible, on the basis that the police officer had offered an inducement by implying that the accused would not be charged if he apologized. A and her mother testified for the Crown. The mother gave evidence about the July 5 e-mail and, when asked by the trial judge, defence counsel said that he did not object to the e-mail being admitted in evidence. No *voir dire* was conducted. The accused testified in his defence, denying that he had sexually assaulted A and indicating that the apology in the e-mail was related to an incident when he had allowed A and some of her friends to share alcoholic "coolers". Credibility was the main issue at trial and the contents of the e-mail played a crucial role in the trial judge's decision. He disbelieved the accused's explanation and convicted him. The Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial, concluding that the trial judge had erred by failing to conduct a *voir dire*, on his own motion, to determine the admissibility of the e-mail.

Held (Binnie and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the order for a new trial set aside. The case should be remitted to the Court of Appeal to consider the accused's remaining grounds of appeal.

Per McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The Court of Appeal erred in faulting the trial judge for not embarking on a *voir dire* in respect of the e-mail, based on the evidence in the actual trial record.

When statements are made by an accused to ordinary persons, they are presumptively admissible, as admissions by an opposing party, without the necessity of a *voir dire*. It is only where the accused makes a statement to a "person in authority" that the Crown bears the onus of proving the voluntariness of the statement as a prerequisite to its admission, under the confessions rule. To be considered a person in authority, the accused must believe that the recipient of the statement can control or influence the proceedings against him or her, and that belief must be reasonable. The accused must provide an evidential basis for claiming that the receiver of a statement is a person in authority. In this case, the trial judge did not err by failing to hold a *voir dire* on the question whether A's mother was a person in authority. The accused did not raise the issue at trial

sexuelle le 30 juin 2004. Le 5 juillet, dans un courriel à son ancienne épouse, il a consenti à ce que A et son fils voyagent à l'étranger avec elle. Dans ce courriel, il a de nouveau présenté ses excuses à A. Au procès, la confession que l'accusé a faite le 27 mai à la police a été jugée inadmissible parce qu'il y avait eu incitation de la part du policier en ce qu'il avait laissé entendre à l'accusé qu'il ne serait pas inculpé s'il présentait ses excuses. A et sa mère ont témoigné pour le ministère public. La mère a fait état du courriel du 5 juillet, et lorsque le juge du procès a demandé à l'avocat de la défense s'il s'opposait au dépôt en preuve du courriel, celui-ci a répondu par la négative. Il n'y a pas eu de voir-dire. L'accusé a témoigné pour sa défense, niant avoir agressé sexuellement A et indiquant que les excuses dans le courriel se rapportaient à un incident où il avait permis à A et à quelques-unes de ses amies de se partager des bouteilles de boisson alcoolique de type « panaché ». La principale question en jeu était celle de la crédibilité, et le contenu du courriel a joué un rôle crucial dans la décision du juge du procès. Celui-ci n'a pas cru l'explication de l'accusé et l'a déclaré coupable. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès, estimant que le juge du procès avait commis une erreur en ne tenant pas d'office un voir-dire sur l'admissibilité du courriel.

Arrêt (les juges Binnie et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de nouveau procès est annulée. L'affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle examine les autres moyens d'appel invoqués par l'accusé.

La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : La Cour d'appel a fait erreur en reprochant au juge du procès de n'avoir pas procédé à un voir-dire au sujet du courriel, compte tenu de la preuve figurant au dossier tel qu'il était constitué.

Les déclarations d'un accusé à des personnes ordinaires sont présumées admissibles, comme étant des aveux faits par une partie opposée, sans voir-dire. C'est seulement lorsque l'accusé fait une déclaration à une « personne en autorité » que le ministère public doit prouver le caractère volontaire de la déclaration pour que celle-ci soit admise en preuve, selon la règle des confessions. Pour que la personne qui reçoit la déclaration soit considérée comme personne en autorité, il faut que l'accusé croie qu'elle a pouvoir ou influence sur l'instance et il faut que cette croyance soit raisonnable. Il incombe à l'accusé d'établir qu'il y a au dossier des éléments de preuve à l'appui de son affirmation que la personne à qui il a fait une déclaration est une personne en autorité. En l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en ne tenant pas de voir-dire

and there is no evidence that A's mother had any control over the accused's prosecution or that she was operating on behalf of the investigating authorities. Nothing on the record indicated to the trial judge that she may have been anything other than an ordinary witness in the proceedings.

The "derived confessions rule" serves to exclude statements which, despite not appearing to be involuntary when considered alone, are sufficiently connected to an earlier involuntary confession as to be rendered involuntary and hence inadmissible. It is not necessary, nor would it be appropriate on this record, to decide whether the derived confessions rule extends to admissions made to ordinary persons. It suffices to assume that, given an appropriate evidentiary basis connecting the police inducement and the later e-mail, it would at least be arguable that the subsequent statement could be excluded, if not on the basis of the common law derived confessions rule, perhaps on a *Charter* basis. The defence, however, neither raised the argument concerning the derived confessions rule at trial nor brought a *Charter* application seeking the exclusion of the e-mail. In deciding whether there was clear evidence which ought to have triggered the need for the trial judge to raise the issue on his own motion, an appellate court must consider the question from the perspective of the trial judge at the time the decision was made. Here, the most significant circumstance is that defence counsel consented to the admission of the e-mail. In an adversarial system of criminal trials, trial judges must, barring exceptional circumstances, defer to the tactical decisions of counsel, and there was no basis, in this case, to conclude that the trial judge ought to have interfered with the decision of counsel. On the facts, it is difficult to find evidence of a connection between the two statements which should have alerted the trial judge to the need to conduct a *voir dire* and to question the wisdom of counsel. The initial apology was made on May 27, 2004, while the e-mail was sent over five weeks later on July 5. The inducement held out by the police, as found by the trial judge on the *voir dire*, was the suggestion that the accused might not be charged if he apologized. However, by the time the accused sent the e-mail, he had been charged notwithstanding his apology in the police statement. It is therefore far from obvious on what basis the inducement could still have been operative in the accused's mind. Additionally, the two statements were made to different persons in entirely different circumstances. Finally, as the accused's later testimony in the trial revealed, it was his contention that the apology in the e-mail concerned a completely unrelated incident. Given that the accused's own version was contrary to

pour déterminer si la mère de A était une personne en autorité. L'accusé n'a pas soulevé la question au procès, et rien ne prouve que la mère de A pouvait exercer le moindre pouvoir sur la poursuite en justice de l'accusé ou qu'elle agissait pour le compte des enquêteurs. Rien dans la preuve n'indiquait au juge du procès qu'elle put avoir un autre statut que celui de témoin ordinaire dans l'instance.

La « règle des confessions dérivées » a pour effet de rendre inadmissibles les déclarations qui, examinées seules, paraissent volontaires, mais qui sont suffisamment liées à une confession antérieure non volontaire pour prendre elles aussi un caractère non volontaire et être donc inadmissibles. Il n'est pas nécessaire de déterminer si la règle des confessions dérivées englobe les aveux faits à des personnes ordinaires, et il ne conviendrait pas non plus de le faire. Il suffit de supposer qu'en présence d'une preuve suffisante établissant un lien entre l'incitation policière et le courriel subséquent il aurait été au moins possible de soutenir que la déclaration subséquente pouvait être écartée en application de la *Charte canadienne des droits et libertés* à défaut de l'être en application de la règle des confessions dérivées reconnue en common law. Toutefois, la défense n'a pas présenté au procès l'argument concernant la règle des confessions dérivées et n'a pas non plus demandé l'exclusion du courriel en application de la *Charte*. L'examen par le tribunal d'appel de l'existence d'éléments de preuve évidents propres à signaler au juge du procès qu'il doit intervenir de son propre chef s'effectue du point de vue du juge du procès au moment où il a rendu sa décision. En l'espèce, la circonstance la plus significative est que la défense a consenti à l'admission du courriel. Dans un système de justice criminelle accusatoire, les juges instruisant les procès doivent, à moins de circonstances exceptionnelles, déférer aux décisions tactiques des avocats, et rien en l'espèce ne permet de conclure que le juge du procès aurait dû intervenir dans la décision de l'avocat. Il ne ressort pas des faits qu'il existe entre les deux déclarations un lien propre à éveiller l'attention du juge du procès sur la nécessité de tenir un *voir-dire* et de mettre en doute le discernement de l'avocat. Les excuses initiales avaient été faites le 27 mai 2004, tandis que le courriel a été envoyé plus de cinq semaines après, soit le 5 juillet. L'incitation policière consistait, selon la conclusion du juge du procès à l'issue du *voir-dire*, à avoir laissé entendre à l'accusé qu'il ne serait peut-être pas inculpé s'il présentait ses excuses. Or, au moment où l'accusé a envoyé le courriel, il avait été inculpé en dépit de ses excuses sur le formulaire de la police. Ce qui pouvait faire en sorte que l'incitation continuait de produire des effets dans l'esprit de l'accusé est loin d'être évident. De plus, les deux déclarations ont été faites à des personnes distinctes dans des circonstances tout à fait différentes. Enfin, comme l'a

any theory of a potential connection between the e-mail and the earlier confession, it is difficult to see on what basis counsel's consent to the admissibility of the e-mail could be faulted.

Per Binnie and Fish JJ. (dissenting): The Court of Appeal's judgment should be affirmed. The trial judge had in the record before him a clear indication that the accused's second "apology" might be a "derived confession" and was legally bound to himself determine its admissibility. His failure to make any independent determination as to the admissibility of the impugned statement is necessarily fatal to the accused's conviction because, according to the trial judge himself, the impugned statement was critical to his conclusion that the accused was guilty as charged.

The derived confessions rule excludes statements that, while not inadmissible when considered in isolation, are excluded because of their temporal or causal connection to another statement found by the court to be inadmissible. The question is whether the tainting features that disqualified the first confession continue to be present or the fact that the first statement was made was a substantial factor contributing to the making of the second statement. Where the evidence raises a concern in this regard, the sufficiency of the required connection must be determined by the trial judge on a *voir dire*. An objection by counsel is not required to trigger the judge's obligation to conduct the *voir dire*.

In this case, there was ample evidence on the record to alert the trial judge to the need for a *voir dire*. During his interrogation, the accused was repeatedly and emphatically urged to apologize to A, and was told that her complaints were "not a big deal" and were "extremely minor". One officer told the accused an entirely fictional story according to which the officer had himself been arrested for slapping his son, but the matter was resolved once the officer apologized. The officer said the Crown would decide whether to proceed with the charges or simply look at counselling instead, and that the most important thing they looked at was an apology. The accused was told that if he simply apologized the matter might not proceed, and the officer promised to stick with the accused throughout the matter.

révéla le témoignage de l'accusé donné plus tard lors du procès, il a affirmé que les excuses contenues dans le courriel se rapportaient à un incident tout à fait étranger à l'affaire. Étant donné que la propre version de l'accusé contredisait toute thèse fondée sur un lien possible entre le courriel et la confession antérieure, on voit difficilement comment on pourrait reprocher à l'avocat de l'accusé d'avoir consenti à l'admission du courriel.

Les juges Binnie et Fish (dissidents) : Le jugement de la Cour d'appel est confirmé. Il ressortait clairement du dossier dont disposait le juge du procès que le second message d'« excuses » de l'accusé était probablement une « confession dérivée »; le juge était tenu par la loi d'en déterminer lui-même l'admissibilité. Le fait qu'il n'a pris aucune décision en toute indépendance au sujet de l'admissibilité de la déclaration contestée est nécessairement fatal quant à la déclaration de culpabilité de l'accusé car, selon le juge lui-même, la déclaration contestée a été le facteur déterminant dans sa conclusion que l'accusé était coupable des actes reprochés.

La règle des confessions dérivées vise à écarter les déclarations qui, bien qu'admissibles lorsqu'elles sont prises isolément, sont écartées en raison de leur lien temporel ou causal avec une autre déclaration jugée inadmissible par le tribunal. Il s'agit de décider si l'une des caractéristiques ayant vicié la première confession existe toujours ou si la première déclaration était un facteur important qui a incité à faire la seconde déclaration. Lorsque la preuve soulève des inquiétudes à cet égard, c'est au juge du procès de déterminer, lors d'un *voir-dire*, si la connexité requise est suffisante. Une objection de la part de l'avocat ne suffit pas pour que le juge soit obligé de tenir un *voir-dire*.

En l'espèce, il y avait suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour attirer l'attention du juge du procès sur la nécessité d'un *voir-dire*. Au cours de l'interrogatoire, on a, à maintes reprises et avec insistance, incité l'accusé à présenter ses excuses à A et on lui a affirmé que les plaintes de A n'étaient pas « si graves » et que c'était quelque chose de « très bénin ». Un policier a raconté à l'accusé une histoire inventée de toutes pièces selon laquelle il avait lui-même été arrêté pour avoir frappé son fils, mais l'affaire a été close une fois qu'il a présenté ses excuses. Le policier a déclaré que le ministère public déciderait s'il y aurait lieu de continuer les poursuites relativement aux accusations ou de simplement envisager plutôt des séances de counseling et que le plus important pour celui-ci serait la présentation d'excuses. On a affirmé à l'accusé que, s'il présentait ses excuses, il serait possible que l'affaire n'aille pas plus loin, et le policier lui a promis qu'il resterait avec lui pendant toute la durée de l'affaire.

The judge had already excluded the initial statement or “apology” written by the accused during the police interrogation, and was thus familiar with the inducements that had provoked it. The e-mail was strikingly similar to the excluded statement. Moreover, whether the Crown would proceed with the charges remained a live issue when it was sent. The improper inducements present when the inadmissible statement was given to the police — notably, the promise of leniency in exchange for a showing of remorse in the form of an apology — were still operative. In these circumstances, cumulatively considered, the connection between the two statements was apparent from the record and should have alerted the trial judge to the need for a *voir dire*.

The Crown contends that the “person in authority” requirement for exclusion under the confessions rule applies to derived confessions as well. This Court has previously excluded a statement as a derived confession without determining whether it was made to a person in authority, so it cannot be said that a derived confession will only be excluded if it is made to a person in authority. The purpose of the derived confessions rule — to exclude statements that are tainted by their connection to a prior inadmissible statement — would be frustrated if they were excluded only when made to a person in authority. If the statement is prompted by the same police conduct that resulted in exclusion of the earlier confession, or if it discloses the contents of the earlier statement made to authorities, it is a product of the inadmissible confession and is itself inadmissible on that ground alone.

Cases Cited

By Charron J.

Applied: *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; **referred to:** *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. A.B.* (1986), 50 C.R. (3d) 247; *R. v. Trenholme* (1920), 30 B.R. 232; *R. v. Wells*, [1998] 2 S.C.R. 517; *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504; *R. v. G. (B.)*, [1999] 2 S.C.R. 475; *R. v. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209.

By Fish J. (dissenting)

R. v. I. (L.R.) and T. (E.), [1993] 4 S.C.R. 504; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *R. v. G. (B.)*, [1999] 2 S.C.R. 475.

Le juge avait déjà écarté la déclaration initiale ou premier message d’excuses écrit par l’accusé au cours de l’interrogatoire de police et était donc au courant des incitations qui avaient provoqué la déclaration. Le courriel ressemblait étonnamment à la déclaration écartée. En outre, lorsqu’il a été envoyé, se posait encore la question de savoir si le ministère public continuerait les poursuites. Les incitations inacceptables ayant mené à la déclaration inadmissible faite à la police — notamment, la promesse de clémence si l’accusé exprimait des remords sous la forme d’excuses — continuaient à produire des effets. Dans ces circonstances, considérées collectivement, la connexité entre les deux déclarations ressortait clairement du dossier et aurait dû attirer l’attention du juge du procès sur la nécessité d’un *voir-dire*.

Selon le ministère public, l’exigence relative à la « personne en autorité » qu’il faut remplir avant de pouvoir exclure la déclaration en vertu de la règle des confessions s’applique aussi aux confessions dérivées. Dans une affaire antérieure, la Cour a écarté une déclaration du fait qu’il s’agissait d’une confession dérivée sans déterminer si elle avait été faite à une personne en autorité; on ne peut donc pas affirmer qu’une confession dérivée ne sera écartée que si elle a été faite à une personne en autorité. L’objet de la règle des confessions dérivées — exclure les déclarations qui sont viciées en raison de leur lien avec une déclaration antérieure inadmissible — serait contrecarré si de telles déclarations n’étaient écartées que si elles avaient été faites à une personne en autorité. Si la déclaration est provoquée par la même conduite policière ayant entraîné l’exclusion de la première confession ou qu’elle révèle la teneur de la déclaration faite antérieurement aux autorités, elle est le fruit de la confession inadmissible et est en soi inadmissible pour cette seule raison.

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêt appliqué : *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; **arrêts mentionnés :** *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. A.B.* (1986), 50 C.R. (3d) 247; *R. c. Trenholme* (1920), 30 B.R. 232; *R. c. Wells*, [1998] 2 R.C.S. 517; *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504; *R. c. G. (B.)*, [1999] 2 R.C.S. 475; *R. c. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209.

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. I. (L.R.) et T. (E.), [1993] 4 R.C.S. 504; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *R. c. G. (B.)*, [1999] 2 R.C.S. 475.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Authors Cited

Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1979.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Jackson, Smith and Wilkinson J.J.A.), 2008 SKCA 119, 237 C.C.C. (3d) 55, 61 C.R. (6th) 302, 314 Sask. R. 44, 435 W.A.C. 44, [2008] 11 W.W.R. 1, [2008] S.J. No. 572 (QL), 2008 CarswellSask 600, setting aside the accused's conviction entered by Scheibel J., 2006 SKQB 234, [2006] S.J. No. 393 (QL), 2006 CarswellSask 373, and ordering a new trial. Appeal allowed, Binnie and Fish JJ. dissenting.

W. Dean Sinclair, for the appellant.

Aaron A. Fox, Q.C., and *Angela M. Ottenbreit*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

CHARRON J. —

1. Introduction

[1] Following his trial by judge alone, the respondent S.G.T. was convicted of sexually assaulting his stepdaughter. The Saskatchewan Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial. In its view, the trial judge had erred by failing to conduct a *voir dire*, on his own motion, to determine the admissibility of an e-mail sent by the accused to his estranged wife, the mother of the complainant. The Crown appeals to this Court with leave.

[2] In my respectful view, the trial judge committed no error in admitting and relying upon the evidence concerning the e-mail. I would therefore allow the appeal, quash the order directing a new trial and, as requested by the Crown, remit the

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Doctrine citée

Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. Toronto : Carswell, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Jackson, Smith et Wilkinson), 2008 SKCA 119, 237 C.C.C. (3d) 55, 61 C.R. (6th) 302, 314 Sask. R. 44, 435 W.A.C. 44, [2008] 11 W.W.R. 1, [2008] S.J. No. 572 (QL), 2008 CarswellSask 600, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé inscrite par le juge Scheibel, 2006 SKQB 234, [2006] S.J. No. 393 (QL), 2006 CarswellSask 373, et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Binnie et Fish sont dissidents.

W. Dean Sinclair, pour l'appelante.

Aaron A. Fox, c.r., et *Angela M. Ottenbreit*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Introduction

[1] À l'issue d'un procès devant juge seul, l'intimé, S.G.T., a été déclaré coupable d'agression sexuelle sur sa belle-fille. La Cour d'appel de la Saskatchewan a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès, estimant que le juge avait commis une erreur en ne tenant pas d'office un *voir-dire* sur l'admissibilité d'un courriel que l'accusé avait envoyé à sa femme, dont il est séparé et qui est la mère de la plaignante. Le ministère public se pourvoit maintenant devant la Cour, sur autorisation.

[2] J'estime que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant le courriel en preuve et en s'appuyant sur cet élément. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de nouveau procès et, comme l'a requis le ministère

case back to the Court of Appeal to consider the respondent's remaining grounds of appeal.

2. The Facts and the Proceedings Below

[3] The facts and judicial findings can be stated briefly.

[4] The complainant A was born in 1989. She was approximately 11 to 14 years old when the events complained of are alleged to have occurred, and 17 at the time of trial.

[5] S.G.T. met the complainant's mother in 1995. The couple were married in 1996, and had a son, B, in 1997. S.G.T. subsequently adopted A. The couple separated in 2000, agreeing to a joint parenting arrangement according to which the two children would stay with their father two days a week, alternate weekends and one month during the summer. A stayed with her father under this arrangement until 2003 when she claimed she was uncomfortable staying at his place and would only go there if she was with her friends. A complained to her friend about her father's inappropriate sexual behaviour and eventually to her mother in the spring of 2003. Although A's mother contacted the police, she did not follow through when asked to call back, and nothing further was done about the situation at the time.

[6] About a year later, in May 2004, A told her guidance counsellor at school about her father's actions and the police were called. A complained that S.G.T. touched her in a sexually inappropriate manner on three occasions during the time she spent at his home. These incidents form the subject matter of the charge against him.

[7] S.G.T. agreed to be interviewed by the police on May 27, 2004. At the conclusion of the interview with the police, S.G.T. wrote out an apology to A on the police statement form. This apology was ruled inadmissible at trial, on the basis that the police officer had offered an inducement by implying that S.G.T. would not be charged if he apologized. More will be said later about the trial judge's findings on the *voir dire*.

public, de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur les autres moyens d'appel invoqués par l'intimé.

2. Les faits et l'historique judiciaire

[3] Voici un bref exposé des faits et des conclusions judiciaires.

[4] La plaignante, A, est née en 1989. Les incidents allégués se seraient produits à peu près entre sa onzième et sa quatorzième année. Elle avait 17 ans au moment du procès.

[5] S.G.T. a rencontré la mère de la plaignante en 1995. Ils se sont mariés en 1996 et ont eu un fils, B, en 1997. S.G.T. a, par la suite, adopté A. Le couple s'est séparé en 2000. Ils ont conclu une entente de garde partagée stipulant que le père aurait la garde des enfants deux jours par semaine, un week-end sur deux et un mois pendant l'été. A a habité chez son père en application de cette entente jusqu'en 2003. Elle a alors déclaré qu'elle se sentait mal à l'aise de rester chez lui et qu'elle n'y retournerait qu'en compagnie d'amies. Elle a fait part à une amie du comportement sexuel déplacé de son père et a fini par en parler à sa mère au printemps 2003. La mère de A a communiqué avec la police, mais n'a pas rappelé comme on le lui a demandé, et rien d'autre n'a alors été fait au sujet de la situation.

[6] Environ un an plus tard, en mai 2004, A a parlé à sa conseillère d'orientation scolaire des gestes de son père, et la police a été appelée. A s'est plainte que S.G.T. s'était livré à des attouchements sexuels sur elle à trois occasions alors qu'elle séjournait chez lui. Ce sont ces incidents qui sont à la base de l'accusation portée contre lui.

[7] S.G.T. a consenti à être interrogé par la police le 27 mai 2004. À la fin de l'interrogatoire, il a rédigé une lettre d'excuses destinée à A sur un formulaire de déclaration du service de police. Cette lettre a été jugée inadmissible au procès, parce qu'il y avait eu incitation de la part du policier, en ce qu'il avait laissé entendre à S.G.T. qu'il ne serait pas inculpé s'il présentait ses excuses. Les conclusions tirées par le juge du procès à l'issue du *voir-dire* seront abordées plus loin.

[8] S.G.T. was charged with the offence of sexual assault on June 30, 2004.

[9] By this time, A's mother had made arrangements to travel to California with A and B on July 6, 2004, to visit her parents. However, in order to travel with A and B, A's mother required, pursuant to their arrangement, S.G.T.'s consent. A's mother sent S.G.T. a number of e-mails in an effort to obtain his consent. He finally responded on July 5, 2004, with the following e-mail:

Relax. When have I ever not done something you've requested for the kids. I'm busy too. I have the letter and it's notarized [*sic*]. I thought long and hard about keeping [B] back so I could spend this month with him in case I end up going to fucking jail on the 28th, but I wouldn't do that to him. I hope you realize that I will never be able to coach [B] or travel outside Canada for a holiday with him or work. I may lose [*sic*] my job because of this. I don't care about you, but I very much hope that this will make [A] get and feel better. I am so, so sorry if I caused her emotional pain. I have to live with the fact that I lost someone I cared for deeply over my stupidity [*sic*]. And now I have to deal with [the] fact that I stand to lose [*sic*] everything I worked so hard for. I'm sure this makes you happy. You better hope for your sake you never make a mistake bringing up [B].

You can pick the letter up out of my mailbox, I have a commitment I have to be at tonight. Make sure [B] calls me at least once a week, I showed him how to dial collect.

[10] S.G.T.'s trial began on May 8, 2006. Credibility was the main issue in the trial. In addition to the complainant's testimony, two items of evidence emanating from the accused figured prominently in the Crown's case: his confession to the police, which included the written apology to A; and the e-mail he sent to A's mother.

[11] At the commencement of the trial, a *voir dire* was held regarding the statement to the police. The accused did not testify on the *voir dire*. Based on the evidence adduced on the *voir dire*, the trial judge held that "the officer, on several occasions,

[8] S.G.T. a été accusé d'agression sexuelle le 30 juin 2004.

[9] À cette date, la mère de A avait déjà pris des dispositions pour aller rendre visite à ses parents en Californie avec A et B le 6 juillet 2004. Pour voyager avec A et B, elle devait toutefois, aux termes de l'entente de garde, obtenir le consentement de S.G.T. Elle lui a envoyé plusieurs courriels à cet égard. Il a fini par lui répondre le 5 juillet 2004 par le courriel suivant :

[TRADUCTION] Calme-toi. Peux-tu me dire quand je n'ai pas accepté de faire ce que tu me demandais pour les enfants? Moi aussi, je suis occupé. J'ai la lettre, et elle est notariée. J'ai sérieusement envisagé de garder [B] ici pour pouvoir passer le mois avec lui au cas où je me retrouverais derrière ces foutus barreaux le 28, mais je ne veux pas lui faire ça. J'espère que tu te rends compte que je ne pourrai jamais être entraîneur pour [B] ou que je ne pourrai jamais voyager hors du Canada pour passer des vacances avec lui ou pour travailler. Je risque de perdre mon travail à cause de ça. Toi, ça m'est égal, mais j'espère de tout mon cœur que ça aidera [A] à aller mieux. Si je l'ai fait souffrir psychologiquement, j'en suis très très désolé. Je dois accepter le fait qu'à cause de ma stupidité j'ai perdu quelqu'un qui m'était très cher. Et maintenant je dois vivre en sachant que je risque de perdre tout ce que j'avais travaillé très fort pour obtenir. Je suis sûr que ça te rend heureuse. J'espère pour toi que tu ne feras jamais d'erreur en élevant [B].

Tu peux prendre la lettre dans ma boîte aux lettres. J'ai quelque chose ce soir. Fais en sorte que [B] m'appelle au moins une fois par semaine; je lui ai montré comment faire un appel à frais virés.

[10] Le procès de S.G.T. s'est ouvert le 8 mai 2006. La principale question en jeu était celle de la crédibilité. Outre le témoignage de la plaignante, il a été beaucoup question, dans la preuve du ministère public, de deux éléments provenant de l'accusé : sa confession à la police, qui comprenait la lettre d'excuses adressée à A, et le courriel envoyé à la mère de A.

[11] Au début du procès, il y a eu un *voir-dire* au sujet de la déclaration faite à la police. L'accusé n'y a pas témoigné. Sur le fondement de la preuve présentée au cours de cette procédure, le juge du procès a estimé que [TRADUCTION] « le policier

left the impression to the accused that this was not a significant matter, that it was extremely minor, that the accused would not lose his job, that all that was necessary was an apology” (Appellant’s Record, at p. 68). He concluded that the officer “appears to imply that [the accused] may not be charged if he apologizes”, and “[i]n so doing the officer held out hope of advantage to the accused” (*ibid.*). The trial judge ruled the statement involuntary and, consequently, inadmissible. The evidence on the *voir dire* was not admitted on the trial proper.

[12] The Crown then called two witnesses: A and her mother. During the course of her testimony, the mother gave evidence about her e-mail correspondence with the accused, including his response on July 5, 2004. When asked by the trial judge whether the defence objected to the filing of the e-mails as an exhibit in the trial, counsel for S.G.T. responded “No”. Nor was any objection raised concerning the mother’s testimony about the July 5th e-mail.

[13] S.G.T. testified in his defence. He denied sexually assaulting his stepdaughter. With respect to the apology in the e-mail, he explained that it had nothing to do with the allegations of sexual assault. His words of regret for any emotional pain he may have caused A were in reference, rather, to an incident when he had allowed the young complainant and some of her friends to share two alcoholic “coolers”, an incident that had caused grief with some of the young girls’ parents.

[14] The contents of the e-mail ultimately played a crucial role in the trial judge’s verdict against the accused. The trial judge disbelieved S.G.T.’s explanation. Since S.G.T. also spoke in the e-mail of the possibility of going to jail and never being able to coach his son or travel outside Canada, the “only possible interpretation” was that the e-mail was “a confession of guilt and one of remorse” in respect of the sexual assaults, which, in turn, confirmed the testimony given by the complainant (2006 SKQB

a laissé entendre à plusieurs reprises à l’accusé qu’il ne s’agissait pas de quelque chose de grave, que c’était une affaire très bénigne, que l’accusé ne perdrait pas son emploi, qu’il lui suffisait de présenter ses excuses » (dossier de l’appelante, p. 68). Il a conclu que le policier [TRADUCTION] « a semblé ainsi sous-entendre qu’il était possible [que l’accusé] ne soit pas inculpé s’il présentait ses excuses » et qu’il lui [TRADUCTION] « a ainsi fait miroiter la possibilité d’un avantage » (*ibid.*). Il a statué que la déclaration n’était pas volontaire et qu’elle était donc inadmissible. La preuve soumise au cours du voir-dire n’a pas été admise au procès.

[12] Le ministère public a cité deux témoins : A et sa mère. Au cours de son témoignage, la mère a fait état de ses échanges de courriels avec l’accusé, y compris la réponse qu’elle avait reçue de lui le 5 juillet 2004. Lorsque le juge du procès a demandé si la défense s’opposait au dépôt en preuve des courriels, l’avocat de S.G.T. a répondu par la négative. Il ne s’est pas opposé non plus au témoignage de la mère au sujet du courriel du 5 juillet.

[13] S.G.T. a témoigné pour sa défense. Il a nié avoir agressé sexuellement sa belle-fille. À propos des excuses présentées dans le courriel, il a expliqué que cela n’avait rien à voir avec les allégations d’agression sexuelle. Les regrets qu’il exprimait pour la souffrance psychologique qu’il avait pu causer à A se rapportaient plutôt à un incident où il avait permis à la jeune plaignante et à quelques-unes de ses amies de se partager deux bouteilles de boisson alcoolique de type « panaché », ce qui avait déplu aux parents de certaines des adolescentes.

[14] Le courriel de l’accusé a joué un rôle crucial dans la décision du juge du procès. Celui-ci n’a pas cru en l’explication de S.G.T. Il a estimé que, puisque ce dernier mentionnait également dans son courriel la possibilité d’aller en prison et de ne jamais pouvoir agir comme entraîneur pour son fils ou voyager hors du Canada, la [TRADUCTION] « seule interprétation possible » en était qu’il s’agissait d’un [TRADUCTION] « aveu de culpabilité et de remords » à l’égard des agressions sexuelles, avec

234 (CanLII), at paras. 34-35). The trial judge convicted S.G.T. of sexual assault as charged.

[15] On appeal from conviction and sentence before the Saskatchewan Court of Appeal, S.G.T. raised several grounds, including that “the learned trial judge erred in placing excessive weight on the evidence of [the e-mail] in finding [that he] had a ‘guilty mind’”. He also brought an application to introduce fresh evidence. Among other things, he stated in his affidavit filed in support of the application that he had lied about the e-mail at trial, and that he had given his evidence at the suggestion of his counsel. He explained that he included an apology in the e-mail because he had been told by the police in his interview “that all that was needed to resolve the matter was a form of apology” (Appellant’s Record, at p. 103). He therefore hoped “that the charge would not proceed as promised by the police” (*ibid.*). In response to S.G.T.’s fresh evidence application, trial counsel filed an affidavit denying ever having “suggested in any way, shape or form that [his] client tell anything but the absolute truth” (*ibid.*, at p. 112) and confirming that S.G.T.’s explanation for the e-mail had always been that offered in his testimony.

[16] The Court of Appeal did not find it necessary to dispose of S.G.T.’s application to admit fresh evidence (2008 SKCA 119, 237 C.C.C. (3d) 55, at para. 109). It allowed the appeal against conviction on the sole ground that the trial judge had erred by failing to conduct a *voir dire*, on his own motion, to determine the admissibility of the e-mail. The court was of the view that there were three “exclusionary rules or limiting principles that might have been invoked to exclude the e-mail from evidence, or weaken, or neutralize its impact”: the confessions rule, provided that the mother could be brought within the characterization of a person in authority; the trial judge’s inherent jurisdiction

qui confirmait le témoignage de la plaignante (2006 SKQB 234 (CanLII), par. 34-35). Le juge a déclaré S.G.T. coupable de l’accusation d’agression sexuelle.

[15] S.G.T. a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité et de la peine devant la Cour d’appel de la Saskatchewan. Il a invoqué plusieurs moyens, notamment le fait que le [TRADUCTION] « juge du procès a commis une erreur en accordant un poids excessif à la preuve [du courriel] pour conclure à l’existence d’une “intention coupable” ». Il a également demandé l’autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve. Entre autres, dans l’affidavit déposé à l’appui de la demande, il a déclaré qu’au procès il avait menti au sujet du courriel et que son témoignage lui avait été suggéré par son avocat. Il a expliqué qu’il avait inclus des excuses dans le courriel parce que la police lui avait dit lors de l’interrogatoire que [TRADUCTION] « tout ce qu’il fallait pour clore l’affaire était des excuses » (dossier de l’appelante, p. 103). Il espérait donc [TRADUCTION] « qu’aucune suite ne serait donnée à l’accusation, comme l’avait promis la police » (*ibid.*). En réponse à sa demande d’autorisation de produire de nouveaux éléments de preuve, l’avocat qui le représentait en première instance a déposé un affidavit où il niait avoir [TRADUCTION] « suggéré de quelque façon que [son] client dise autre chose que l’absolue vérité » (*ibid.*, p. 112) et confirmait que l’explication de S.G.T. concernant le courriel avait toujours été celle qu’il avait donnée dans son témoignage.

[16] La Cour d’appel a jugé inutile de statuer sur la demande d’autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve (2008 SKCA 119, 237 C.C.C. (3d) 55, par. 109). Elle a accueilli l’appel formé contre la déclaration de culpabilité au seul motif que le juge du procès avait commis une erreur en ne tenant pas d’office un voir-dire sur l’admissibilité du courriel. Selon elle, trois [TRADUCTION] « règles d’exclusion ou principes restrictifs auraient pu être invoqués pour exclure le courriel de la preuve ou pour en affaiblir ou neutraliser l’effet » : la règle des confessions, dans la mesure où la mère pouvait être considérée comme une personne en autorité, la compétence inhérente du juge en matière

to exclude prejudicial evidence outweighing its probative value; and the derived confessions rule (para. 97). While not faulting trial counsel or the trial judge for not anticipating “every conceivable argument that hindsight and leisurely reflection can serve to devise or construct”, given these concerns about the e-mail and the “decisive influence on the result”, the court saw no viable alternative other than setting aside the conviction and ordering a new trial (para. 108).

3. Analysis

[17] It is plain from the summary that precedes that the Court of Appeal’s concerns about the apology contained in the e-mail can only find root in the theory that the accused would have sent the e-mail as a result of the inducement offered by the police officer some five weeks earlier when, as the trial judge found, the officer appeared to imply that the accused would not be charged if he apologized for the sexual improprieties. The notion that the evidence could potentially be excluded on this theory gives rise to a number of legal questions which I will discuss in a moment. However, the more fundamental difficulty S.G.T. faces in this Court is that, without his fresh evidence poured in the record, there is no evidentiary basis to support the defence theory. Indeed the theory that there is some connection between the inadmissible confession and the e-mail runs counter to S.G.T.’s own evidence and defence at trial that the contents of the e-mail had *nothing* to do with the allegations of sexual assault.

[18] Having regard to the criteria for the admission of fresh evidence established in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, S.G.T. faced a rather significant hurdle on his fresh evidence application before the Court of Appeal. However, the Court of Appeal disposed of the appeal on the basis of this potential connection between the inadmissible confession and the e-mail without finding it necessary to rule on the fresh evidence application, and S.G.T. did not renew the application in this Court. This appeal therefore turns, not on whether S.G.T.’s

d’exclusion d’éléments de preuve ayant des effets préjudiciables supérieurs à leur valeur probante et la règle des confessions dérivées (par. 97). Bien qu’elle n’ait pas reproché au juge du procès ou aux avocats de n’avoir pas prévu [TRADUCTION] « tous les arguments qui auraient pu être élaborés avec le recul et un temps de réflexion », elle a considéré, étant donné les préoccupations soulevées par le courriel et son [TRADUCTION] « effet décisif sur le résultat », qu’il n’y avait d’autre solution possible que d’annuler la déclaration de culpabilité et d’ordonner un nouveau procès (par. 108).

3. Analyse

[17] Il ressort clairement du résumé qui précède que les préoccupations de la Cour d’appel au sujet des excuses figurant dans le courriel ne pouvaient avoir d’autre source que la thèse selon laquelle l’accusé avait envoyé le courriel par suite de l’incitation policière faite environ cinq semaines auparavant, lorsque le policier, selon la conclusion du juge du procès, semblait avoir laissé entendre à l’accusé qu’il ne serait pas inculpé s’il présentait des excuses pour son comportement sexuel inapproprié. L’idée d’une exclusion de la preuve fondée sur cette thèse soulève des questions juridiques que j’aborderai bientôt, mais la difficulté plus fondamentale que doit surmonter S.G.T. devant la Cour est que, sans nouvel élément de preuve au dossier, la thèse de la défense n’a aucun fondement en preuve. De fait, l’argument qu’il existe un lien entre la confession inadmissible et le courriel va à l’encontre du témoignage de S.G.T. et de la défense présentés au procès, à savoir que le courriel n’avait *rien* à voir avec les allégations d’agression sexuelle.

[18] Étant donné les critères d’admission de nouveaux éléments de preuve établis dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, la demande de S.G.T. d’être autorisé à présenter de nouveaux éléments de preuve en appel se heurtait à de sérieuses difficultés. La Cour d’appel a toutefois jugé inutile de se prononcer sur la demande d’autorisation et a tranché l’appel sur le fondement du lien qui pouvait exister entre la confession inadmissible et le courriel, et S.G.T. n’a pas réitéré sa demande devant la Cour. Par conséquent, il s’agit en l’espèce non pas

different version of events should be admitted in evidence, but rather on whether the Court of Appeal was correct to fault the trial judge for not embarking on a *voir dire* in respect of the e-mail, based on the evidence in the *actual* trial record.

[19] As stated earlier, the Court of Appeal expressed the view that there were three exclusionary rules or limiting principles that might have been invoked in respect of the e-mail, one of which being the trial judge's inherent jurisdiction to exclude prejudicial evidence outweighing its probative value. However, the court did not elaborate on how the court's inherent jurisdiction might have come into play and, in responding to the Crown's appeal before this Court, S.G.T., rightly so in my view, did not rely on this principle. Therefore, I will deal solely with the common law rules relating to the admissibility of confessions and the obligations of the trial judge.

[20] The distinction between an admission and a confession is apposite here. Under the rules of evidence, statements made by an accused are admissions by an opposing party and, as such, fall into an exception to the hearsay rule. They are admissible for the truth of their contents. When statements are made by an accused to ordinary persons, such as friends or family members, they are presumptively admissible without the necessity of a *voir dire*. It is only where the accused makes a statement to a "person in authority", that the Crown bears the onus of proving the voluntariness of the statement as a prerequisite to its admission. This, of course, is the confessions rule.

[21] The Court affirmed in *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, that the "person in authority" requirement is an integral component of the confessions rule and reviewed in considerable detail the law on persons in authority, including the trial judge's obligation to hold a *voir dire*. I will briefly reiterate those principles to the extent that they apply here.

[22] A person in authority is typically a person who is "formally engaged in the arrest,

de décider s'il y a lieu d'admettre en preuve la nouvelle version des faits présentée par S.G.T., mais bien si la Cour d'appel pouvait à juste titre reprocher au juge du procès de n'avoir pas procédé à un voir-dire au sujet du courriel, compte tenu de la preuve figurant au dossier *tel qu'il était constitué*.

[19] Comme on l'a vu, la compétence judiciaire inhérente d'exclure les éléments de preuve ayant des effets préjudiciables supérieurs à leur valeur probante faisait partie des trois règles d'exclusion ou principes restrictifs qui, selon la Cour d'appel, auraient pu être invoqués à l'égard du courriel. Toutefois, la cour n'a pas précisé comment cette compétence aurait pu s'exercer. Dans sa réponse au pourvoi formé devant la Cour par le ministère public, S.G.T. n'a pas invoqué ce principe, avec raison à mon avis. En conséquence, je traiterai exclusivement des règles de common law régissant l'admissibilité des confessions et les obligations du juge du procès.

[20] La distinction entre aveu et confession est pertinente en l'espèce. Selon les règles de preuve, les déclarations d'un accusé sont des aveux faits par une partie opposée et, à ce titre, elles relèvent d'une exception à la règle du oui-dire. Elles sont admissibles comme preuve de la véracité de leur contenu. Les déclarations d'un accusé à des personnes ordinaires, tels des amis ou des membres de sa famille, sont présumées admissibles sans voir-dire. C'est seulement lorsque l'accusé fait une déclaration à une « personne en autorité » que le ministère public doit prouver le caractère volontaire de la déclaration pour que celle-ci soit admise en preuve. Il s'agit là, bien sûr, de la règle des confessions.

[21] Dans *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, la Cour indique que l'exigence relative à la « personne en situation d'autorité » fait partie intégrante de la règle des confessions et elle expose de façon très détaillée le droit applicable en cette matière, notamment l'obligation du juge du procès de tenir un voir-dire. Je reprendrai brièvement ces principes dans la mesure où ils s'appliquent en l'espèce.

[22] Une personne en autorité est habituellement quelqu'un qui « particip[e] officiellement à

detention, examination or prosecution of the accused”: *Hodgson*, at para. 32. Importantly, there is no category of persons who are automatically considered persons in authority solely by virtue of their status. The question as to who should be considered as a person in authority is determined according to the viewpoint of the accused. To be considered a person in authority, the accused must believe that the recipient of the statement can control or influence the proceedings against him or her, and that belief must be reasonable. Because the evidence necessary to establish whether or not an individual is a person in authority lies primarily with the accused, the person in authority requirement places an evidential burden on the accused. While the Crown bears the burden of proving the voluntariness of a confession beyond a reasonable doubt, the accused must provide an evidential basis for claiming that the receiver of a statement is a person in authority.

[23] As noted in *Hodgson*, “[i]n the vast majority of cases, the accused will meet this evidential burden by showing [his or her] knowledge of the relationship between the receiver of the statement and the police or prosecuting authorities” (para. 38). Thus, where the receiver of the statement is an obvious state actor, such as a police officer, the fact that the person’s status was known to the accused at the time the statement was made will suffice to meet the evidentiary burden. Whenever the evidence makes clear that a *voir dire* into admissibility is required, the trial judge must conduct one even if none is requested unless, of course, the defence waives the requirement and consents to the statement’s admission. When the receiver of the statement is not a typical or obvious person in authority, it usually falls on the accused, in keeping with the evidential burden, to raise the issue and request a *voir dire*.

[24] In this case, the recipient of the e-mail, A’s mother, was not a conventional person in authority.

l’arrestation, à la détention, à l’interrogatoire ou à la poursuite de l’accusé » : *Hodgson*, par. 32. Détail important, nul n’est automatiquement considéré comme une personne en autorité du seul fait de son statut. C’est du point de vue de l’accusé que s’examine la question de savoir qui est une personne en autorité. Pour que la personne qui reçoit la déclaration de l’accusé soit considérée comme personne en autorité, il faut que l’accusé croie qu’elle a pouvoir ou influence sur l’instance et il faut que cette croyance soit raisonnable. Comme la preuve nécessaire à l’établissement du statut de personne en autorité relève essentiellement de l’accusé, l’exigence relative à la personne en autorité impose à ce dernier une charge de présentation. Certes, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire d’une confession, mais il incombe à l’accusé d’établir qu’il y a au dossier des éléments de preuve à l’appui de son affirmation que la personne à qui il a fait une déclaration est une personne en autorité.

[23] Comme la Cour l’a indiqué dans *Hodgson*, « [d]ans la très grande majorité des cas, l’accusé s’acquittera de ce fardeau de présentation en prouvant qu’il connaissait l’existence du lien entre la personne recevant la déclaration et la police ou les autorités chargées des poursuites » (par. 38). Par conséquent, lorsque la personne qui reçoit la déclaration est de toute évidence un représentant de l’État — un agent de police, par exemple — il suffit à l’accusé d’établir qu’il connaissait le statut de cette personne au moment de la déclaration pour s’acquitter de sa charge de présentation. Lorsqu’il ressort clairement de la preuve qu’il y a lieu de tenir un *voir-dire* sur l’admissibilité d’une déclaration, le juge du procès doit le faire même en l’absence de demande à cet effet, sauf, bien sûr, si la défense y renonce et consent à l’admission en preuve de la déclaration. Lorsque celui qui reçoit une déclaration n’est pas une personne en autorité habituelle ou que ce statut n’est pas évident, il incombe généralement à l’accusé, conformément à la charge de présentation, de soulever la question et de demander la tenue d’un *voir-dire*.

[24] En l’espèce, la personne qui a reçu le courriel, à savoir la mère de A, n’est pas une personne

Further, S.G.T. did not raise the issue at trial. While A's mother may, as a parent of a minor complainant in a criminal trial, be a person in authority, her status alone is not sufficient to render her a person in authority: see *R. v. A.B.* (1986), 50 C.R. (3d) 247 (Ont. C.A.), at pp. 257-59; *Hodgson*, at para. 36. In those cases where parents have been held to be persons in authority, there has generally been some type of interaction between the parents and the police. For example, in *R. v. Trenholme* (1920), 30 B.R. 232, the victim's father was held to be person in authority on the basis that he actually "laid the charge" and "had authority and control over the prosecution against the accused" (pp. 249 and 243). More recently, in *R. v. Wells*, [1998] 2 S.C.R. 517, this Court held that a *voir dire* was required into whether a parent was a person in authority where the parent had previously spoken to the police about his intention to trick the accused into making a statement. It was on that basis that *Wells* was one of those "rare cases" where a *voir dire* was required for an individual who was not a clear person in authority (para. 16). By contrast, in *Hodgson*, the mere fact that the parents of a young girl confronted the accused about sexually assaulting their daughter did not serve to turn them into persons in authority. The Court emphasized in *Hodgson* that only rarely will the need for a *voir dire* be triggered in such circumstances. Moreover, what needs to be shown before the trial judge will be required to hold a *voir dire* on his or her own motion bears repeating here:

Status or personal authority alone will not as a general rule provide evidence from which it can be inferred that the receiver of a confession is, in the eyes of the accused, a person in authority. Rather, in order to demonstrate the need for a *voir dire*, the evidence must show that the receiver of the statement was closely associated with the authorities prior to obtaining the statement, and that there was as well a close connection in time between the contact with the authorities and its receipt. The evidence must suggest that the receiver was acting in concert with the police or prosecutorial authorities, or as their agent, or as part of their team. Only in these circumstances will the trial judge be obliged to hold a *voir dire* of his or her own motion on the person in authority

en autorité au sens classique. De plus, S.G.T. n'a pas soulevé la question au procès. Bien qu'en tant que mère d'une plaignante mineure dans un procès criminel elle puisse être investie d'une autorité, ce seul statut n'en fait pas une personne en autorité : voir *R. c. A.B.* (1986), 50 C.R. (3d) 247 (C.A. Ont.), p. 257-259; *Hodgson*, par. 36. Dans les cas où les parents ont été considérés comme personnes en autorité, il y avait généralement une certaine interaction entre la police et eux. Par exemple, dans *R. c. Trenholme* (1920), 30 B.R. 232, le père de la victime a été considéré comme personne en autorité parce qu'il avait [TRADUCTION] « déposé les accusations » et qu'il [TRADUCTION] « exerçait une autorité ou un pouvoir sur la poursuite engagée contre l'accusé » (p. 249 et 243). Plus récemment, dans *R. c. Wells*, [1998] 2 R.C.S. 517, la Cour a jugé qu'il fallait tenir un voir-dire pour déterminer si un parent qui avait déjà fait part à la police de son intention d'obtenir une déclaration de l'accusé par la ruse était une personne en autorité. C'est pour cela que l'affaire *Wells* fait partie des « cas rares » où le voir-dire s'imposait à l'égard d'une personne qui n'était pas clairement une personne en autorité (par. 16). Par contre, dans l'affaire *Hodgson*, le seul fait que les parents d'une jeune fille avaient sommé l'accusé de s'expliquer au sujet des agressions sexuelles ne fait pas d'eux des personnes en autorité. Dans *Hodgson*, la Cour a souligné qu'on tiendra rarement un voir-dire dans de telles circonstances. En outre, il convient de répéter ici ce qui doit avoir été démontré pour que le juge du procès ait l'obligation de tenir d'office un voir-dire :

En règle générale, ni la qualité ni l'autorité personnelle ne fournissent à elles seules la preuve permettant d'inférer que la personne qui a reçu une déclaration est, aux yeux de l'accusé, une personne en situation d'autorité. Au contraire, pour que soit démontrée la nécessité de tenir un voir-dire, la preuve doit indiquer que la personne qui a reçu la déclaration avait un lien étroit avec les autorités avant d'obtenir la confession, et qu'il s'est écoulé peu de temps entre le moment du contact avec les autorités et la réception de la déclaration. La preuve doit tendre à indiquer que la personne qui a reçu la déclaration agissait de concert avec les autorités policières ou celles chargées des poursuites, qu'elle agissait en tant que mandataire de celles-ci ou encore qu'elle en faisait partie. Ce n'est que

issue, subject to waiver of the *voir dire* by counsel for the accused. [para. 47]

[25] The question then becomes whether clear evidence existed in the record which should have alerted the trial judge to the need for a *voir dire*. The relevant circumstances are the following.

[26] S.G.T. did not testify that he believed that A's mother could influence or control the proceedings. Even if he had testified to that effect, any subjective belief has to be reasonably based in fact. There is no evidence that A's mother had any control over the prosecution of S.G.T., or that she was operating on behalf of the investigating authorities. Rather, the record suggests quite the contrary. While A's mother called the police after A disclosed the incidents to her in 2003, she was told to call back later, as the relevant department was not open at that time. She never called back, as she was concerned about the effect that any complaint might have on her son, B. The police only began investigating S.G.T. in 2004 after A disclosed the matter to authorities at her school (Appellant's Record, at p. 80). In these circumstances, there was nothing on the record to indicate to the trial judge that A's mother may have been anything other than an ordinary witness in the proceedings. I therefore conclude that the trial judge did not err by failing to hold a *voir dire* on the question whether A's mother was a person in authority.

[27] As stated earlier, the Court of Appeal also identified the "derived confessions rule" as another potential field of inquiry into the admissibility of the e-mail. As I read his reasons, it is on this ground that Fish J. would uphold the order for a new trial. Again here, S.G.T. did not raise this argument at trial. Before considering the record on this point to determine whether the trial judge ought to have raised the issue on his own motion, I will briefly recall the rule.

[28] The leading case on the derived confessions rule is *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R.

dans ces circonstances que le juge du procès est obligé de tenir d'office un voir-dire sur la question de la personne en situation d'autorité, à moins que l'avocat de l'accusé renonce à la tenue de cette procédure. [par. 47]

[25] Il faut donc se demander si le dossier comportait des éléments de preuve qui auraient dû éveiller l'attention du juge du procès sur la nécessité d'un voir-dire. Les circonstances pertinentes sont les suivantes.

[26] S.G.T. n'a pas témoigné qu'il croyait que la mère de A avait pouvoir ou influence sur l'instance. Même si c'était le cas, toute croyance subjective doit reposer sur un fondement factuel raisonnable. Rien ne prouve que la mère pouvait exercer le moindre pouvoir sur la poursuite en justice de S.G.T. ou qu'elle agissait pour le compte des enquêteurs. En fait, c'est plutôt le contraire qui ressort de la preuve. Lorsque la mère de A a appelé la police après que sa fille l'a mise au fait des incidents en 2003, on lui a demandé de rappeler parce que le service compétent n'était pas ouvert à ce moment-là. Elle n'a jamais rappelé parce qu'elle redoutait les répercussions qu'une plainte pourrait avoir sur son fils, B. La police n'a commencé à faire enquête sur S.G.T. qu'en 2004, après les révélations faites par A aux autorités scolaires (dossier de l'appelante, p. 80). Dans ces circonstances, rien dans la preuve n'indiquait au juge du procès que la mère de A put avoir un autre statut que celui de témoin ordinaire. J'en conclus donc que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en ne tenant pas de voir-dire pour déterminer si la mère de A était une personne en autorité.

[27] Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour d'appel a aussi évoqué une autre règle possible pour l'examen de l'admissibilité du courriel : la « règle des confessions dérivées ». Si je comprends bien les motifs du juge Fish, c'est pour cette raison qu'il est d'avis de maintenir l'ordonnance d'un nouveau procès. Là encore, S.G.T. n'a pas invoqué cette règle au procès. Avant d'examiner la preuve afin de déterminer si le juge du procès aurait dû aborder la question de son propre chef, je rappellerai brièvement le contenu de la règle.

[28] En matière de confessions dérivées, l'arrêt de principe est *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S.

504. In brief, the derived confessions rule serves to exclude statements which, despite not appearing to be involuntary when considered alone, are sufficiently connected to an earlier involuntary confession as to be rendered involuntary and hence inadmissible. For example, in that case, a young offender was charged with second degree murder and gave an inculpatory statement to the police. The next day, after meeting with his lawyer, the accused came to the police, wishing to modify the statement that he had given the previous day. The trial judge excluded the first statement but admitted the second, and the accused was convicted by a jury. The accused appealed the conviction on the basis that the second statement should not have been admitted. His appeal was ultimately successful in this Court.

[29] In outlining the principles applicable to derived confessions, the Court articulated a contextual and fact-based approach to determining whether a subsequent statement is sufficiently connected to a prior, inadmissible confession to also be excluded. In assessing the degree of connection, the Court outlined a number of factors to be considered, including “the time span between the statements, advertence to the previous statement during questioning, the discovery of additional incriminating evidence subsequent to the first statement, the presence of the same police officers at both interrogations and other similarities between the two circumstances” (p. 526). The Court then held:

In applying these factors, a subsequent confession would be involuntary if either the tainting features which disqualified the first confession continued to be present or if the fact that the first statement was made was a substantial factor contributing to the making of the second statement. [p. 526]

The Court was clear in adding that “[n]o general rule excluded subsequent statements on the ground that they were tainted irrespective of the degree of connection to the initial admissible statement” (p. 526).

[30] It is plain from the above principles that the “derived confessions rule” emanates from the

504. Bref, la règle des confessions dérivées a pour effet de rendre inadmissibles les déclarations qui, examinées seules, paraissent volontaires, mais qui sont suffisamment liées à une confession antérieure non volontaire pour prendre elles aussi un caractère non volontaire et être donc inadmissibles. Dans l'affaire susmentionnée, par exemple, un jeune contrevenant avait été accusé de meurtre au deuxième degré et avait fait une déclaration inculpatoire à la police. Le lendemain, après s'être entretenu avec son avocat, il avait indiqué à la police qu'il voulait modifier la déclaration faite la veille. Le juge du procès a écarté la première déclaration, mais a admis la seconde; le jury a déclaré l'accusé coupable. Celui-ci a porté en appel sa déclaration de culpabilité en soutenant que la seconde déclaration n'aurait pas dû être admise. En dernier ressort, la Cour lui a donné raison.

[29] En exposant les principes applicables aux confessions dérivées, la Cour a défini une approche contextuelle et fondée sur les faits qui vise à déterminer si une déclaration subséquente est suffisamment liée à une confession antérieure inadmissible pour être écartée elle aussi. La Cour a énuméré divers facteurs à prendre en compte pour établir le degré de connexité, dont « le délai écoulé entre les déclarations, les allusions à la déclaration antérieure pendant l'interrogatoire, la découverte d'une preuve incriminante supplémentaire après la première déclaration, la présence des mêmes policiers au cours des deux interrogatoires et d'autres similarités entre les deux cas » (p. 526). La Cour a ajouté :

Si on applique ces facteurs, une confession subséquente serait involontaire si les caractéristiques ayant vicié la première confession existaient toujours ou si la première déclaration était un facteur important qui a incité à faire la seconde déclaration. [p. 526]

La Cour a précisé qu'« [a]ucune règle générale n'excluait les déclarations subséquentes pour le motif qu'elles étaient entachées d'un vice indépendamment de leur degré de connexité avec la déclaration initiale admissible » (p. 526).

[30] Il ressort clairement de ces principes que la « règle des confessions dérivées » est une émanation

common law confessions rule. As such, like its parent, it is clear that it applies to secondary *confessions*, that is, statements made to a person in authority that are sufficiently connected to a previous involuntary confession to be deemed also involuntary. Whether the derived confessions rule also applies in respect of subsequent admissions made to persons not in authority, however, is not so clear.

[31] S.G.T. claims that this Court's decision in *R. v. G. (B.)*, [1999] 2 S.C.R. 475, stands for the proposition that a second statement need not be made to a person in authority in order to be excluded, but rather that a second statement will be excluded in any case where there is a sufficient connection between the two statements. The Court of Appeal below also placed much reliance on *G. (B.)*. However, the interpretation that S.G.T. urges this Court to accept remains an open question. The majority in *G. (B.)* expressly declined to address this point, instead excluding the second statement (made to a psychiatrist) on the basis that it would be impossible to admit the second statement without also indirectly admitting the first statement, as the second statement at issue in that case actually contained the first, inadmissible statement (paras. 22 and 24). Moreover, the dissent in *G. (B.)*, written by McLachlin J. (as she then was), with L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. concurring, explicitly rejected the contention that a second statement need not be made to a person in authority in order to be rendered inadmissible under this rule (para. 61).

[32] I respectfully disagree with Fish J. that "[a]s a matter of principle and logic" it is clear that "derived confessions need not be made to a person in authority in order to be found inadmissible" (para. 85). As a matter of principle, this broad assertion ignores the distinction between confessions and admissions discussed earlier. As for logic, much will depend on the facts of the particular case. Logic may have compelled the conclusion reached in *G. (B.)* where the later statement, which actually contained the earlier tainted confession given to the police, was made to a psychiatrist during the course of a

de la règle des confessions reconnue en common law. Il est donc manifeste que, tout comme la règle dont elle procède, elle s'applique aux *confessions* secondaires, c'est-à-dire aux déclarations faites à une personne en autorité qui sont suffisamment liées à une confession antérieure non volontaire pour être réputées non volontaires elles aussi. Il n'est pas aussi évident, toutefois, que la règle des confessions dérivées s'applique également aux aveux subséquents faits à des personnes non en autorité.

[31] S.G.T. soutient que dans l'arrêt *R. c. G. (B.)*, [1999] 2 R.C.S. 475, la Cour établit qu'il n'est pas nécessaire que la déclaration subséquente soit faite à une personne en autorité pour que l'exclusion joue et qu'il y a exclusion du moment que les deux déclarations présentent un degré de connexité suffisant. La Cour d'appel, en l'espèce, a elle aussi fait grand cas de *G. (B.)*. Toutefois, l'interprétation proposée par S.G.T. n'a jamais été entérinée. En effet, les juges majoritaires dans *G. (B.)* ont expressément refusé de statuer sur ce point, fondant plutôt l'exclusion de la seconde déclaration (faite à un psychiatre) sur l'impossibilité de l'admettre sans admettre indirectement la première, car la seconde renfermait effectivement la première, laquelle était inadmissible (par. 22 et 24). De plus, la dissidence formulée par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) et appuyée par les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier a explicitement rejeté l'argument qu'une seconde déclaration n'a pas besoin d'être faite à une personne en autorité pour être inadmissible selon cette règle (par. 61).

[32] Soit dit en tout respect, je ne partage pas l'avis du juge Fish que, « [s]ur le plan des principes et de la logique », il est clair que « les confessions dérivées n'ont pas besoin d'être faites à une personne en autorité pour être jugées inadmissibles » (par. 85). Sur le plan des principes, cette affirmation générale ne tient pas compte de la distinction entre confession et aveu exposée précédemment. Quant à la logique, tout dépend des faits de l'espèce. Il est possible que la logique ait contraint la conclusion tirée dans *G. (B.)*, où la déclaration ultérieure — laquelle contient effectivement la confession viciée

court-ordered examination into his mental condition. It may not be so compelling in a case where, for example, the accused repeats the contents of the tainted confession to a personal friend who has no connection to the prosecution.

[33] It is not necessary, nor would it be appropriate on this record, to decide whether the derived confessions rule extends to admissions made to ordinary persons. It suffices for our purposes to assume that, given an appropriate evidentiary basis connecting the police inducement and the later e-mail, it would at least be arguable that the subsequent statement could be excluded, if not on the basis of the common law derived confessions rule, perhaps on a *Charter* basis. The distinction between the two possible bases for exclusion remains important as the application of the common law “derived confessions rule” would result in the automatic exclusion of the tainted statement, whereas under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* the question of exclusion would fall to be determined under s. 24(2). However, the defence did not raise the argument concerning the derived confessions rule at trial, nor did S.G.T. bring a *Charter* application seeking the exclusion of the e-mail. For example, it would have been an opportune time to raise the argument during the course of the *voir dire* into the admissibility of the police confession if the defence contended that there was some connection between the police confession and the e-mail. Again, no issue was raised when the trial judge specifically asked whether the defence contested the admissibility of the e-mail at the time the evidence was presented. Quite to the contrary, in answer to the trial judge’s inquiry, the defence expressly *consented* to its admission.

[34] I am not unmindful of the fact that S.G.T. raised the question of competency of counsel before the Court of Appeal and that the court did not dispose of this ground of appeal. It is noteworthy for our purposes, however, that in specifying the grounds in support of his allegation of inadequate representation in his Notice of Appeal, S.G.T. made a number of specific allegations about the alleged inadequacies of his counsel but made no mention

faite auparavant à la police — a été faite à un psychiatre au cours d’un examen ordonné par la cour de son état mental. Il se peut que la logique ne soit pas aussi contraignante dans le cas où, par exemple, l’accusé répète la teneur de la confession viciée à un ami qui n’a aucun lien avec la poursuite.

[33] La présente espèce ne requiert pas qu’on détermine si la règle des confessions dérivées englobe les aveux faits à des personnes ordinaires, et il ne conviendrait pas non plus de le faire. Pour les besoins du présent pourvoi, il suffit de supposer qu’en présence d’une preuve suffisante établissant un lien entre l’incitation policière et le courriel subséquent, il aurait été au moins possible de soutenir que la déclaration subséquente pouvait être écartée en application de la *Charte canadienne des droits et libertés* à défaut de l’être en application de la « règle des confessions dérivées » reconnue en common law. La distinction entre les deux fondements possibles pour l’exclusion demeure importante, car cette règle entraînerait l’exclusion automatique de la déclaration viciée, alors qu’en vertu de la *Charte* la question de l’exclusion devrait être tranchée selon le par. 24(2). Au procès, cependant, la défense n’a pas présenté l’argument concernant la règle des confessions dérivées, et S.G.T. n’a pas non plus demandé l’exclusion du courriel en application de la *Charte*. Si la défense voulait faire valoir qu’il existait un lien entre la confession à la police et le courriel, le voir-dire sur l’admissibilité de la confession aurait, par exemple, fourni une bonne occasion d’invoquer cet argument. Et la défense n’a pas non plus soulevé la question lorsque le juge a expressément demandé, au moment où cet élément de preuve a été présenté, si elle contestait l’admissibilité du courriel. Bien au contraire, elle a expressément *consenti* à son admission en preuve.

[34] Il ne m’échappe pas que S.G.T. a mis en cause la compétence de son avocat devant la Cour d’appel et que cette dernière ne s’est pas prononcée sur ce moyen d’appel. Pour les besoins du présent pourvoi, il faut cependant signaler que, dans son avis d’appel, S.G.T. a fait plusieurs allégations précises selon lesquelles il avait été mal représenté, mais il n’a pas mentionné que son avocat avait consenti à l’admission en preuve du courriel. Le seul moyen

of counsel's consent to the admission of the e-mail. The only ground of appeal relating to the e-mail was an allegation that the "trial judge erred in placing excessive weight" on this item of evidence.

[35] More importantly, in deciding whether there was clear evidence that ought to have triggered the need for the trial judge to raise the issue on his own motion, an appellate court must consider the question from the perspective of the trial judge at the time the decision was made.

[36] Here, the most significant circumstance is that the defence consented to the admission of the evidence. In an adversarial system of criminal trials, trial judges must, barring exceptional circumstances, defer to the tactical decisions of counsel: see generally *R. v. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621 (C.A.), at pp. 629-30. There is a "strong presumption" that defence counsel are competent in advancing the interests of their clients: see *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 27; *Hodgson*, at para. 99. Moreover, counsel 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. For these reasons, this Court has previously held that the burden to raise evidentiary issues properly rests on the shoulders of counsel: *Hodgson*, at para. 98.

[37] 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. However, reviewing the record from the perspective of the trial judge and taking

d'appel relatif au courriel est que le [TRADUCTION] « juge du procès a commis une erreur en accordant un poids excessif » à cet élément de preuve.

[35] Plus important encore, l'examen par le tribunal d'appel de l'existence d'éléments de preuve évidents propres à signaler au juge du procès qu'il doit intervenir de son propre chef s'effectue du point de vue du juge du procès au moment où il a rendu sa décision.

[36] En l'espèce, la circonstance la plus significative est que la défense a consenti à l'admission de l'élément de preuve. Dans un système de justice criminelle accusatoire, les juges instruisant les procès doivent, à moins de circonstances exceptionnelles, déférer aux décisions tactiques des avocats : voir de façon générale *R. c. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621 (C.A.), p. 629-630. Il existe une « forte présomption » que l'avocat de la défense sert les intérêts de son client avec compétence : voir *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 27; *Hodgson*, par. 99. En outre, 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. C'est pourquoi la Cour a statué dans un arrêt antérieur qu'il est juste de faire reposer sur l'avocat l'obligation de soulever les questions se rapportant à la preuve : *Hodgson*, par. 98.

[37] 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. Toutefois, après examen de la preuve du point de vue du juge du procès et compte tenu des facteurs

into account the factors from *I. (L.R.)* which were discussed above, I find no basis to conclude that the trial judge ought to have interfered with the decision of counsel to consent to the admission of the evidence. The relevant features of the record are the following.

[38] On the facts, it is difficult to find evidence of a connection between the two statements which should have alerted the trial judge to the need to conduct a *voir dire* and to question the wisdom of counsel. In terms of the time span between the statements, the initial apology was made on May 27, 2004, while the e-mail was sent over five weeks later on July 5, 2004. The inducement held out by the police, as found by the trial judge on the *voir dire*, was the suggestion that S.G.T. may not be charged if he apologized. However, by the time S.G.T. sent the e-mail, he had been charged notwithstanding his apology in the police statement. It is therefore far from obvious on what basis the inducement could still be operative in the accused's mind. Additionally, there was no advertence to the previous inadmissible statement in the e-mail to A's mother. Finally, the two statements were made to different persons in entirely different circumstances. The first statement was made to a police officer in the context of a custodial interrogation, while the second was made to A's mother in an e-mail exchange relating to A's mother's attempt to secure S.G.T.'s permission to allow A and B to travel to California with her. But, more importantly, as the accused's later testimony in the trial revealed, it was his contention that the apology in the e-mail concerned a completely *unrelated* incident. This exemplifies why trial judges should generally defer to the tactical decisions of counsel who generally know more about the case. Given that the accused's own version was contrary to any theory of a potential connection between the e-mail and the earlier confession, it is difficult to see on what basis counsel's consent to the admissibility of the e-mail could be faulted.

énumérés dans *I. (L.R.)*, dont il a été question plus haut, j'estime que rien ne permet de conclure que le juge du procès aurait dû intervenir dans la décision de l'avocat de consentir à l'admission de la preuve. Voici les aspects pertinents du dossier.

[38] Il ne ressort pas des faits qu'il existe entre les deux déclarations un lien propre à éveiller l'attention du juge du procès sur la nécessité de tenir un voir-dire et de mettre en doute le discernement de l'avocat de la défense. S'agissant du délai entre les déclarations, les excuses initiales avaient été faites le 27 mai 2004, tandis que le courriel a été envoyé plus de cinq semaines après, soit le 5 juillet 2004. L'incitation policière consistait, selon la conclusion du juge du procès à l'issue du voir-dire, à avoir laissé entendre à S.G.T. qu'il ne serait peut-être pas inculqué s'il présentait ses excuses. Or, au moment où S.G.T. a envoyé le courriel, il avait été accusé en dépit de ses excuses sur le formulaire de la police. Dans ces circonstances, ce qui pouvait faire en sorte que l'incitation continuait de produire des effets dans l'esprit de l'accusé est loin d'être évident. De plus, le courriel envoyé à la mère de A ne faisait pas allusion à la déclaration antérieure inadmissible. Enfin, les deux déclarations ont été faites à deux personnes distinctes dans des circonstances tout à fait différentes. La première déclaration a été faite à un agent de police au cours d'un interrogatoire sous garde, tandis que la seconde a été faite à la mère de A dans le cadre d'un échange de courriels où elle essayait d'obtenir l'autorisation de S.G.T. pour que A et B puissent voyager avec elle en Californie. Mais le plus important est l'affirmation de S.G.T., faite plus tard dans son témoignage lors du procès, que les excuses contenues dans le courriel se rapportaient à un incident tout à fait *étranger* à l'affaire. Cela illustre bien que les juges instruisant des procès doivent généralement déférer aux décisions tactiques des avocats, qui, en général, connaissent mieux l'affaire. Étant donné que la propre version de l'accusé contredisait toute thèse fondée sur un lien possible entre le courriel et la confession antérieure, on voit difficilement comment on pourrait reprocher à l'avocat de l'accusé d'avoir consenti à l'admission du courriel.

[39] Based on this record, with respect, it is my view that the Court of Appeal erred in overturning the conviction on the basis that it did.

4. Conclusion

[40] For these reasons, I would allow the appeal and set aside the order for a new trial. As requested by both parties, I would remit this case to the Court of Appeal to consider S.G.T.'s remaining grounds of appeal.

The reasons of Binnie and Fish JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[41] This appeal is the third chapter in a tale of two statements — closely related in subject matter, purpose and time. Both statements bear a striking resemblance as well to a fable conceived and disingenuously recounted to the respondent by a police interrogator as a “personal experience” of his own. The interrogator’s contrived “confidence” amounted, unmistakably, to an implied promise of leniency in exchange for a contrite admission of guilt. There is no dispute that the purpose and effect of this stratagem was to induce the respondent to make an incriminating statement in the form of an apology to the complainant.

[42] Pursuant to a *voir dire*, the trial judge excluded the first of the two statements on the ground that it had been rendered involuntary by the police officer’s improper inducement. The trial judge’s conclusion in this regard is not challenged on this appeal by the Crown. Nor was it challenged in the Court of Appeal.

[43] The second statement was admitted without a *voir dire* and the respondent was ultimately convicted (2006 SKQB 234 (CanLII)).

[44] The Saskatchewan Court of Appeal set aside the respondent’s conviction and ordered a new trial

[39] Compte tenu de ces éléments, j’estime que la Cour d’appel a commis une erreur en infirmant la déclaration de culpabilité pour le motif qu’elle a exposé.

4. Conclusion

[40] En conséquence, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’annuler l’ordonnance de nouveau procès. Comme le demandent les deux parties, je renvoie l’affaire à la Cour d’appel pour qu’elle examine les autres moyens d’appel invoqués par S.G.T.

Version française des motifs des juges Binnie et Fish rendus par

LE JUGE FISH (dissent) —

I

[41] Le présent pourvoi constitue le troisième chapitre d’une histoire portant sur deux déclarations — étroitement liées par le sujet, le but et le temps. Les deux déclarations s’apparentent aussi de façon frappante à une fable qu’un interrogateur de la police a inventée et fallacieusement racontée à l’intimé comme s’il s’agissait de son « expérience personnelle ». La « confiance » artificielle de l’interrogateur équivalait manifestement à une promesse implicite de clémence en échange d’un aveu de culpabilité et de remords. Il ne fait aucun doute que ce stratagème visait à inciter l’intimé à faire une déclaration incriminante sous la forme d’une lettre d’excuses à la plaignante.

[42] Dans le cadre d’un *voir-dire*, le juge du procès a écarté la première déclaration au motif qu’elle était involontaire à cause de l’incitation inacceptable du policier. Le ministère public ne conteste pas la conclusion du juge à cet égard dans le présent pourvoi. Il ne l’a pas contestée non plus devant la Cour d’appel.

[43] La seconde déclaration a été admise sans *voir-dire* et l’intimé a finalement été déclaré coupable (2006 SKQB 234 (CanLII)).

[44] La Cour d’appel de la Saskatchewan a annulé la déclaration de culpabilité de l’intimé et

(2008 SKCA 119, 237 C.C.C. (3d) 55). Hence this third chapter of the saga — an appeal by the Crown urging us to reinstate the respondent’s conviction at trial.

[45] Unlike Justice Charron, and with the greatest of respect, I would affirm the unanimous judgment of the Court of Appeal.

[46] I agree with the Court of Appeal that the trial judge was legally bound to himself determine the admissibility of the respondent’s second “apology”. It was tendered by the Crown as an incriminating statement by the accused. And the trial judge then had in the record before him a clear indication that this second “apology” might be a “derived confession”, inadmissible on account of its close connection to the statement he had earlier excluded.

[47] The holding of a *voir dire* for this purpose was not subject to, or conditional upon, an objection by defence counsel: Its necessity was made apparent by the material already on the record when the Crown tendered the statement.

[48] I hasten to add that we are not concerned in this case with a mere matter of form. An informal *voir dire* will often suffice to determine whether a statement attributed to the accused ought to be admitted in evidence. Here, however, the trial judge made *no inquiry at all*.

[49] And the total failure of the trial judge to make any independent determination as to the admissibility of the impugned statement is necessarily fatal to the respondent’s conviction: According to the trial judge himself, the impugned statement was critical to the trial judge’s conclusion that the respondent was guilty as charged.

II

[50] The respondent, S.G.T., was married to A.T. from 1996 until 2000. Their son B was born in

ordonné la tenue d’un nouveau procès (2008 SKCA 119, 237 C.C.C. (3d) 55), d’où ce troisième chapitre de la saga — un pourvoi du ministère public nous demandant de rétablir la déclaration de culpabilité de l’intimé prononcée au procès.

[45] Contrairement à la juge Charron, cela dit avec le plus grand respect, je confirmerais le jugement unanime de la Cour d’appel.

[46] Je conviens avec la Cour d’appel que le juge du procès était tenu par la loi de déterminer lui-même l’admissibilité de la seconde « excuse » de l’intimé, laquelle a été présentée par le ministère public comme une déclaration incriminante. Il ressortait clairement du dossier dont disposait le juge du procès que cette seconde « excuse » était probablement une « confession dérivée », inadmissible en raison de son lien étroit avec la déclaration qu’il avait antérieurement écartée.

[47] La tenue d’un voir-dire à cet effet n’était pas tributaire d’une objection de l’avocat de la défense; elle était nécessaire compte tenu des éléments de preuve figurant déjà au dossier quand le ministère public a présenté la déclaration.

[48] Je m’empresse d’ajouter que nous ne sommes pas appelés en l’espèce à nous prononcer sur une simple question de forme. Un voir-dire informel suffira souvent pour déterminer si une déclaration attribuée à l’accusé doit être admise en preuve. Toutefois, en l’espèce, le juge du procès n’a procédé à *aucune enquête*.

[49] Le fait que le juge du procès n’a pris aucune décision en toute indépendance au sujet de l’admissibilité de la déclaration contestée est nécessairement fatal quant à la déclaration de culpabilité de l’intimé. Selon le juge lui-même, la déclaration contestée a été le facteur déterminant dans sa conclusion que l’intimé était coupable des actes reprochés.

II

[50] L’intimé, S.G.T., a été marié à A.T. de 1996 à 2000. Leur fils, B, est né en 1997. A.T. avait aussi

1997. A.T. also had a daughter from a prior relationship, A, whom S.G.T. adopted in 2000.

[51] Shortly thereafter, the couple separated. The split was acrimonious. For the next three years, the children spent two nights each week, every other weekend, and one month in the summer at S.G.T.'s house. A was 11 to 14 years old during that period.

[52] In 2003, A told her mother she was uncomfortable spending the night at S.G.T.'s house. When asked by A.T., she stated that S.G.T. had sexually assaulted her. A.T. phoned the police, but did not call back when she was asked to do so. No further action was taken until the following year when A told a school counsellor about the claimed assault. The counsellor contacted the police, who launched an investigation.

[53] On May 27, 2004, S.G.T. was interviewed by a police officer. During the interview, he was repeatedly told that the matter was "not a big deal" and "extremely minor". The police officer said that if he apologized it might not proceed any further, and that the biggest factor the Crown looked at was remorse.

[54] One officer told S.G.T. a fabricated story according to which the officer had himself been arrested for slapping his son while on vacation in the United States. In this entirely fictional story, the matter was resolved once the officer apologized.

[55] We do not have the audio or video tapes of S.G.T.'s interrogation. With the benefit of those tapes, the Court of Appeal summarized the relevant facts this way:

On May 27, 2004, the appellant agreed to be interviewed by a police officer regarding the allegations. During a two-hour interview, the officer repeatedly and emphatically urged the appellant to apologize to [A] all the while saying that [A]'s complaints were "not a big deal", not a "heinous act" and amounted to a "very insignificant contact", or something "extremely minor". The officer said it was not unlike smacking a child in public, and illustrated the point by recounting how he had been arrested for slapping his own child while

une fille d'une relation antérieure, A, que S.G.T. a adoptée en 2000.

[51] Peu de temps après, le couple s'est séparé. La séparation était acerbe. Pendant les trois années qui ont suivi, les enfants passaient deux nuits par semaine, un week-end sur deux et un mois pendant l'été chez S.G.T. A avait alors 11 à 14 ans.

[52] En 2003, A a dit à sa mère qu'elle se sentait mal à l'aise de passer la nuit chez S.G.T. Lorsque A.T. lui a demandé pourquoi, elle a répondu que S.G.T. l'avait agressée sexuellement. A.T. a téléphoné à la police, mais n'a pas rappelé comme on le lui a demandé. Rien d'autre n'a alors été fait jusqu'à l'année suivante quand A a parlé à sa conseillère d'orientation scolaire de l'agression sexuelle alléguée. Celle-ci a appelé la police, qui a ouvert une enquête.

[53] Le 27 mai 2004, S.G.T. a été interrogé par un policier. Pendant l'interrogatoire, le policier lui a répété que l'affaire n'était [TRADUCTION] « pas si grave », qu'elle était « très bénigne ». Il a dit que, s'il présentait ses excuses, l'affaire n'irait peut-être pas plus loin et l'expression de remords était le facteur le plus important pour le ministère public.

[54] Un policier a raconté à S.G.T. une histoire inventée selon laquelle il avait lui-même été arrêté pour avoir frappé son fils pendant qu'ils étaient en vacances aux États-Unis. Dans cette histoire entièrement fictive, l'affaire a été close une fois que le policier a présenté ses excuses.

[55] Nous ne disposons pas des bandes audio ou vidéo de l'interrogatoire de S.G.T. Ces bandes ont permis à la Cour d'appel de résumer ainsi les faits pertinents :

[TRADUCTION] Le 27 mai 2004, l'appelant a consenti à être interrogé par un policier au sujet des allégations. Au cours d'un interrogatoire de deux heures, le policier a, à maintes reprises et avec insistance, incité l'appelant à présenter ses excuses à [A] tout en affirmant que les plaintes de [A] n'étaient pas « si graves », qu'il ne s'agissait pas d'un « acte odieux » et que cela ne représentait qu'un « contact très insignifiant », ou quelque chose de « très bénin ». Le policier a affirmé que c'était comme s'il avait donné une claque à un enfant en public; il a

on a holiday in the United States. The officer told the appellant the child welfare authorities had even become involved, but he had taken responsibility for his behaviour, apologized, and all had been forgiven. The story was entirely fabricated.

The officer explained to the appellant that the Crown would look at all the facts and ask whether it was in the public interest to proceed with the charges, or simply look at some kind of counselling instead. The most important thing they looked at was an apology, and if the appellant just apologized the matter might not proceed. He said he wasn't trying to hang the appellant, he just wanted closure for the victim. When the appellant expressed concern for the consequences, the officer assured him he would not lose his son, and he would not lose his job, and that the biggest factor the Crown looked at was remorse. When the appellant thought he should consult with someone, the officer said only dishonest people needed lawyers. The officer gave his word he would stick with the appellant throughout the matter. The appellant then wrote out a form of apology to [A]. [Emphasis added; paras. 15-16.]

[56] The officer's ruse achieved its intended purpose. Believing the officer's invented account of his own arrest to be true, S.G.T. wrote out the suggested apology. Approximately four weeks later, he was charged with sexual assault.

[57] Five days after the charges were laid, and about three weeks before S.G.T.'s first court appearance, he sent the following e-mail to A.T. in response to her requests for his permission to take the children to California to visit A.T.'s parents:

Relax. When have I ever not done something you've requested for the kids. I'm busy too. I have the letter and it's notarized [*sic*]. I thought long and hard about keeping [B] back so I could spend this month with him in case I end up going to fucking jail on the 28th, but I wouldn't do that to him. I hope you realize that I will never be able to coach [B] or travel outside Canada for a holiday with him or work. I may lose [*sic*] my job because of this. I don't care about you, but I very much hope that this will make [A] get and feel better. I am

illustré ce point en racontant comment il avait été arrêté pour avoir frappé son propre enfant alors qu'ils étaient en vacances aux États-Unis. Il a dit à l'appelant que le service de protection de l'enfance s'en était même mêlé, mais qu'il avait assumé la responsabilité de son comportement, avait présenté ses excuses et tout avait été oublié. L'histoire était inventée de toutes pièces.

Le policier a expliqué à l'appelant que le ministère public examinerait tous les faits et se demanderait s'il était dans l'intérêt public de continuer les poursuites relativement aux accusations ou de simplement envisager plutôt une sorte de counseling. Le plus important pour le ministère public serait la présentation d'excuses; si l'appelant présente ses excuses, il serait même possible que l'affaire n'aille pas plus loin. Il a affirmé qu'il n'essayait pas de le faire pendre, il voulait seulement que la victime puisse tourner la page. Lorsque l'appelant a déclaré craindre les conséquences, le policier l'a rassuré en lui disant qu'il ne perdrait pas son fils, qu'il ne perdrait pas son emploi et que le plus gros facteur pour le ministère public était le remords. Lorsque l'appelant pensait qu'il devrait consulter quelqu'un, le policier a déclaré que seuls les gens malhonnêtes avaient besoin d'avocats. Le policier lui a donné sa parole qu'il resterait avec l'appelant pendant toute la durée de l'affaire. Celui-ci a alors rédigé des excuses à [A]. [Je souligne; par. 15-16.]

[56] La ruse du policier a produit l'effet voulu. Croyant que l'histoire inventée par le policier sur sa propre arrestation était vraie, S.G.T. a suivi ses conseils et a rédigé la lettre d'excuses. Environ quatre semaines plus tard, il était accusé d'agression sexuelle.

[57] Cinq jours après le dépôt des accusations et environ trois semaines avant sa première comparution devant le tribunal, S.G.T. a envoyé à A.T. le courriel suivant en réponse à ses demandes de permission d'emmener les enfants voir ses parents en Californie :

[TRADUCTION] Calme-toi. Peux-tu me dire quand je n'ai pas accepté de faire ce que tu me demandais pour les enfants? Moi aussi, je suis occupé. J'ai la lettre, et elle est notariée. J'ai sérieusement envisagé de garder [B] ici pour pouvoir passer le mois avec lui au cas où je me retrouverais derrière ces foutus barreaux le 28, mais je ne veux pas lui faire ça. J'espère que tu te rends compte que je ne pourrai jamais être entraîneur pour [B] ou que je ne pourrai jamais voyager hors du Canada pour passer des vacances avec lui ou pour travailler. Je risque de perdre

so, so sorry if I caused her emotional pain. I have to live with the fact that I lost someone I cared for deeply over my stupidity [*sic*]. And now I have to deal with [the] fact that I stand to lose [*sic*] everything I worked so hard for. I'm sure this makes you happy. You better hope for your sake you never make a mistake bringing up [B].

You can pick the letter up out of my mailbox, I have a commitment I have to be at tonight. Make sure [B] calls me at least once a week, I showed him how to dial collect.

S.G.T. was not represented by counsel when he wrote the e-mail.

[58] S.G.T. was tried in the Court of Queen's Bench for Saskatchewan before a judge sitting alone. At trial, Scheibel J. conducted a *voir dire* regarding the apology S.G.T. had written out under the officer's direction during his interrogation. Understandably, Justice Scheibel found that the apology had been improperly induced by the interrogating officer. He concluded that the Crown had failed to prove its voluntariness, as required by law. Justice Scheibel therefore excluded the apology. As mentioned earlier, the Crown did not attack this finding in the Court of Appeal.

[59] A.T., A, and S.G.T. all testified at trial. During the direct examination of A.T., the Crown asked her to identify and describe the e-mail from S.G.T. The Crown then sought to have the e-mail admitted in evidence. Defence counsel, asked by the trial judge whether there was "any objection", replied "No, My Lord." The e-mail, in effect a second "apology", was held admissible on this basis, without any inquiry or consideration regarding its connection to the previously excluded "apology".

[60] In his reasons convicting S.G.T., Justice Scheibel found that the case turned on credibility and that the e-mail had been crucial to his conclusion that S.G.T. was not credible.

mon travail à cause de ça. Toi, ça m'est égal, mais j'espère de tout mon cœur que ça aidera [A] à aller mieux. Si je l'ai fait souffrir psychologiquement, j'en suis très très désolé. Je dois accepter le fait qu'à cause de ma stupidité j'ai perdu quelqu'un qui m'était très cher. Et maintenant je dois vivre en sachant que je risque de perdre tout ce que j'avais travaillé très fort pour obtenir. Je suis sûr que ça te rend heureuse. J'espère pour toi que tu ne feras jamais d'erreur en élevant [B].

Tu peux prendre la lettre dans ma boîte aux lettres. J'ai quelque chose ce soir. Fais en sorte que [B] m'appelle au moins une fois par semaine; je lui ai montré comment faire un appel à frais virés.

S.G.T. n'était pas représenté par un avocat au moment où il a écrit ce courriel.

[58] S.G.T. a subi son procès devant juge seul à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan. Au procès, le juge Scheibel a tenu un *voir-dire* sur la lettre d'excuses que S.G.T. avait rédigée sous la direction du policier lors de son interrogatoire. Naturellement, le juge a conclu que la lettre avait été obtenue par incitation inacceptable de la part de l'interrogateur de la police. Il a conclu que le ministère public n'avait pas réussi à prouver son caractère volontaire, comme l'exige la loi. Il a donc écarté la lettre d'excuses. Comme je l'ai déjà mentionné, le ministère public n'a pas contesté cette conclusion devant la Cour d'appel.

[59] A.T., A, et S.G.T. ont tous témoigné au procès. Lors de l'interrogatoire principal de A.T., le ministère public lui a demandé de désigner et de décrire le courriel de S.G.T. Il a ensuite cherché à faire admettre le courriel en preuve. Lorsque le juge du procès a demandé à l'avocat de la défense s'il avait [TRADUCTION] « une objection », ce dernier a répondu : [TRADUCTION] « Non, votre Honneur. » Le courriel, qui est en fait une seconde « excuse », a été jugé admissible pour cette raison, sans que son lien avec l'« excuse » précédemment écartée soit apprécié ou examiné.

[60] Dans ses motifs, où S.G.T. est déclaré coupable, le juge Scheibel a conclu que l'issue de la cause reposait sur la crédibilité et que le courriel avait été un facteur déterminant dans sa conclusion que S.G.T. n'était pas crédible.

[61] As I have already mentioned, the Saskatchewan Court of Appeal allowed S.G.T.'s appeal. Wilkinson J.A., writing for a unanimous court, held that the trial judge had erred in law by failing to hold a *voir dire* to determine the admissibility of the e-mail. She found that there was sufficient reason to believe that the e-mail was a tainted statement, or "derived confession", causally connected to the earlier inadmissible statement, and that a *voir dire* was therefore mandatory.

[62] Wilkinson J.A. rejected the Crown's submission that there was an insufficient connection between the two statements, since the only proper way to test that submission on its merits was by conducting a *voir dire* — which the trial judge had failed to do.

III

[63] The confessions rule serves to exclude involuntary statements made to persons in authority. The derived confessions rule is a corollary of the confessions rule. It excludes statements that are so closely connected to inadmissible confessions as to be "tainted" by association and, for that reason, inadmissible as well.

[64] The derived confessions rule thus excludes statements that, while not inadmissible when considered in isolation, are excluded because of their temporal or causal connection to another statement found by the court to be inadmissible. This occurs whenever "either the tainting features which disqualified the first confession continued to be present or . . . the fact that the first statement was made was a substantial factor contributing to the making of the second statement": *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504, at p. 526.

[65] The question is a contextual one, aimed at determining the degree of connection between the two statements. In *I. (L.R.)*, the Court identified as relevant factors "the time span between the statements, advertence to the previous statement during questioning, the discovery of additional

[61] La Cour d'appel de la Saskatchewan, je le répète, a accueilli l'appel de S.G.T. La juge Wilkinson, dans un jugement unanime, a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en ne tenant pas un *voir-dire* sur l'admissibilité du courriel. Elle estimait qu'il y avait une raison suffisante pour croire que le courriel constituait une déclaration viciée, ou une « déclaration dérivée », ayant un lien de causalité avec la première déclaration inadmissible, et que la tenue d'un *voir-dire* était donc obligatoire.

[62] La juge Wilkinson a rejeté la thèse du ministère public qu'il n'existait pas un lien suffisant entre les deux déclarations, puisque la seule façon appropriée de vérifier le bien-fondé de cette thèse consistait à tenir un *voir-dire* — ce que le juge du procès n'a pas fait.

III

[63] La règle des confessions vise à écarter les déclarations involontaires faites aux personnes en autorité. La règle des confessions dérivées est le corollaire de la règle des confessions. Elle écarte les déclarations qui ont un lien si étroit avec des confessions inadmissibles qu'elles sont « viciées » par association et, pour cette raison, également inadmissibles.

[64] La règle des confessions dérivées exclut donc les déclarations qui, bien qu'admissibles lorsqu'elles sont prises isolément, sont écartées en raison de leur lien temporel ou causal avec une autre déclaration jugée inadmissible par le tribunal. Cela se produit « si les caractéristiques ayant vicié la première confession existaient toujours ou si la première déclaration était un facteur important qui a incité à faire la seconde déclaration » : *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504, p. 526.

[65] Il s'agit d'une question contextuelle, qui a pour objet d'établir le degré de connexité entre les deux déclarations. Dans *I. (L.R.)*, la Cour a considéré comme des facteurs pertinents « le délai écoulé entre les déclarations, les allusions à la déclaration antérieure pendant l'interrogatoire, la découverte

incriminating evidence subsequent to the first statement, the presence of the same police officers at both interrogations and other similarities between the two circumstances” (p. 526).

[66] In short, derived confessions are inadmissible not because they are themselves involuntary statements made or given to a person in authority, within the meaning of *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), and its progeny, but because they are “tainted”, or contaminated, by *another inadmissible statement*. The governing principle was well and succinctly put this way by Bastarache J., speaking for the majority in *R. v. G. (B.)*, [1999] 2 S.C.R. 475, at para. 23:

Ultimately, what matters is that the court is satisfied that the degree of connection between the two statements is sufficient for the second to have been contaminated by the first.

And the sufficiency of the required connection must be determined by the trial judge on a *voir dire*.

[67] Our concern here is with the admissibility of an e-mail found by the trial judge to be incriminating. Defence counsel did not request a *voir dire*. Quite properly, the trial judge recognized that no such request was essential.

[68] The trial judge appears to have recognized as well that the admissibility of the e-mail was open to question in view of the circumstances in which it was sent: He would not otherwise have thought it necessary to inquire whether defence counsel *objected to its admission*. Unfortunately, instead of proceeding with the required *voir dire*, the trial judge admitted the e-mail upon asking defence counsel whether there was “any objection”, and receiving a negative reply.

[69] Counsel can, of course, make admissions of fact that provide a sufficient evidentiary basis for the judicial determination that is the object of a *voir dire*. As a matter of principle, however, judicial determinations cannot be delegated to counsel. Thus, while admissions of fact may render

d’une preuve incriminante supplémentaire après la première déclaration, la présence des mêmes policiers au cours des deux interrogatoires et d’autres similarités entre les deux cas » (p. 526).

[66] En résumé, les confessions dérivées sont inadmissibles non pas parce qu’elles constituent elles-mêmes des déclarations involontaires faites à une personne en autorité, au sens de l’arrêt *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), et des décisions qui l’ont suivi, mais parce qu’elles sont « viciées », ou contaminées, par *une autre déclaration inadmissible*. Le principe directeur a été bien énoncé et de façon succincte par le juge Bastarache, rédigeant au nom de la majorité dans *R. c. G. (B.)*, [1999] 2 R.C.S. 475, par. 23 :

En définitive, ce qui importe c’est que le tribunal soit convaincu que la connexité entre les deux déclarations est suffisante pour que la seconde ait été contaminée par la première.

Et c’est au juge du procès de déterminer, lors d’un voir-dire, si la connexité requise est suffisante.

[67] Ce qui nous intéresse ici, c’est l’admissibilité d’un courriel jugé incriminant par le juge du procès. L’avocat de la défense n’a pas demandé la tenue d’un voir-dire. Le juge du procès a reconnu tout à fait à bon droit qu’une telle demande n’était pas essentielle.

[68] Le juge du procès semble avoir reconnu également que l’admissibilité du courriel était contestable compte tenu des circonstances dans lesquelles il a été envoyé. Sinon, il n’aurait pas jugé nécessaire de demander à l’avocat de la défense s’il *s’opposait à son admission en preuve*. Malheureusement, au lieu de tenir le voir-dire requis, il a admis le courriel en preuve après avoir demandé à l’avocat de la défense s’il avait [TRADUCTION] « une objection » et reçu une réponse négative.

[69] Certes, les avocats peuvent admettre certains faits qui fournissent des éléments de preuve suffisants pour permettre au juge de statuer sur l’objet du voir-dire. Toutefois, par principe, les décisions relevant du juge ne peuvent être déléguées aux avocats. Par conséquent, bien que la reconnaissance

unnecessary the calling of evidence, the legal effect of that evidence is for the judge alone to determine.

[70] I nonetheless accept, for present purposes only, that counsel can admit the voluntariness of a statement and even concede its admissibility in appropriate circumstances — for example, where that would be the judge’s inevitable finding on a *voir dire*.

[71] But that is not our case. Counsel made no admissions of fact concerning the admissibility of the tendered statement. Nor did he expressly concede its admissibility as a matter of law.

[72] And no such determination was made by the trial judge either.

IV

[73] Justice Charron would reverse the decision of the Court of Appeal and reinstate the respondent’s conviction on two grounds: First, because defence counsel did not object to admission of the e-mail; second, because my colleague sees no obvious connection between the e-mail and the earlier inadmissible statement to police. I respectfully disagree with my colleague on both grounds.

[74] With regard to the first ground, I repeat here what I stated earlier: As a matter of law, no objection was required. Where there is reason for concern about a statement tendered by the Crown, on account of its close connection with an earlier statement found on a *voir dire* to be inadmissible, the admissibility of the second statement also falls to be decided on a *voir dire*.

[75] This was made clear in *G. (B.)*, which likewise concerned a derived confession, in that case made to a psychiatrist. Speaking for six members of the Court, Bastarache J. noted that defence counsel had “accepted” the psychiatrist’s report containing the incriminating statement in issue

de certains faits puisse rendre inutile la production d’éléments de preuve, c’est au juge seul qu’il appartient de décider de l’effet juridique découlant des faits ainsi admis.

[70] Je conviens néanmoins, uniquement pour les besoins du présent pourvoi, que les avocats peuvent admettre le caractère volontaire d’une déclaration et même concéder son admissibilité dans certaines circonstances — par exemple, lorsque le juge arriverait inévitablement à cette conclusion à l’issue d’un *voir-dire*.

[71] Mais ce n’est pas le cas en l’espèce. L’avocat n’a reconnu aucun fait au sujet de l’admissibilité de la déclaration présentée. Il n’a pas non plus reconnu expressément l’admissibilité de celle-ci en droit.

[72] Le juge du procès n’a pas non plus pris une telle décision.

IV

[73] La juge Charron infirmerait la décision de la Cour d’appel et rétablirait la déclaration de culpabilité de l’intimé pour deux raisons : premièrement, parce que l’avocat de la défense ne s’est pas opposé à l’admission en preuve du courriel et, deuxièmement, parce qu’elle ne voit aucun lien évident entre le courriel et la première déclaration inadmissible faite à la police. Je regrette de ne pouvoir souscrire aux deux raisons invoquées par ma collègue.

[74] En ce qui concerne la première raison, je répète ici ce que j’ai dit précédemment : en droit, aucune objection n’était requise. Lorsqu’il y a lieu de s’inquiéter de la déclaration présentée par le ministère public, à cause de son lien étroit avec une déclaration antérieure jugée inadmissible lors du *voir-dire*, l’admissibilité de la seconde déclaration doit aussi être déterminée dans le cadre d’un *voir-dire*.

[75] C’est ce qu’a clairement établi *G. (B.)*, qui porte également sur une confession dérivée, mais faite à un psychiatre. S’exprimant au nom de six juges de la Cour, le juge Bastarache a fait remarquer que l’avocat de la défense avait « accepté » le rapport du psychiatre contenant la déclaration

and did not object to the Crown's use of the report on its cross-examination of the accused (para. 48). Justice Bastarache then stated:

The law on the question is clear. Despite s. 672.21(2) and (3) [of the *Criminal Code*, which deal with "protected statements"], it had to be determined whether the protected statement was admissible in light of its degree of connection with the prior confession which was found to be inadmissible. This degree of connection can only be assessed during a voir dire, which was accordingly mandatory (see [*Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926]). By this I do not mean that there must be a *voir dire* on the voluntariness of the protected statement in every case; once again, this is a question that will have to be determined in another case. I am merely confirming that there must be a *voir dire* where, as here, the issue of whether the admission was derived from a prior inadmissible confession arises.

Whether the possibility of waiving the *voir dire* or consenting to the use of the protected statement is based on s. 672.21(2) or whether it has a more general foundation (see in this regard *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (Ont. C.A.)), it is well established that "[s]ilence or mere lack of objection does not constitute a lawful waiver" (see *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64, at p. 74). In the circumstances, the Crown cannot argue that the situation was otherwise. [Emphasis added; paras. 50-51.]

[76] In *G. (B.)*, moreover, the Crown had alleged waiver by the accused of his right to a *voir dire*; in this case, the Crown, understandably, did not allege waiver either in the Court of Appeal or in this Court.

[77] I turn now to the second ground relied on by Justice Charron in concluding as she does. In my colleague's view, there was no obvious connection between S.G.T.'s e-mail to his former spouse and his earlier inadmissible statement to police.

[78] On the contrary, and with respect, I believe there was ample evidence on the record to alert the trial judge to the need for a *voir dire*. The judge had already excluded the initial confession written by S.G.T. during the police interrogation, and was thus familiar with the inducements that had provoked it.

incriminante en question et qu'il ne s'était pas opposé à l'utilisation de ce rapport par le ministère public lors du contre-interrogatoire de l'accusé (par. 48). Le juge Bastarache a ensuite déclaré :

L'état du droit sur la question est d'ailleurs clair. Malgré les par. 672.21(2) et (3) [du *Code criminel*, lesquels portent sur les « déclarations protégées »], il fallait déterminer si la déclaration protégée était admissible, étant donné sa connexité avec la confession antérieure jugée inadmissible. Cette connexité ne peut s'évaluer que lors d'un voir-dire dont la tenue était, pour cette raison, obligatoire (voir [*Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926]). Je n'affirme pas ici qu'un voir-dire sur le caractère volontaire de la déclaration protégée doit être tenu dans tous les cas; à nouveau, il s'agit là d'une question qui devra être tranchée lors d'un autre litige. Je confirme simplement qu'il doit y avoir voir-dire lorsque se pose, comme en l'espèce, la question de savoir si l'aveu est dérivé d'une confession inadmissible antérieure.

Que la possibilité de renoncer au voir-dire, ou de consentir à l'utilisation de la déclaration protégée, repose sur le par. 672.21(2) ou qu'elle repose sur un fondement plus large (voir à ce sujet l'arrêt *R. c. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (C.A. Ont.)), il est bien établi que « [l]e silence ou la simple absence d'opposition ne constitue pas une renonciation valide » (voir *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64, à la p. 74). Dans les circonstances, le ministère public ne peut prétendre qu'il s'est produit autre chose. [Je souligne; par. 50-51.]

[76] De plus, dans *G. (B.)*, le ministère public avait affirmé que l'accusé avait renoncé au voir-dire; en l'espèce, il n'a rien dit de tel, et à juste titre, ni devant la Cour d'appel ni ici, devant la Cour.

[77] Je vais maintenant examiner la seconde raison que la juge Charron a invoquée pour conclure comme elle le fait. Selon ma collègue, il n'y a aucun lien évident entre le courriel de S.G.T. à son ancienne conjointe et sa première déclaration inadmissible faite à la police.

[78] Au contraire, soit dit en tout respect, j'estime qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour attirer l'attention du juge du procès sur la nécessité d'un voir-dire. Le juge avait déjà écarté la confession initiale écrite par S.G.T. pendant l'interrogatoire; il était donc au courant des incitations qui avaient provoqué la confession.

[79] The e-mail was strikingly similar to the excluded statement. In both instances, S.G.T. apologizes and expresses regret “if I caused [A] emotional pain”, and hopes his apology and expression of regret “will make [A] get and feel better” (I quote here from his e-mail).

[80] The *timing* of the e-mail should have raised red flags as well. The e-mail was written and sent by S.G.T. shortly before his first appearance in court. In the officer’s fabricated story about his own arrest, he “explained to the appellant that the Crown would look at all the facts and ask whether it was in the public interest to proceed with the charges” (Court of Appeal, at para. 16 (emphasis added)). Here, the apology was made after the charges were laid but before the first court appearance, when it remained a live issue whether the Crown would proceed with “some kind of counseling instead” (*ibid.*) And it must be remembered in this regard that the police officer had “[given] his word he would stick with the appellant throughout the matter” (*ibid.*).

[81] Moreover, the improper inducements present when the inadmissible statement was given to the police — notably, the promise of leniency in exchange for a showing of remorse — were still operative. It was long ago recognized that promises of this type have a more enduring effect than threats: F. Kaufman, *The Admissibility of Confessions* (3rd ed. 1979), at p. 146. Nothing had intervened to neutralize its effect on the respondent. And no new evidence had subsequently been discovered, nor had S.G.T. retained counsel in the interval between the statements.

[82] In these circumstances, cumulatively considered, the connection between the two statements was apparent from the record and should have alerted the trial judge to the need for a *voir dire* to determine whether “the degree of connection between the two statements [was] sufficient for the second to have been contaminated by the first” (*G. (B.)*, at para. 23).

[79] Le courriel ressemblait étonnamment à la déclaration écartée. Dans les deux cas, S.G.T. présente des excuses et exprime des remords [TRADUCTION] « [s]i je l’ai fait souffrir psychologiquement » et il espère que ses excuses et ses remords « aider[ont] [A] à aller mieux » (je cite ici un extrait de son courriel).

[80] Le *moment* où le courriel a été envoyé aurait également dû sonner l’alarme. S.G.T. a rédigé et envoyé le courriel peu de temps avant sa première comparution devant le tribunal. Le policier, dans l’histoire qu’il a fabriquée au sujet de sa propre arrestation, [TRADUCTION] « a expliqué à l’appelant que le ministère public examinerait tous les faits et se demanderait s’il était dans l’intérêt public de continuer les poursuites relativement aux accusations » (Cour d’appel, par. 16 (je souligne)). En l’espèce, les excuses ont été présentées après le dépôt des accusations, mais avant la première comparution, lorsque se posait encore la question de savoir si le ministère public envisagerait « plutôt une sorte de counseling » (*ibid.*). Et il ne faut pas oublier à cet égard que le policier avait « donné sa parole qu’il resterait avec l’appelant pendant toute la durée de l’affaire » (*ibid.*).

[81] En outre, les incitations inacceptables ayant mené à la déclaration inadmissible — notamment, la promesse de clémence s’il exprimait des remords — continuaient à produire des effets. On reconnaît depuis longtemps que les promesses de ce genre ont un effet plus durable que les menaces : F. Kaufman, *The Admissibility of Confessions* (3^e éd. 1979), p. 146. Rien n’a été fait pour neutraliser leurs effets sur l’intimé. Aucune nouvelle preuve n’a ensuite été découverte et S.G.T. n’avait pas non plus retenu les services d’un avocat durant la période entre les déclarations.

[82] Dans ces circonstances, considérées collectivement, la connexité entre les deux déclarations ressortait clairement du dossier et aurait dû attirer l’attention du juge du procès sur la nécessité de tenir un *voir-dire* pour déterminer si « la connexité entre les deux déclarations [était] suffisante pour que la seconde ait été contaminée par la première » (*G. (B.)*, par. 23).

[83] The Crown submits in response that clear evidence of a connection does not suffice to trigger the trial judge's obligation to hold a *voir dire*, and this for two reasons. The first centres on the "person in authority" requirement for exclusion under the confessions rule. The Crown contends that this requirement applies to derived confessions as well.

[84] *G. (B.)* hardly supports this view. In that case, the derived confession was made to a psychiatrist and the Court, in holding that a *voir dire* was required, found it unnecessary to determine whether the psychiatrist was a person in authority:

The second statement is inadmissible because the first confession contaminated it. Therefore, it is not necessary to decide whether the second statement is a confession made to a person in authority in the present case. [Emphasis added; para. 22.]

If a statement can be excluded as a derived confession without determining whether it was made to a person in authority, it surely cannot be said that a derived confession will only be excluded if it is made to a person in authority. On the contrary, the Court in *G. (B.)* found the second statement inadmissible *whether or not the psychiatrist to whom it was made was a person in authority*. The statement was excluded on the sole ground that it was "contaminated" by the earlier confession. In this sense, "contamination" will be established "where there is a sufficient connection between the two statements" (*G. (B.)*, at para. 22). See, to the same effect, *I. (L.R.)*, at pp. 521-22. Nothing in *G. (B.)* limits this principle to derived confessions that explicitly repeat an earlier confession found to be inadmissible.

[85] As a matter of principle and logic, it seems clear to me that derived confessions need not be made to a person in authority in order to be found inadmissible. The purpose of the rule — to exclude statements with a sufficient connection to a prior inadmissible statement — would be frustrated if such a requirement were strictly enforced. Whether or not the subsequent statement was made to an

[83] Le ministère public réplique qu'il ne suffit pas d'avoir une preuve claire d'un lien pour que le juge du procès soit obligé de tenir un *voir-dire*, et ce, pour deux raisons. La première raison porte sur l'exigence relative à la « personne en autorité » qu'il faut remplir avant de pouvoir exclure la déclaration en vertu de la règle des confessions. Selon le ministère public, cette exigence s'applique aussi aux confessions dérivées.

[84] *G. (B.)* est loin d'appuyer ce point de vue. Dans cet arrêt, la confession dérivée a été faite à un psychiatre et la Cour, en concluant qu'il fallait tenir un *voir-dire*, a jugé inutile de décider si le psychiatre était une personne en autorité :

C'est en raison de la contamination qui existe entre la première confession et la seconde déclaration que cette dernière est inadmissible. Par conséquent, il n'y a pas lieu de décider si la deuxième déclaration est une confession faite à une personne en autorité en l'espèce. [Je souligne; par. 22.]

Si une déclaration peut être écartée du fait qu'il s'agit d'une confession dérivée, sans qu'il soit nécessaire de déterminer si elle a été faite à une personne en autorité, on ne peut sûrement pas affirmer qu'une confession dérivée ne sera écartée que si elle a été faite à une personne en autorité. Au contraire, dans *G. (B.)*, la Cour a jugé la seconde déclaration inadmissible *que le psychiatre qui l'a reçue soit ou non une personne en autorité*. La déclaration a été écartée du seul fait qu'elle avait été « contaminée » par la confession antérieure. En ce sens, la « contamination » est établie « lorsqu'il y a connexité des deux déclarations » (*G. (B.)*, par. 22). Voir aussi *I. (L.R.)*, p. 521-522, qui va dans le même sens. Rien dans *G. (B.)* ne limite ce principe aux confessions dérivées qui répètent expressément une confession antérieure jugée inadmissible.

[85] Sur le plan des principes et de la logique, il me paraît clair que les confessions dérivées n'ont pas besoin d'être faites à une personne en autorité pour être jugées inadmissibles. L'objet de la règle — exclure les déclarations ayant un lien suffisant avec une déclaration antérieure inadmissible — serait contrecarré si une telle exigence était rigoureusement appliquée. Peu importe que la déclaration

authority figure, if it is prompted by the same police conduct that resulted in the earlier confession, or if it discloses the contents of the earlier statement made to authorities, it is a product of the inadmissible confession and *is itself inadmissible on that ground alone*. Of course, whether the statement is made to police will be a relevant factor in determining whether the required connection between the two statements has been made out.

[86] Second, the Crown relies on the fact that the defence offered a different explanation for the e-mail at trial. At trial, it was contended that the apology referred to an unrelated incident in which S.G.T. had allowed A and her friends to drink wine coolers at a sleepover. In this Court, the Crown relied on the wine cooler explanation to argue that there was no need for a *voir dire* on the admissibility of the e-mail.

[87] I find the Crown's submission regarding these varying explanations unconvincing on its face, and would in any event reject it as a backward-looking justification for the trial judge's failure to determine the admissibility of the apology at the relevant time — when it was tendered as part of the prosecution's case against the respondent.

[88] The Crown cannot now rely on what the trial judge could not then have known — evidence later adduced by the defence — to retroactively validate the judge's failure to hold a *voir dire* when the record before him required him to do so.

V

[89] For all of these reasons, as stated at the outset, I would dismiss the appeal and affirm the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal quashing the respondent's conviction and ordering a new trial.

Appeal allowed, BINNIE and FISH JJ. dissenting.

subséquente ait été faite à une personne en autorité ou non, si elle est provoquée par la même conduite policière ayant entraîné la première confession ou qu'elle révèle la teneur de la déclaration faite antérieurement aux autorités, elle est le fruit de la confession inadmissible et *est en soi inadmissible pour cette seule raison*. Certes, le fait que la déclaration soit faite à la police demeure un facteur pertinent pour déterminer si le lien requis entre les deux déclarations a été établi.

[86] Deuxièmement, le ministère public s'appuie sur le fait que la défense a donné une explication différente au procès en ce qui concerne le courriel. Au procès, on a soutenu que la lettre d'excuses se rapportait à un incident où S.G.T. avait permis à A et à ses amis de boire des bouteilles de boisson alcoolique de type « panaché » lors d'une pyjama. Devant la Cour, le ministère public s'est appuyé sur cette explication pour soutenir qu'il n'était pas nécessaire de tenir un *voir-dire* sur l'admissibilité du courriel.

[87] J'estime que l'argument du ministère public sur ces diverses explications n'est pas convaincant à première vue et, de toute manière, je le rejetterais comme étant une justification après coup de l'omission du juge du procès de déterminer l'admissibilité de la lettre d'excuses au moment pertinent, à savoir lorsqu'elle a été présentée dans le cadre de la preuve du ministère public contre l'intimé.

[88] Le ministère public ne peut pas maintenant s'appuyer sur ce que le juge du procès ne pouvait pas savoir à ce moment-là — preuve produite ultérieurement par la défense — pour valider rétroactivement l'omission du juge de tenir un *voir-dire* alors qu'il était tenu de le faire au vu du dossier dont il disposait.

V

[89] Pour tous ces motifs, comme je l'ai dit au tout début, je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi et de confirmer le jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé et ordonné un nouveau procès.

Pourvoi accueilli, les juges BINNIE et FISH sont dissidents.

*Solicitor for the appellant: Ministry of Justice
and Attorney General, Regina.*

*Procureur de l'appelante : Ministère de la
Justice et du procureur général, Regina.*

*Solicitors for the respondent: McDougall
Gauley, Regina.*

*Procureurs de l'intimé : McDougall Gauley,
Regina.*

Toronto Star Newspapers Ltd., Canadian Broadcasting Corporation, Associated Press and CTV Television Inc. *Appellants/ Respondents on cross-appeal*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada and A.A. *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

F.A., S.A., Qayyum Abdul Jamal, A.M.D., S.V.C. and Ahmad Mustafa Ghany *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Alberta, N.S. (being a Young Person within the meaning of the *Youth Criminal Justice Act*), N.Y. (being a Young Person within the meaning of the *Youth Criminal Justice Act*), Canadian Civil Liberties Association, Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/ Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists and Canadian Association of Journalists *Interveners*

- and -

Canadian Broadcasting Corporation, Edmonton Journal, a Division of CanWest MediaWorks Publications Inc., CTV Television Inc. and Bell Globemedia Publishing Inc., carrying on business as The Globe and Mail *Appellants*

and

Edmonton Sun, a Division of Sun Media Corporation *Appellant*

v.

Toronto Star Newspapers Ltd., Société Radio-Canada, Associated Press et CTV Television Inc. *Appelantes/Intimées au pourvoi incident*

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada et A.A. *Intimés/Appellants au pourvoi incident*

et

F.A., S.A., Qayyum Abdul Jamal, A.M.D., S.V.C. et Ahmad Mustafa Ghany *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de l'Alberta, N.S. (un adolescent au sens de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*), N.Y. (un adolescent au sens de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*), Association canadienne des libertés civiles, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/ Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques et Association canadienne des journalistes *Intervenants*

- et -

Société Radio-Canada, Edmonton Journal, une division de CanWest MediaWorks Publications Inc., CTV Television Inc. et Bell Globemedia Publishing Inc., faisant affaire sous le nom de The Globe and Mail *Appellants*

et

Edmonton Sun, une division de Sun Media Corporation *Appelant*

c.

**Her Majesty The Queen and Michael James
White Respondents**

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,
Attorney General of Ontario and Canadian
Civil Liberties Association Interveners**

**INDEXED AS: TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. v.
CANADA**

2010 SCC 21

File Nos.: 33085, 32865.

2009: November 16; 2010: June 10.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURTS OF APPEAL FOR
ONTARIO AND ALBERTA**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Reasonable limits — Publication ban — Media organizations challenging constitutionality of statutory mandatory publication ban on bail hearing information — Whether mandatory ban justifiable infringement of freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 517.

Under s. 517 of the *Criminal Code*, a justice of the peace is required, if an accused applies for one, to order a publication ban that applies to the evidence and information produced, to the representations made at a bail hearing and to any reasons given for the order. In the context of two high profile cases — a murder case in Alberta and an Ontario case involving terrorism-related offences — a number of media organizations challenged the constitutionality of the mandatory aspect of the publication bans, contending the provision is an unjustifiable violation of freedom of expression guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the Alberta case, the media's application was allowed, but the Court of Appeal set aside that decision and upheld the constitutional validity of s. 517. The court concluded that the mandatory ban, while it infringes freedom of expression, merely defers publication and that

**Sa Majesté la Reine et Michael James
White Intimés**

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,
procureur général de l'Ontario et Association
canadienne des libertés civiles Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. c.
CANADA**

2010 CSC 21

N^{os} du greffe : 33085, 32865.

2009 : 16 novembre; 2010 : 10 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

**EN APPEL DES COURS D'APPEL DE L'ONTARIO ET
DE L'ALBERTA**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Limites raisonnables — Interdiction de publication — Médias contestant la constitutionnalité d'une interdiction impérative de publication prévue par la loi visant les renseignements produits lors d'une enquête sur remise en liberté provisoire — L'interdiction impérative constitue-t-elle une atteinte raisonnable à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 517.

L'article 517 du *Code criminel* prévoit le prononcé par un juge de paix d'une interdiction impérative de publication, sur demande d'un accusé, interdiction visant la preuve et les renseignements produits lors d'une enquête sur remise en liberté provisoire, ainsi que les observations faites et les raisons données à l'appui de l'ordonnance. Dans deux affaires médiatisées — une affaire de l'Alberta portant sur un meurtre et une affaire de l'Ontario portant sur des infractions relatives au terrorisme — un grand nombre de médias ont contesté la constitutionnalité du caractère impératif des interdictions de publication, faisant valoir que la disposition constitue une atteinte injustifiée à la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l'affaire albertaine, la demande des médias a été accueillie, mais la Cour d'appel a infirmé ce jugement et a confirmé la constitutionnalité de l'art. 517.

the values of protecting fair access to bail and the right to a fair trial were benefits which outweighed the deleterious effects of the restrictions on freedom of expression. In the Ontario case, the media's application was dismissed. The Court of Appeal, in a majority decision, allowed the media's appeal in part, finding that s. 517 was overbroad and read the provision down to exclude from the ban any cases in which the charges would not be tried by a jury. The dissenting judge would have declared the part of s. 517 relating to the mandatory ban to be invalid.

Held (Abella J. dissenting): The appeals should be dismissed and the cross-appeal in the Ontario case should be allowed. The constitutionality of s. 517 of the *Criminal Code* should be upheld.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: Whether a discretion exists to issue a publication ban is not determinative of the validity of a limit on freedom of expression. The *Dagenais/Mentuck* test was not meant to apply to all limits on freedom of expression; rather, it was designed for and applies to discretionary orders. The validity of a statutory mandatory ban, such as the one at issue, must be determined by conducting an analysis based on the *Oakes* test. Bans are sometimes necessary, and whether they are justified depends on the context. The s. 517 mandatory publication ban is but one of numerous interrelated measures adopted as part of a sweeping reform of the rules on bail resulting from the 1969 Report on criminal justice and corrections. This Report recommended new rules to protect accused persons from the effects of pre-trial incarceration and unsatisfactory conditions of detention, and to ensure that they were not punished at a time when they should be presumed innocent.

While the statutory mandatory publication ban limits freedom of expression, that limit can be justified in a free and democratic society. In adopting the various components of the bail reform and, more particularly, the mandatory ban, Parliament's objectives were to ensure expeditious bail hearings and to safeguard the right to a fair trial. These objectives, which are undeniably pressing and substantial, were to be achieved by establishing a process that facilitated early release of an accused in order to mitigate the harshness of his or

La cour a conclu que l'interdiction impérative de publication, bien qu'elle porte atteinte à la liberté d'expression, ne fait que différer la publication et que promouvoir les valeurs sous-tendant la préservation de l'accès à une libération sous caution équitable et à un procès équitable offrait des avantages surpassant les effets préjudiciables des restrictions sur la liberté d'expression. Dans l'affaire ontarienne, la demande des médias a été rejetée. La Cour d'appel, dans une décision majoritaire, a accueilli en partie l'appel interjeté par les médias, jugeant que l'art. 517 avait une portée excessive et a procédé à une lecture atténuée de la disposition de façon à exclure de l'interdiction les cas où les accusations ne seraient pas jugées devant un jury. Le juge dissident aurait invalidé le caractère impératif de l'art. 517.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Les pourvois sont rejetés et le pourvoi incident dans l'affaire ontarienne est accueilli. La constitutionnalité de l'art. 517 du *Code criminel* est confirmée.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell : Le pouvoir discrétionnaire d'ordonner une interdiction de publication n'est pas le facteur qui détermine la validité d'une limite à la liberté d'expression. Le test *Dagenais/Mentuck* n'était pas censé s'appliquer à toutes les limites à la liberté d'expression. Il était plutôt destiné à s'appliquer aux ordonnances discrétionnaires. Le juge doit décider du sort réservé aux interdictions impératives créées par la loi, comme celle qui nous occupe en l'espèce, en procédant à une analyse fondée sur le test de l'arrêt *Oakes*. L'interdiction est parfois nécessaire et sa justification dépend du contexte. L'interdiction impérative de publier prévue à l'art. 517 n'est qu'une des nombreuses mesures interdépendantes qui ont été adoptées dans le cadre de la réforme en profondeur des règles sur la mise en liberté sous caution issues du rapport de 1969 sur la justice pénale et la correction. Le rapport recommandait l'adoption de nouvelles règles visant à protéger les accusés des effets de l'incarcération avant le procès et des conditions de détention insatisfaisantes ainsi qu'à empêcher de punir les personnes présumées innocentes.

Bien que l'interdiction impérative de publication prévue par la loi limite la liberté d'expression, la justification d'une telle limite peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En adoptant les divers éléments de la réforme de la mise en liberté sous caution, et plus particulièrement, l'interdiction impérative, les objectifs du législateur consistaient à assurer la tenue rapide des enquêtes sur cautionnement et à préserver le droit à un procès équitable. L'atteinte de ces objectifs, indéniablement urgents et réels, exigeait d'établir un

her interaction with the criminal justice system, limit the stigma as far as possible, and ensure that the trier of fact remains impartial.

When asking whether the mandatory publication ban is rationally connected to the objectives, the Court must consider other measures which might be linked to or even dependent on the ban. In this case, the mechanisms in place are closely linked and a rational connection can clearly be found in the interplay between the various components of the bail reform rules. They illustrate the expeditious nature of the bail hearing and the ultimate objective of safeguarding the right to a fair trial. The ban prevents dissemination of evidence which, for the sake of ensuring an expeditious hearing, is untested for relevance or admissibility.

The mandatory publication ban also meets the requirements of the minimal impairment stage of the *Oakes* test. If a publication ban hearing were to be held instead, an additional burden would be placed on the accused at a time when he or she may be overwhelmed by the criminal process, and may not have been able to consult his or her counsel of choice. Accused should be devoting their resources and energy to obtaining their release, not to deciding whether to compromise liberty in order to avoid having evidence aired outside the courtroom. In light of the delay and the resources which a publication ban hearing would entail, and of the prejudice which could result if untested evidence were made public, it would be difficult to imagine a measure capable of achieving Parliament's objectives that would involve a more limited impairment of freedom of expression. Adding issues unrelated to the release of the accused to the bail hearing would require the consideration of matters extraneous to the bail process and could have a domino effect on other bail hearings in the same forum, thereby delaying the administration of justice. Moreover, the mandatory publication ban provided for in s. 517 is not an absolute ban either on access to the courts or on publication. The provision only prohibits the publication of evidence adduced, information given, representations made, and reasons given by the justice at a bail hearing. The media can publish the identity of the accused, comment on the facts and the offence with which the accused has been charged and for which the bail application has been made, and report on the outcome of the application. Journalists are also not prevented from informing the public of the legal conditions attached to the accused's release. The temporary nature of the ban is another important factor. The ban ends when the accused is discharged after a preliminary

mécanisme qui faciliterait la libération rapide de l'accusé afin d'atténuer la dureté de son contact avec le système de justice pénale, de limiter le plus possible la stigmatisation et de s'assurer de l'impartialité du juge des faits.

Lorsqu'on se demande si l'interdiction impérative de publication a un lien rationnel avec les objectifs, l'examen doit tenir compte d'autres mesures qui pourraient être liées à l'interdiction, voire dépendre d'elle. En l'espèce, les mécanismes en place sont intimement liés et le lien rationnel est clairement établi par la corrélation entre les divers éléments de la réforme des règles sur la mise en liberté sous caution. Ils font ressortir le caractère expéditif de l'enquête sur remise en liberté provisoire et l'objectif ultime de préserver l'équité du procès. L'interdiction empêche la dissémination des éléments de preuve qui, pour que l'audience se déroule rondement, ne sont pas contestés sur le plan de la pertinence ou de la recevabilité.

L'interdiction impérative de publication respecte également le volet de l'atteinte minimale du test de l'arrêt *Oakes*. Si une audience relative à l'interdiction devait être tenue, l'accusé se verrait imposer un fardeau additionnel au moment où il pourrait être submergé par le processus pénal et ne pas avoir consulté l'avocat de son choix. Il devrait consacrer ses ressources et son énergie à sa libération et non à décider s'il devrait compromettre sa liberté afin d'éviter que la preuve produite soit diffusée en dehors de la salle d'audience. Compte tenu des délais et des ressources engendrés par une audience relative à l'interdiction de publication, combinés au préjudice pouvant découler de la publication d'éléments de preuve qui n'ont été soumis à aucun examen, il serait difficile de concevoir une mesure qui pourrait à la fois respecter les objectifs du législateur et moins empiéter sur la liberté d'expression. Soulever à l'enquête sur remise en liberté provisoire d'autres questions qui ne sont pas liées à la libération de l'accusé reviendrait à mettre en jeu des considérations étrangères au processus de mise en liberté sous caution et risquerait de provoquer un effet domino sur d'autres demandes relatives à la mise en liberté sous caution qui sont instruites devant le même tribunal, ce qui aurait pour effet de retarder l'administration de la justice. En outre, l'interdiction impérative de publication prévue à l'art. 517 ne constitue pas une interdiction totale d'accès aux tribunaux ou de publication d'information. La disposition interdit uniquement la publication de la preuve produite, des renseignements fournis, des observations faites et des motifs exposés par le juge de paix lors d'une enquête sur remise en liberté provisoire. Les médias peuvent publier l'identité de l'accusé, formuler des commentaires sur les faits ainsi que sur l'infraction dont l'accusé a été inculpé et à l'égard de laquelle une demande de mise en liberté sous caution a été présentée.

inquiry or at the end of the trial. In essence, it applies only with respect to the bail process, and the information it covers can eventually be made public once more complete information produced in accordance with the standards applicable to criminal trials is available. Although information revealed at the bail hearing may no longer be newsworthy by the time the media can release it, the ban cannot be said to impair freedom of expression more than is necessary. The ban may make journalists' work more difficult, but it does not prevent them from conveying and commenting on basic, relevant information.

Finally, the mandatory ban has several salutary effects. The ban limits the deprivation of the accused's liberty by confining the issues at the hearing to those specifically related to bail, thereby avoiding undue delay and permitting accused persons to focus their energy and resources on their liberty interests rather than on their privacy interests. The ban also ensures that the public will not be influenced by untested, one-sided and stigmatizing information bearing on issues that are often irrelevant to guilt. The deleterious effects of the publication ban, however, should not be downplayed. The ban prevents full public access to, and full scrutiny of, the criminal justice process. Moreover, the bail hearing may attract considerable media attention and its outcome may not be fully understood by the public. In such cases, the media would be better equipped to explain the judicial process to the public if the information they could convey were not restricted. Nonetheless, on balance, the deleterious effects of the limits on the publication of information are outweighed by the need to ensure certainty and timeliness, to conserve resources, and to avert the disclosure of untested prejudicial information — in other words, to guarantee as much as possible trial fairness and fair access to bail. While not a perfect situation, the mandatory ban represents a reasonable compromise.

Per Abella J. (dissenting): The mandatory ban in s. 517 of the *Criminal Code* is not a justified infringement of freedom of expression because it does not meet the proportionality requirement between the measure's

ainsi que faire connaître l'issue de la demande. Les médias ne sont pas non plus empêchés d'informer le public des conditions légales rattachées à la mise en liberté de l'accusé. Le fait que l'interdiction soit temporaire constitue un autre facteur important. Elle prend fin à la suite de la libération à l'enquête préliminaire ou à la fin du procès. Essentiellement, l'interdiction ne concerne que le processus de mise en liberté sous caution et tous les renseignements qu'elle vise pourront en définitive être rendus publics, lorsque des renseignements plus complets produits conformément aux normes applicables aux procès criminels seront connus. Bien que les renseignements révélés à l'enquête sur remise en liberté provisoire puissent ne plus être dignes d'intérêt lorsque les médias sont autorisés à les diffuser, on ne peut prétendre que l'interdiction porte atteinte à la liberté d'expression plus que cela ne soit nécessaire. L'interdiction peut compliquer le travail des médias, mais ils ne sont pas empêchés de communiquer des renseignements élémentaires pertinents et de les commenter.

Enfin, l'interdiction impérative a plusieurs effets bénéfiques. Elle restreint l'atteinte à la liberté de l'accusé en limitant les questions durant l'enquête à ce qui est pertinent pour la mise en liberté sous caution, ce qui permet d'éviter les retards indus et permet à l'accusé de concentrer son énergie et ses ressources sur son droit à la liberté plutôt que sur son droit à la vie privée. Elle évite aussi que le public ne soit influencé par des renseignements non vérifiés, unilatéraux et stigmatisants portant sur des questions souvent non pertinentes en ce qui a trait à la culpabilité. Cependant, il ne faut pas minimiser les effets néfastes de l'interdiction de publication. Elle empêche le public d'accéder pleinement au système de justice pénale et d'en faire l'examen approfondi. Qui plus est, il se pourrait que l'audience relative au cautionnement suscite un intérêt considérable auprès des médias et que son issue ne soit pas parfaitement comprise par le public. En pareils cas, les médias seraient mieux en mesure d'expliquer le processus judiciaire au public si les renseignements qu'ils pouvaient divulguer n'étaient pas limités. Néanmoins, tout bien considéré, les effets préjudiciables des limites imposées à la publication des renseignements cèdent le pas à la nécessité d'assurer certitude et opportunité, de préserver les ressources et de prévenir la divulgation de renseignements préjudiciables non vérifiés — autrement dit, cèdent le pas à l'équité du procès et à un accès équitable à une mise en liberté sous caution. Même si la solution n'est pas parfaite, l'interdiction impérative représente un compromis raisonnable.

La juge Abella (dissidente): L'interdiction impérative prévue à l'art. 517 du *Code criminel* constitue une atteinte injustifiée à la liberté d'expression parce qu'elle ne satisfait pas au critère de la proportionnalité entre ses

deleterious and salutary effects. The appropriate remedy is to sever the mandatory aspect of s. 517 and leave in place the discretion to order a publication ban.

Preventing disclosure of a judge's reasons and of any information at a bail hearing until the trial is complete, a chronology which can take years to unfold, has the effect, for all but the handful of people who are present in the courtroom, of denying access to information surrounding a key aspect of the criminal justice system — the decision whether or not to release an accused back into the community pending his or her trial. This denial is a profound interference with the open court principle. The harm of that interference is not outweighed by the benefits of a mandatory ban — the reduction in pre-trial publicity and delay. Each of these concerns can largely be attenuated, and neither is sufficiently significant to represent a serious infringement of fair trial rights. Remedies such as a partial ban, challenges for cause, or a change of venue if there is a sufficient risk of prejudice can address speculative concerns over pre-trial publicity, and the ability of a properly instructed jury in a criminal trial to disregard irrelevant evidence should also be taken into account. Moreover, in the absence of automatic notice to the media, to which they are not entitled, there will be, in the overwhelming number of cases, no undue delay caused by a discretionary ban. Those few cases where the media is most likely to contest a ban are those which have a higher profile. However, the desirability of a universal mandatory ban should not be judged on its effectiveness for a small percentage of cases.

Public confidence in the justice system requires relevant information delivered in a timely way. A mandatory ban on the evidence heard and the reasons given in a bail application is a ban on the information when it is of most concern and interest to the public. Restrictions on the release of such information are only justified if their benefits outweigh their detrimental impact. Given that the salutary effects of the ban under s. 517 are not proportional to the harmful effects flowing from the infringement of the open court principle, the mandatory aspect of s. 517 should be struck out.

effets préjudiciables et ses effets bénéfiques. La réparation appropriée consiste à retrancher l'élément impératif de l'art. 517, tout en laissant intact le pouvoir discrétionnaire d'imposer une interdiction de publication.

L'interdiction de divulguer les motifs du juge et tout renseignement obtenu dans le cadre de l'enquête sur la remise en liberté provisoire avant que le procès soit terminé, ce qui peut prendre des années, empêche quiconque, mis à part la poignée de personnes présentes dans la salle d'audience, d'avoir accès aux renseignements qui touchent un aspect essentiel du système de justice criminelle — soit la décision de relâcher ou non l'accusé dans la collectivité jusqu'à son procès. Il s'agit là d'une atteinte grave au principe de la publicité des débats judiciaires. Le préjudice découlant de cette atteinte l'emporte sur les avantages d'une interdiction impérative — la réduction du délai et de la publicité donnée à l'affaire avant le procès. Les retards et cette publicité peuvent être atténués en grande partie et ne portent pas une atteinte suffisamment grave aux droits à un procès équitable. Des mesures telles que l'interdiction partielle de publication, la récusation motivée ou le changement du lieu du procès si le risque de préjudice le justifie offrent des solutions aux problèmes hypothétiques liés à la publicité avant le procès. Il faut aussi prendre en compte la capacité d'un jury ayant reçu des directives appropriées à écarter les éléments de preuve non pertinents. En outre, comme les médias ne reçoivent pas de préavis automatique, et n'y ont d'ailleurs pas droit, une interdiction discrétionnaire ne causera aucun retard indu dans la très grande majorité des cas. De plus, les cas où les médias sont le plus susceptibles de contester l'interdiction sont les quelques rares cas qui connaissent une très grande notoriété. Or, il ne faut pas juger de l'opportunité d'une interdiction impérative universelle sur la base de son efficacité dans une faible proportion des cas.

La confiance du public dans le système de justice commande que les renseignements pertinents lui soient communiqués en temps opportun. L'interdiction impérative de communiquer la preuve présentée et les motifs donnés dans le cadre d'une demande de remise en liberté provisoire empêche la diffusion de renseignements à un moment où ils sont d'une importance et d'un intérêt considérables pour le public. Une restriction à la communication de ces renseignements ne saurait se justifier que lorsque les avantages qui en découlent l'emportent sur ses effets préjudiciables. Puisque les effets bénéfiques de l'interdiction prévue à l'art. 517 ne sont pas proportionnés aux effets préjudiciables du non-respect du principe de la publicité des débats judiciaires, les termes de l'art. 517 qui lui confèrent son caractère impératif devraient être supprimés.

Cases Cited

By Deschamps J.

Referred to: *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 44 O.R. (2d) 609; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *R. v. Jevons*, 2008 ONCJ 559, [2008] O.J. No. 4397 (QL); *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

By Abella J. (dissenting)

Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General), [1989] 2 S.C.R. 1326; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *R. v. White*, 2005 ABCA 435, 56 Alta. L.R. (4th) 255.

Statutes and Regulations Cited

Bail Reform Act, S.C. 1970-71-72, c. 37.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 11(e).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 503(1)(a), 515, 516(1), 517, 518, 520, 539.

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 44 O.R. (2d) 609; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *R. c. Jevons*, 2008 ONCJ 559, [2008] O.J. No. 4397 (QL); *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général), [1989] 2 R.C.S. 1326; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *R. c. White*, 2005 ABCA 435, 56 Alta. L.R. (4th) 255.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2(b), 11(e).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 503(1)(a), 515, 516(1), 517, 518, 520, 539.
Loi sur la réforme du cautionnement, S.C. 1970-71-72, ch. 37.

Authors Cited

- Barak, Aharon. "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
- Canada. Committee on Corrections. *Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 28th Parl., February 5, 1971, pp. 3113-14.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 11, 1st Sess., 28th Parl., March 18, 1969, pp. 501-2.
- Friedland, Martin L. *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*. Toronto: University of Toronto Press, 1965.
- Mirfield, Peter. "The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434.
- Ontario. Royal Commission. *Inquiry into Civil Rights*. Toronto: Queen's Printer, 1968.
- Pink, Joel E., and David C. Perrier, eds. *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 6th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.
- Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 1999.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Rosenberg, Feldman, Simmons and Juriansz J.J.A.), 2009 ONCA 59, 94 O.R. (3d) 82, 239 C.C.C. (3d) 437, 302 D.L.R. (4th) 385, 245 O.A.C. 291, [2009] O.J. No. 288 (QL), 2009 CarswellOnt 301, setting aside in part a decision of Durno J. (2007), 84 O.R. (3d) 766, 2007 CarswellOnt 1224, 2007 CanLII 6249, upholding the constitutionality of s. 517 of the *Criminal Code*. Appeal dismissed and cross-appeal allowed, Abella J. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Conrad, Ritter and Slatter J.J.A.), 2008 ABCA 294, 93 Alta. L.R. (4th) 239, [2008] 10 W.W.R. 588, 437 A.R. 130, 433 W.A.C. 130, 236 C.C.C. (3d) 204, 298 D.L.R. (4th) 659, 179 C.R.R. (2d) 227, [2008] A.J. No. 956 (QL), 2008 CarswellAlta 1158, setting aside a decision of Brooker J., 2007 ABQB 359, 77 Alta. L.R. (4th) 98, 221 C.C.C. (3d) 393, [2007] 10 W.W.R. 250, 48 C.R. (6th) 300, 158 C.R.R. (2d) 270, 420 A.R. 1, [2007] A.J. No. 608 (QL), 2007 CarswellAlta 774,

Doctrine citée

- Barak, Aharon. « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, n° 11, 1^{re} sess., 28^e lég., 18 mars 1969, p. 501-502.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3^e sess., 28^e lég., 5 février 1971, p. 3113-3114.
- Canada. Comité de la réforme pénale et correctionnelle. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1969.
- Friedland, Martin L. *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*. Toronto : University of Toronto Press, 1965.
- Mirfield, Peter. « The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute » (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434.
- Ontario. Royal Commission. *Inquiry into Civil Rights*. Toronto : Queen's Printer, 1968.
- Pink, Joel E., and David C. Perrier, eds. *From Crime to Punishment : An Introduction to the Criminal Law System*, 6th ed. Toronto : Thomson/Carswell, 2007.
- Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 1999.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Rosenberg, Feldman, Simmons et Juriansz), 2009 ONCA 59, 94 O.R. (3d) 82, 239 C.C.C. (3d) 437, 302 D.L.R. (4th) 385, 245 O.A.C. 291, [2009] O.J. No. 288 (QL), 2009 CarswellOnt 301, qui a annulé en partie la décision du juge Durno (2007), 84 O.R. (3d) 766, 2007 CarswellOnt 1224, 2007 CanLII 6249, confirmant la validité constitutionnelle de l'art. 517 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli, la juge Abella est dissidente.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Conrad, Ritter et Slatter), 2008 ABCA 294, 93 Alta. L.R. (4th) 239, [2008] 10 W.W.R. 588, 437 A.R. 130, 433 W.A.C. 130, 236 C.C.C. (3d) 204, 298 D.L.R. (4th) 659, 179 C.R.R. (2d) 227, [2008] A.J. No. 956 (QL), 2008 CarswellAlta 1158, qui a infirmé une décision du juge Brooker, 2007 ABQB 359, 77 Alta. L.R. (4th) 98, 221 C.C.C. (3d) 393, [2007] 10 W.W.R. 250, 48 C.R. (6th) 300, 158 C.R.R. (2d) 270, 420 A.R. 1, [2007] A.J. No. 608 (QL), 2007 CarswellAlta 774,

declaring s. 517 of the *Criminal Code* unconstitutional. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

Paul B. Schabas and *Ryder Gilliland*, for the appellants/respondents on cross-appeal Toronto Star Newspapers Ltd. et al.

Frederick S. Kozak, Q.C., and *Matthew A. Woodley*, for the appellants Canadian Broadcasting Corporation et al.

Barry Zalmanowitz, Q.C., and *Peter D. Banks*, for the appellant Edmonton Sun, a Division of Sun Media Corporation.

John North and *Steve Coroza*, for the respondent/appellant on cross-appeal Her Majesty The Queen in Right of Canada and for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

John Norris and *Breese Davies*, for the respondent/appellant on cross-appeal A.A.

Dennis Edney and *Raymond Motee*, for the respondent F.A.

Peter G. Martin, for the respondent S.A.

Anser Farooq, for the respondent Qayyum Abdul Jamal.

Rocco Galati, for the respondents A.M.D. and Ahmad Mustafa Ghany.

Delmar Doucette and *Michael Moon*, for the respondent S.V.C.

Jolaine Antonio, for the respondent Her Majesty The Queen and for the intervener the Attorney General of Alberta.

Lauren Garcia and *Kirk Starkie*, for the respondent Michael James White.

M. David Lepofsky, *Peter Scrutton* and *Daniel Guttman*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Christopher Hicks and *Catriona Verner*, for the interveners N.S. and N.Y.

déclarant l'art. 517 du *Code criminel* inconstitutionnel. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

Paul B. Schabas et *Ryder Gilliland*, pour les appelantes/intimées au pourvoi incident Toronto Star Newspapers Ltd. et autres.

Frederick S. Kozak, c.r., et *Matthew A. Woodley*, pour les appelants la Société Radio-Canada et autres.

Barry Zalmanowitz, c.r., et *Peter D. Banks*, pour l'appelant Edmonton Sun, une division de Sun Media Corporation.

John North et *Steve Coroza*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Sa Majesté la Reine du chef du Canada et pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada.

John Norris et *Breese Davies*, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident A.A.

Dennis Edney et *Raymond Motee*, pour l'intimé F.A.

Peter G. Martin, pour l'intimé S.A.

Anser Farooq, pour l'intimé Qayyum Abdul Jamal.

Rocco Galati, pour les intimés A.M.D. et Ahmad Mustafa Ghany.

Delmar Doucette et *Michael Moon*, pour l'intimé S.V.C.

Jolaine Antonio, pour l'intimée Sa Majesté la Reine et pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Lauren Garcia et *Kirk Starkie*, pour l'intimé Michael James White.

M. David Lepofsky, *Peter Scrutton* et *Daniel Guttman*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Christopher Hicks et *Catriona Verner*, pour les intervenants N.S. et N.Y.

Jonathan C. Lisus and Alexi N. Wood, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Daniel W. Burnett, for the interveners the Canadian Newspaper Association et al.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — Upholding the rights of Canadian citizens by fostering trial fairness and safeguarding liberty interests is central to the criminal justice process. At the same time, access to the courts is central to a democratic society; it is a means to protect against arbitrary state action. Access to the courts is grounded in freedom of expression. Trial fairness and liberty interests must not clash with freedom of expression. They can be reconciled.

[2] A number of media organizations are urging this Court to find that s. 517 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), unjustifiably violates the freedom of expression guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Under this provision, a justice of the peace or provincial court judge (a “justice”) is required, if an accused applies for one, to order a publication ban that applies to the evidence and information produced, and representations made, at a bail hearing and to any reasons given for the order. There is no question that this order limits freedom of expression. Section 517 states:

517. (1) If the prosecutor or the accused intends to show cause under section 515, he or she shall so state to the justice and the justice may, and shall on application by the accused, before or at any time during the course of the proceedings under that section, make an order directing that the evidence taken, the information given or the representations made and the reasons, if any, given or to be given by the justice shall not be published in any document, or broadcast or transmitted in any way before such time as

Jonathan C. Lisus et Alexi N. Wood, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Daniel W. Burnett, pour les intervenantes l’Association canadienne des journaux et autres.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Défendre les droits des citoyens canadiens en favorisant l’équité du procès et en protégeant le droit à la liberté est au cœur du processus de justice pénale. Par ailleurs, l’accès aux cours de justice est primordial dans une société démocratique; c’est un rempart contre l’arbitraire de l’État. L’accès aux tribunaux trouve son origine dans la liberté d’expression. Les droits à l’équité du procès et à la liberté ne doivent pas se heurter à la liberté d’expression. Il est possible de les concilier.

[2] Un grand nombre de médias exhortent la Cour à conclure que l’art. 517 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), porte atteinte de façon injustifiable à la liberté d’expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cet article prévoit qu’un juge de paix ou un juge d’une cour provinciale (un « juge ») prononce une interdiction impérative de publication, sur demande d’un accusé, interdiction visant la preuve et les renseignements produits lors d’une enquête sur remise en liberté provisoire, ainsi que les observations faites et les raisons données à l’appui de l’ordonnance. Il ne fait aucun doute qu’une telle ordonnance limite la liberté d’expression. Voici ce que prévoit l’art. 517 :

517. (1) Si le poursuivant ou le prévenu déclare son intention de faire valoir des motifs justificatifs aux termes de l’article 515 au juge de paix, celui-ci peut et doit, sur demande du prévenu, avant le début des procédures engagées en vertu de cet article ou à tout moment au cours de celles-ci, rendre une ordonnance enjoignant que la preuve recueillie, les renseignements fournis ou les observations faites et, le cas échéant, les raisons données ou devant être données par le juge de paix, ne soient ni publiés ni diffusés de quelque façon que ce soit :

(a) if a preliminary inquiry is held, the accused in respect of whom the proceedings are held is discharged; or

(b) if the accused in respect of whom the proceedings are held is tried or ordered to stand trial, the trial is ended.

a) si une enquête préliminaire est tenue, tant que le prévenu auquel se rapportent les procédures n'aura pas été libéré;

b) si le prévenu auquel se rapportent les procédures subit son procès ou est renvoyé pour subir son procès, tant que le procès n'aura pas pris fin.

The issue is whether that limit can be justified in a free and democratic society. For the reasons that follow, I conclude that the statutory mandatory publication ban is justified. These reasons apply to the two cases at bar, which were heard concurrently. I would dismiss the appeal and allow the cross-appeal in the Ontario case and dismiss the appeal in the Alberta case.

[3] Context is the key to understanding the scope and impact of a limit on a *Charter* right. As this Court said in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, “[t]he analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses” (para. 87). To properly assess the challenge raised by the appeals, it will be necessary to consider the historical and legislative context of the enactment of the interim release provisions found in the *Criminal Code*. I will then review the limits on freedom of expression in the criminal law context before discussing the issue of justification under the *Oakes* framework. The appellants argued these appeals on the basis of two different sets of facts that, in their view, demonstrate the need to promote openness in the context of the interim release provisions. I will thus begin by briefly setting out the facts in these two cases.

Il s'agit de déterminer si la justification d'une telle limite peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'interdiction impérative de publication prévue par la loi est justifiée. Les présents motifs s'appliquent aux deux affaires entendues simultanément, dont l'intitulé figure ci-dessus. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accueillir le pourvoi incident dans l'affaire ontarienne et de rejeter le pourvoi dans l'affaire albertaine.

[3] Le contexte est déterminant pour comprendre la portée d'une limite et son incidence sur les droits garantis par la *Charte*. Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, « [l']analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause » (par. 87). Afin d'apprécier convenablement la contestation soulevée dans le cadre des pourvois, il faudra examiner le contexte historique et législatif dans lequel s'inscrit l'adoption des dispositions relatives à la mise en liberté provisoire qui figurent dans le *Code criminel*. J'examinerai ensuite les limites à la liberté d'expression en droit pénal avant de me pencher sur leur justification conformément au cadre analytique établi dans l'arrêt *Oakes*. Les appelants ont fondé leur contestation sur deux situations différentes qui, selon eux, démontrent la nécessité de favoriser l'accès aux tribunaux dans le contexte de l'application des dispositions relatives à la mise en liberté provisoire. Je vais donc exposer brièvement les faits de ces deux affaires.

I. Facts and Judicial History

A. *The Alberta Case*

[4] Michael White was charged with the murder of his wife in Alberta. He was granted bail by Brooker J. of the Alberta Court of Queen's Bench on October 7, 2005, and a publication ban was ordered pursuant to s. 517 *Cr. C.* According to the appellants, Mr. White's release provoked public outrage. The constitutionality of the ban was then challenged successfully in the Court of Queen's Bench (2007 ABQB 359, 77 Alta. L.R. (4th) 98). Brooker J. found that the legislative objective underlying the ban was to protect the right of the accused to a fair trial before an impartial jury, and that reason and logic alone were insufficient to establish a rational connection between the ban and this objective. He went on to find that the means also failed to meet the minimal impairment test.

[5] The Alberta Court of Appeal reversed Brooker J.'s decision (2008 ABCA 294, 93 Alta. L.R. (4th) 239). Slatter J.A., writing for a unanimous court, concluded that a s. 517 ban merely defers publication and that the values of protecting fair access to bail and the right to a fair trial were benefits that outweighed the deleterious effects of the restrictions.

B. *The Ontario Case*

[6] On June 2, 2006, twelve adults and five young persons were charged with various terrorism-related offences under the *Criminal Code*. The arrests attracted massive media attention between June 3 and June 12, 2006. One of the accused applied for a publication ban, while some of the others opposed it.

[7] On June 12, 2006, Justice of the Peace Currie ordered a ban. The appellants moved to quash the order. Durno J. of the Ontario Superior Court of Justice dismissed their application, holding that if one accused seeks a ban under s. 517, the order applies to all his or her co-accused ((2006), 211 C.C.C. (3d) 234, at para. 101). Some of the accused

I. Faits et décisions antérieures

A. *L'affaire albertaine*

[4] Michael White a été accusé du meurtre de son épouse en Alberta. Le 7 octobre 2005, le juge Brooker, de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, l'a libéré sous caution et a rendu une ordonnance de non-publication en vertu de l'art. 517 *C. cr.* Selon les appelants, la libération de M. White a soulevé un tollé. Par la suite, la constitutionnalité de l'interdiction a été contestée avec succès devant la Cour du Banc de la Reine (2007 ABQB 359, 77 Alta. L.R. (4th) 98). Le juge Brooker a conclu que l'interdiction visait à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable devant un jury impartial et que la raison et la logique étaient insuffisantes pour établir un lien rationnel entre l'interdiction et son objectif. Il a ensuite conclu que le moyen choisi ne satisfaisait pas au critère de l'atteinte minimale.

[5] La Cour d'appel a infirmé ce jugement (2008 ABCA 294, 93 Alta. L.R. (4th) 239). Dans une décision unanime, le juge Slatter a conclu que l'interdiction visée à l'art. 517 ne fait que différer la publication et que promouvoir les valeurs sous-tendant la préservation de l'accès à une libération sous caution équitable et à un procès équitable offrait des avantages surpassant les effets préjudiciables des restrictions.

B. *L'affaire ontarienne*

[6] Le 2 juin 2006, douze adultes et cinq adolescents ont été accusés de diverses infractions relatives au terrorisme prévues au *Code criminel*. Entre le 3 et le 12 juin 2006, les arrestations ont fait l'objet d'une grande couverture médiatique. Un des accusés a demandé une ordonnance de non-publication, certains des autres s'y sont opposés.

[7] Le 12 juin 2006, le juge de paix Currie a rendu une ordonnance de non-publication. Les appelants ont demandé l'annulation de l'ordonnance. Le juge Durno de la Cour supérieure de l'Ontario a rejeté la demande et a statué que si un accusé sollicite une interdiction en application de l'art. 517, l'ordonnance s'applique à tous les accusés

were released pending their trial, while others remained in custody. The appellants and two of the accused challenged the constitutionality of s. 517. Durno J., finding that he was bound by the decision in *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 44 O.R. (2d) 609 (C.A.), held that s. 517 does not infringe the *Charter* ((2007) 84 O.R. (3d) 766, at para. 48).

[8] On appeal, Feldman J.A., writing for the majority of the Ontario Court of Appeal (Laskin and Simmons J.J.A. concurring), found that s. 517 was overbroad (2009 ONCA 59, 94 O.R. (3d) 82, at para. 159). She held that the objective of the provision — to safeguard the right to a fair trial by averting jury bias by means of a ban on the publication of prejudicial information — was pressing and substantial and that the ban was rationally connected to the objective. However, she concluded that, as drafted, the provision did not meet the minimal impairment test, because it applied to bail hearings in respect of all charges regardless of the mode of trial. As a remedy, Feldman J.A. read s. 517 down to exclude from the ban any cases in which the charges would not be tried by a jury. Rosenberg J.A., dissenting (Juriansz J.A. concurring), would have declared the part of s. 517 relating to the mandatory ban to be invalid on the basis that it did not meet the requirement of proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measure. The appellants ask this Court to adopt the view of the dissent, while the respondents cross-appeal, arguing that the provision is valid.

II. Historical and Legislative Context

[9] Bail was developed in early English law not as a means to further the liberty interest of the accused but as a response to the deplorable conditions of jails: inmates in pre-trial detention died awaiting their trials. To avoid this, accused persons who were not at risk of failing to appear at trial

((2006), 211 C.C.C. (3d) 234, par. 101). Certains des accusés ont été libérés en attendant leur procès, d'autres sont restés en détention. Les appelants et deux accusés ont contesté la constitutionnalité de l'art. 517. Le juge Durno, ayant statué qu'il était lié par l'arrêt *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 44 O.R. (2d) 609 (C.A.), a conclu que l'art. 517 n'enfreint pas la *Charte* ((2007), 84 O.R. (3d) 766, par. 48).

[8] En appel, la juge Feldman, s'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin et Simmons ont souscrit à ses motifs), a conclu que l'art. 517 avait une portée excessive (2009 ONCA 59, 94 O.R. (3d) 82, par. 159). Elle a jugé que l'objectif visé par la disposition — soit de garantir la tenue d'un procès équitable en empêchant la contamination du jury par la publication de renseignements préjudiciables — constituait un objectif urgent et réel avec lequel l'interdiction avait un lien rationnel. Cependant, elle a conclu que, dans son libellé actuel, la disposition ne satisfaisait pas au critère de l'atteinte minimale, puisqu'il s'applique aux audiences relatives à la mise en liberté sous caution en ce qui concerne toutes les accusations, indépendamment du mode d'instruction. Comme mesure de redressement, la juge Feldman a procédé à une lecture atténuée de l'art. 517 de façon à exclure de l'interdiction les cas où les accusations ne seraient pas jugées devant un jury. Le juge Rosenberg, dissident (le juge Juriansz a souscrit à ses motifs), aurait invalidé le caractère impératif de l'art. 517 jugeant qu'il ne respectait pas l'exigence de proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la mesure. Les appelants demandent à la Cour de confirmer la dissidence tandis que les intimés interjettent un pourvoi incident, faisant valoir que la disposition est valide.

II. Contexte historique et législatif

[9] La mise en liberté sous caution a été instaurée par le droit anglais ancien, non pas comme moyen de favoriser le droit à la liberté de l'accusé, mais en raison des conditions déplorables de détention : certains détenus mouraient en attendant leur procès. Afin d'éviter de tels dénouements tragiques,

were released on bail. Factors such as the seriousness of the offence, the likelihood that the accused was guilty and the status of the accused were seen as indicators of the likelihood that the accused would appear at trial. In Canada, too, the likelihood of attendance at trial was initially the predominant consideration. However, additional factors subsequently came to be developed, such as the need to protect the public from repeat offenders. The process for granting bail remained quite informal and discretionary until the middle of the 20th century (G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 3-9).

[10] Disturbing data then emerged from an empirical study by Prof. Martin Friedland that was published in 1965 (*Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*). Friedland observed that the existing procedures resulted in the detention of many individuals whose attendance could have been secured by less restrictive means. In addition, he noted a relationship between pre-trial detention, conviction and custodial sentences. This study prompted a re-examination of the rules on bail by the Ontario Royal Commission (*Inquiry into Civil Rights* (1968)) and by the Canadian Committee on Corrections (*Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (1969) ("Ouimet Report")).

[11] The authors of the Ouimet Report found that considerations other than ensuring the attendance of the accused at trial were relevant to the decision whether to order interim release. They stated, as a guiding proposition, that "[t]he basic purposes of the criminal law should be carried out with no more interference with the freedom of individuals than is necessary" (p. 11). The Report's authors noted that the initial period after an arrest is determinative. Pre-trial incarceration could lead to loss of employment and make it impossible for accused persons to fulfill their family obligations, thereby weakening their family and social ties. The authors observed that the conditions of detention were unsatisfactory.

les accusés qui n'étaient pas susceptibles de ne pas comparaître au procès étaient libérés sous caution. Des facteurs comme la gravité de l'infraction, la probabilité de la culpabilité et le statut de l'accusé étaient considérés comme des indices de probabilité de la présence de l'accusé à son procès. Au Canada, la probabilité de la présence au procès était aussi, à l'origine, la considération première. Cependant, d'autres facteurs ont également vu le jour, comme la nécessité de protéger le public des récidivistes. Le processus de mise en liberté sous caution est demeuré très informel et discrétionnaire jusqu'au milieu du XX^e siècle (G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (2^e éd. 1999), p. 3-9).

[10] À l'époque, une étude empirique, menée par le professeur Martin Friedland et publiée en 1965 (*Detention before Trial : A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*), a révélé des faits troublants. En effet, le professeur Friedland a constaté que les procédures en vigueur entraînaient la détention de nombreuses personnes dont la présence aurait pu être garantie par des moyens moins contraignants. De plus, il a fait remarquer qu'il existait un lien entre la détention avant le procès, la déclaration de culpabilité et la peine d'emprisonnement. Cette étude a conduit la Commission royale d'enquête de l'Ontario (*Inquiry into Civil Rights* (1968)) et le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle (*Justice pénale et correction : un lien à forger* (1969) (« rapport Ouimet »)) à réexaminer les règles en matière de mise en liberté sous caution.

[11] Les auteurs du rapport Ouimet ont conclu que des considérations autres que la présence de l'accusé à son procès sont pertinentes pour décider d'ordonner ou non la mise en liberté provisoire. Les auteurs ont défini comme principe directeur que « [l]es objets fondamentaux du droit pénal doivent se réaliser sans empiéter plus qu'il n'est nécessaire sur la liberté des individus » (p. 11). Ils ont constaté que la période suivant l'arrestation est déterminante. L'incarcération avant le procès peut entraîner la perte d'un emploi, empêchant ainsi l'accusé de s'acquitter de ses obligations familiales, et affaiblissant de ce fait ses liens familiaux et sociaux. Ils ont remarqué que les conditions de détention étaient

In addition, although they were careful in weighing the statistical evidence, they relied on it to conclude that pre-trial custody had a negative impact on the chances of acquittal. In their opinion, it was almost obvious that how an accused was treated between arraignment and trial had an impact on the corrective measures that would be called for if the accused were convicted. They accepted that incarceration could result in a permanent stigma, even if the accused were eventually acquitted. Moreover, they were of the view that the release of accused persons until trial was intended to ensure that individuals were not being punished at a time when they should be presumed innocent. From a human rights perspective, the authors considered it clear that an accused should not be incarcerated while awaiting trial unless the protection of society made it necessary to do so.

[12] In light of their findings, the authors of the Ouimet Report made a number of recommendations, including that police officers be allowed to release accused persons pending their appearance before a justice, that the onus be placed on the prosecution to justify detention, that flexible rules be adopted to ensure early bail hearings, that provision be made for a publication ban at the request of the accused and that, in a case in which an accused was not represented by counsel, the justice be required to inform the accused of the right to a ban. Finally, one of the most important features of the proposed reform was that limited grounds for refusing interim release were identified. Under reformed rules, the authors said, release should be the rule and custody the exception.

[13] The Ouimet Report stressed the right to a fair trial and the need to implement new rules to facilitate the early release of the accused whenever that was appropriate. As can be seen from the subsequent amendments to the *Criminal Code (Bail Reform Act, S.C. 1970-71-72, c. 37)*, which were enacted almost immediately after the release of the Ouimet Report, the government embraced most of the Report's recommendations. In brief, the amendments required that an arrested person

insatisfaisantes. En outre, tout en faisant preuve de prudence, ils se sont appuyés sur la preuve statistique pour conclure que la détention avant le procès diminuait les chances d'acquittal. Ils ont jugé qu'il était quasi évident que le traitement d'un suspect entre l'interpellation et le procès avait une incidence sur les mesures correctives qui s'imposent en cas de déclaration de culpabilité. Ils ont reconnu que l'incarcération pouvait engendrer un stigmate permanent, même si l'accusé est finalement acquitté. De plus, ils étaient d'avis que la libération de l'accusé jusqu'à son procès empêchait de punir les personnes présumées innocentes. Du point de vue des droits de la personne, il était évident aux yeux des auteurs du rapport qu'un accusé ne devrait pas être incarcéré en attendant son procès, sauf si cela s'avérait nécessaire pour protéger la société.

[12] Compte tenu de ces conclusions, les auteurs du rapport Ouimet ont formulé de nombreuses recommandations, notamment : permettre aux policiers de libérer les contrevenants en attendant leur comparution devant un juge de paix, faire peser sur la poursuite le fardeau de justifier la détention, adopter des règles souples afin d'assurer la tenue rapide des enquêtes sur remise en liberté, rendre une ordonnance de non-publication à la demande de l'accusé et, dans les cas où l'accusé n'est pas représenté, imposer au juge de paix l'obligation d'informer l'accusé de son droit de solliciter une interdiction. Enfin, l'un des éléments les plus importants de la réforme proposée était l'identification de motifs restreints de refuser la mise en liberté provisoire. Pour les auteurs, les nouvelles règles devaient prévoir que la libération est la règle, et la détention l'exception.

[13] Le rapport Ouimet a mis l'accent sur le droit à un procès équitable et sur la nécessité d'adopter de nouvelles règles afin de faciliter, si besoin est, la libération rapide de l'accusé. Tel qu'il appert des modifications apportées au *Code criminel (Loi sur la réforme du cautionnement, S.C. 1970-71-72, ch. 37)* presque immédiatement après la publication du rapport Ouimet, le gouvernement a entériné la plupart des recommandations qui y étaient formulées. En résumé, les modifications prévoyaient que

be brought before a justice without unreasonable delay and that the person be released unless the Crown showed cause for ongoing detention. Only limited grounds were available for denying release, and the Crown was responsible for gathering any evidence it intended to produce at the bail hearing. Also, a mandatory publication ban would have to be ordered if requested by the accused. The new legislation was promoted as protecting individual rights. John Turner, the then Minister of Justice, declared in the House of Commons:

I said that as soon as we could, I intended to turn once again along the road of law reform and continuing enhancement and protection of civil liberties. . . . This bill is directed at making that first contact between citizens and the criminal judicial process less abrasive.

(*House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 28th Parl., February 5, 1971, at pp. 3113-14)

[14] The reform of the rules governing interim release was implemented long before the *Charter* but foreshadowed the period of consciousness of individual rights. The purpose of the new rules was to avoid alienating accused persons without exposing society to undue risks. Today, the constitutional right to bail is not just an element of the protection against arbitrary detention, but is also explicitly recognized in s. 11(e) of the *Charter*. The protection is both procedural and substantive in that not only is reasonable bail guaranteed, but the cause for the denial of bail must be just. Hence, as I will discuss below, the bail process is inextricably linked to the right to bail itself.

III. Publication Bans in the Criminal Law Context

[15] As La Forest J. stated in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney*

le détenu devait être amené devant un juge sans délai déraisonnable et qu'il devait être remis en liberté à moins que le ministère public ne justifie le maintien de sa détention. Cette remise en liberté ne pouvait être refusée que pour des motifs limités, et il incombait au ministère public de recueillir les éléments de preuve dont il entendait se servir lors de l'enquête sur remise en liberté provisoire. De plus, les nouvelles règles prévoyaient que, à la demande de l'accusé, le juge devait prononcer une ordonnance impérative de non-publication. Les nouvelles dispositions législatives ont été présentées en mettant de l'avant leur rôle de protection des droits individuels. Le ministre de la Justice de l'époque, John Turner, a déclaré ce qui suit devant la Chambre des communes :

J'ai alors dit que, dès que nous le pourrions, je comptais revenir sur la voie de la réforme de la loi et continuer à rehausser et à protéger les libertés civiles. [. . .] Ce bill vise à rendre moins rudes les premiers contacts entre les citoyens et l'appareil judiciaire.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3^e sess., 28^e lég., 5 février 1971, p. 3113-3114)

[14] La réforme des règles régissant la mise en liberté provisoire présageait l'ère nouvelle de prise de conscience des droits individuels. Adoptée bien avant la *Charte*, cette réforme visait à empêcher l'aliénation des accusés sans exposer la société à des risques indus. Aujourd'hui, le droit constitutionnel à la mise en liberté sous caution est non seulement un élément de la protection contre la détention arbitraire, mais il est également expressément reconnu à l'al. 11e) de la *Charte*. Cette protection porte à la fois sur la forme et sur le fond étant donné que, non seulement le droit à un cautionnement raisonnable est garanti, mais le motif pour refuser la mise en liberté sous caution doit en outre être équitable. Ainsi, comme j'en discuterai ultérieurement, le processus de mise en liberté sous caution est inextricablement lié au droit à la mise en liberté sous caution lui-même.

III. L'interdiction de publication en droit pénal

[15] Comme le juge La Forest l'a affirmé dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-*

General), [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 23, “[o]penness permits public access to information about the courts, which in turn permits the public to discuss and put forward opinions and criticisms of court practices and proceedings.” A publication ban therefore infringes freedom of expression. However, it should not be concluded that there is a conflict between freedom of expression and the rights of the accused. The “clash model” was rejected in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 882 *et seq.*, in which Lamer C.J. stated that, rather than giving one right priority over the other, the Court must engage in a balancing exercise that takes into account the salutary and deleterious effects of the measure and any alternatives. In *Dagenais*, because the objection of the accused related to trial fairness in the context of adverse pre-trial publicity (p. 879), the Court focussed on that concern. However, it soon became clear that the analytical framework could not be limited to that context. In *New Brunswick* (at para. 69), La Forest J., writing for a unanimous Court, recognized that the interest of the proper administration of justice could justify banning the press from the courtroom for a limited time. The Court found that the discretion conferred on the judge to assess the specific circumstances of each individual case was crucial to the analysis of the validity of the challenged provision. Then, in *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442, the Court applied the balancing test to another aspect of the proper administration of justice. Iacobucci J. stressed that while *Dagenais* was the starting point of the analysis, a publication ban could involve a broad range of objectives:

However, the common law rule under which the trial judge considered the publication ban in this case is broader than its specific application in *Dagenais*. The rule can accommodate orders that must occasionally be made in the interests of the administration of justice, which encompass more than fair trial rights. [para. 31]

Brunswick (Procureur général), [1996] 3 R.C.S. 480, au par. 23, « [g]râce à ce principe, le public a accès à l’information concernant les tribunaux, ce qui lui permet ensuite de discuter des pratiques des tribunaux et des procédures qui s’y déroulent, et d’émettre des opinions et des critiques à cet égard. » Une interdiction de publication porte donc nécessairement atteinte à la liberté d’expression. Toutefois, il ne faut pas en conclure que la liberté d’expression et les droits de l’accusé entrent en conflit. Ce « modèle du conflit » a d’ailleurs été rejeté par l’arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 (p. 882 et suiv.), dans lequel le juge en chef Lamer a dit qu’il fallait procéder à un exercice de mise en balance en tenant compte des avantages, du préjudice et des mesures de rechange, plutôt que de faire passer un droit devant un autre. Puisque l’objection formulée par les accusés était liée au souci d’équité du procès relativement à une publicité défavorable avant le procès (p. 879), l’arrêt *Dagenais* était axé sur cette préoccupation. Cependant, il est vite devenu évident que le cadre analytique ne pouvait se limiter à examiner ce contexte précis. Dans l’arrêt *Nouveau-Brunswick* (par. 69), décision unanime, le juge La Forest, a reconnu que, dans l’intérêt de la bonne administration de la justice, il pouvait être justifié d’exclure la presse de la salle d’audience pour un certain laps de temps. La Cour a conclu que le pouvoir discrétionnaire conféré au juge d’examiner les circonstances spécifiques de chaque cas jouait un rôle décisif quant à la validité de la disposition contestée. Puis, l’arrêt *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442, a emboîté le pas en appliquant le critère de la mise en balance à un autre aspect de la bonne administration de la justice. Le juge Iacobucci a souligné que bien que l’arrêt *Dagenais* fût le point de départ de l’analyse, une interdiction de publication pouvait viser un large éventail d’objectifs :

Toutefois, la règle de common law d’après laquelle le juge du procès a examiné l’interdiction de publication en l’espèce est plus large que l’application particulière qu’elle a reçue dans *Dagenais*. Elle peut s’appliquer aux ordonnances qui doivent parfois être rendues dans l’intérêt de l’administration de la justice, qui englobe davantage que le droit à un procès équitable. [par. 31]

[16] The bans in *Dagenais* and *Mentuck* were based on the courts' common law jurisdiction to order publication bans. The authority for the exclusion order in *New Brunswick* was statutory. In all three cases, the orders were discretionary. In the cases at bar, the appellants argue that the order provided for in s. 517 *Cr. C.* fails the *New Brunswick* test because it is mandatory: the judge does not have a discretion to consider the justification for the ban in light of the circumstances of the case. The appellants add that there is no rational connection between the ban and the objective of the legislation and that the ban fails to meet the requirements of the minimal impairment and proportionality stages of the *Oakes* test. As can be seen from the above cases, bans are sometimes necessary, and whether they are justified depends on the context.

IV. Discretion as a Constitutional Threshold

[17] The appellants accept that a limited publication ban may be valid in some narrow circumstances. However, they contend that the existence of a judicial discretion amounts to a constitutional threshold. In my view, their position does not reflect this Court's approach to limits on freedom of expression.

[18] Whether a discretion exists is not determinative of the validity of a limit on freedom of expression. For example, the limit on access to the content of a search warrant prior to the execution of the warrant is not discretionary (*Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175). To consider mandatory bans unconstitutional because the circumstances in which they apply cannot be scrutinized in a *Dagenais* analysis would be to turn the rule on its head. In *Dagenais*, Lamer C.J. explicitly stated that his analysis did not concern bans required by statute (pp. 856-57). Moreover, as Bastarache J. stated in *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, at para. 36, the *Dagenais* test was not meant to

[16] Dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*, l'interdiction reposait sur le pouvoir des tribunaux de rendre des ordonnances de non-publication en vertu de leur compétence de common law. Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick*, l'ordonnance d'exclusion reposait sur un pouvoir conféré par la loi. Dans ces trois affaires, l'ordonnance était de nature discrétionnaire. En l'espèce, c'est le caractère impératif de l'ordonnance visée par l'art. 517 *C. cr.* qui fait prétendre aux appelants qu'elle ne satisfait pas au critère énoncé dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick* : le juge ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour examiner la justification de l'interdiction au regard des circonstances de l'affaire. En outre, selon les appelants, il n'existe pas un lien rationnel entre l'interdiction et l'objectif de la loi, et l'interdiction ne respecte pas les volets de l'atteinte minimale et de la proportionnalité du test de l'arrêt *Oakes*. Comme le montrent ces affaires, l'interdiction est parfois nécessaire et sa justification dépend du contexte.

IV. Le pouvoir discrétionnaire en tant que seuil de validité constitutionnelle

[17] Les appelants reconnaissent qu'une interdiction restreinte de publication peut être valide dans des circonstances bien précises. Cependant, ils soutiennent que le pouvoir judiciaire discrétionnaire constitue un seuil de validité constitutionnelle. À mon avis, cette position ne reflète pas l'approche que la Cour a adoptée à l'égard des limites à la liberté d'expression.

[18] Le pouvoir discrétionnaire n'est pas le facteur qui détermine la validité d'une limite à la liberté d'expression. Par exemple, la restriction de l'accès au contenu d'un mandat de perquisition avant qu'il ne soit exécuté n'est pas de nature discrétionnaire (*Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175). Le fait de juger inconstitutionnelles des interdictions impératives parce que les circonstances dans lesquelles elles s'appliquent ne peuvent être analysées en conformité avec l'arrêt *Dagenais* reviendrait à inverser la règle. Dans *Dagenais*, le juge en chef Lamer a explicitement confirmé qu'il n'analysait pas les ordonnances de non-publication requises par la loi (p. 856-857). En outre, comme l'a affirmé

apply to all limits on freedom of expression; rather, it was designed for and applies to discretionary orders (see also *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at para. 31). Discretionary bans are constitutional because the test developed in *Dagenais/Mentuck* incorporates the essence of the balancing exercise mandated by the *Oakes* test. Indeed, as Lamer C.J. said in *Dagenais*, “[i]f legislation requires a judge to order a publication ban, then any objection to that ban should be framed as a *Charter* challenge to the legislation itself” (p. 874 (emphasis in original)). The validity of a statutory mandatory ban, such as the one at issue and the one provided for in s. 539 *Cr. C.* with respect to evidence led at a preliminary inquiry, will be determined by conducting an analysis based on the *Oakes* test.

V. The Oakes Test

[19] The various stages of the *Oakes* test are well known. When a protected right is infringed, the government must justify its action by identifying a pressing and substantial objective, by demonstrating that there is a rational connection between the objective and the infringement, and by showing that the means chosen interferes as little as possible with the right and that the benefits of the measure taken outweigh its deleterious effects.

A. *Pressing and Substantial Objective*

[20] The identification of Parliament’s objectives in adopting the mandatory ban is of great importance, as this will have a considerable impact on the analysis of the remaining stages of the test. As McLachlin J. (as she then was) noted in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144, “[c]are must be taken not to overstate the objective. The objective relevant to the s. 1 analysis is the objective of the

le juge Bastarache dans l’arrêt *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253, au par. 36, le test n’était pas censé s’appliquer à toutes les limites à la liberté d’expression, mais était plutôt destiné à s’appliquer aux ordonnances discrétionnaires (voir également *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 31). Les interdictions discrétionnaires sont constitutionnelles parce que le test des arrêts *Dagenais* et *Mentuck* incorpore l’essence de la mise en balance prescrite par le test de l’arrêt *Oakes*. De fait, le juge en chef Lamer a dit dans *Dagenais* : « Si, aux termes d’une disposition législative, le juge doit rendre une ordonnance de non-publication, toute opposition à cette ordonnance devrait prendre la forme d’une contestation de la disposition législative, fondée sur la *Charte* » (p. 874 (souligné dans l’original)). Le juge peut décider du sort réservé aux interdictions impératives créées par la loi, comme celle qui nous occupe en l’espèce et celle prévue à l’art. 539 *C. cr.* qui porte sur la preuve présentée à l’enquête préliminaire, en procédant à une analyse fondée sur le test de l’arrêt *Oakes*.

V. Le test de l’arrêt Oakes

[19] Les divers volets du test de l’arrêt *Oakes* sont bien connus. Lorsqu’il y a atteinte à un droit protégé, le gouvernement est appelé à justifier la mesure qu’il a prise en énonçant un objectif urgent et réel, en démontrant qu’il existe un lien rationnel entre l’objectif et l’atteinte portée au droit, et en montrant que le moyen choisi porte le moins possible atteinte au droit et que les effets bénéfiques de la mesure prise l’emportent sur ses effets préjudiciables.

A. *Objectif urgent et réel*

[20] La détermination des objectifs que visait le législateur lorsqu’il a adopté la disposition relative à l’interdiction impérative revêt une grande importance, car elle influencera considérablement l’analyse des autres volets du test. Comme l’a signalé le juge McLachlin (maintenant Juge en chef de notre Cour) au par. 144 de l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, « [i] faut veiller à ne pas surestimer l’objectif. Aux

infringing measure, since it is the infringing measure and nothing else which is sought to be justified. If the objective is stated too broadly, its importance may be exaggerated and the analysis compromised” (emphasis in original). Moreover, in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 76, McLachlin C.J. endorsed the following comment by President Barak: “Whereas the rational connection test and the least harmful measure test are essentially determined against the background of the proper objective, and are derived from the need to realize it, the test of proportionality (*stricto sensu*) examines whether the realization of this proper objective is commensurate with the deleterious effect upon the human right” (A. Barak, “Proportional Effect: The Israeli Experience” (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, at p. 374). This suggests that all steps of the *Oakes* test are premised on a proper identification of the objective of the impugned measure.

[21] The mandatory publication ban is but one of numerous interrelated measures adopted as part of a sweeping reform of the rules on bail. Parliament’s objective in adopting the ban has to be identified by examining the provision in question in the context of the entire reform package. To assess the validity of the limit, it is necessary to understand the part the provision plays within the broader scheme of the reform.

[22] In the Ontario Court of Appeal, both the majority and the dissent expressed the view that the objective of the provision is to foster trial fairness. Trial fairness is a concept that can be interpreted in different ways. Although in *Dagenais* it was limited to averting jury bias by banning pre-trial publicity, this narrow view is not the only one recognized in the caselaw. Trial fairness has also been understood as encompassing all measures whose purpose it is to protect the fundamental rights of the accused (see *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, at para. 29; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; and P. Mirfield, “The Early Jurisprudence of

fin d’une analyse fondée sur l’article premier, l’objectif pertinent est l’objectif de la mesure attentatoire, puisque c’est cette dernière et rien d’autre que l’on cherche à justifier. Si l’on formule l’objectif de façon trop large, on risque d’en exagérer l’importance et d’en compromettre l’analyse » (souligné dans l’original). De plus, dans l’arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 76, la juge en chef McLachlin a souscrit aux propos suivants formulés par le président Barak : [TRADUCTION] « Alors que le critère du lien rationnel et celui de la mesure la moins attentatoire sont essentiellement considérés dans le contexte de l’objectif approprié et reposent sur la nécessité de l’atteindre, le critère de la proportionnalité (au sens strict) porte sur la question de savoir si l’atteinte de cet objectif véritable est proportionnée aux effets préjudiciables sur le droit de la personne » (A. Barak, « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, p. 374). Cela indique que tous les volets du test établi dans *Oakes* reposent sur une détermination appropriée de l’objectif de la mesure contestée.

[21] L’interdiction impérative de publier n’est qu’une des nombreuses mesures interdépendantes qui ont été adoptées dans le cadre de la réforme en profondeur des règles sur la mise en liberté sous caution. Il faut définir l’objectif du législateur lorsqu’il a adopté l’interdiction en situant la disposition en question dans le contexte de la réforme dans son ensemble. Afin d’apprécier la validité de la restriction, il faut comprendre le rôle que joue la disposition au regard de l’esprit général de la réforme.

[22] En Cour d’appel de l’Ontario, tant la majorité que la dissidence ont exprimé l’opinion que l’objet de la disposition est de favoriser l’équité du procès. Il s’agit là d’une notion qui peut être interprétée de différentes façons. Bien que dans l’arrêt *Dagenais* l’équité du procès se soit limitée à l’assurance d’un jury impartial grâce à une interdiction de publicité préalable au procès, cette interprétation étroite n’est pas la seule reconnue par la jurisprudence. L’équité du procès peut également être définie comme s’entendant de toutes les mesures visant à protéger les droits fondamentaux de l’accusé (voir *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206,

Judicial Disrepute” (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434, at pp. 444 and 452). To define the interests at issue, therefore, the context must be taken into account. Rosenberg J.A., who wrote the dissenting reasons in the Ontario case, embraced a view of trial fairness which accurately identifies the objectives Parliament appears to have been pursuing in adopting the various components of the bail reform and, more particularly, in enacting the provision establishing the right to a mandatory ban:

The interest in a fair trial embraces not simply the narrow interest of preventing potential jurors from being influenced by prejudicial material that might be disclosed at a bail hearing, but other interests intended to safeguard the accused’s and society’s interest in a fair trial. Those interests include preventing diversion of the accused’s scarce resources to fight opposition to a publication ban and preventing delay of the bail hearing. As regards the latter, keeping accused in custody interferes with their ability to defend the case. The objectives of ensuring expeditious bail hearings, avoiding unnecessary detention of accused and allowing accused to retain scarce resources to defend their cases are all inextricably linked to the objective of ensuring a fair trial. [para. 38]

[23] As I mentioned above, the bail reform was implemented following the Ouimet Report, according to which there appeared to be a correlation between pre-trial custody, conviction, and custodial sentences. The Report’s authors stressed the fact that a first offender’s initial encounter with the justice system was crucial and could have dire consequences for the accused and his or her family. Measures were required to protect an accused person, who could bear a stigma even after being acquitted. In this context, Parliament’s primary objective can be defined on the basis of an understanding of trial fairness that is not limited to averting jury bias. Given the particular emphasis placed in the Ouimet Report on ensuring expeditious bail hearings, I would define Parliament’s objectives as (1) to safeguard the right to a fair trial; and (2) to

par. 29; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; et P. Mirfield, « The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute » (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434, p. 444 et 452). Afin de définir les droits en cause, il faut donc tenir compte du contexte. Le juge Rosenberg, qui a rédigé les motifs dissidents dans l’affaire ontarienne a adopté une conception de la notion d’équité du procès qui épouse bien les objectifs que le législateur semble avoir cherché à atteindre en adoptant les divers éléments de la réforme de la mise en liberté sous caution, et plus particulièrement, en adoptant la disposition conférant le droit à une interdiction impérative :

[TRADUCTION] Le droit à un procès équitable s’entend non seulement du droit restreint d’empêcher les jurés potentiels d’être influencés par des éléments préjudiciables qui pourraient être divulgués lors de l’enquête sur remise en liberté provisoire, mais aussi d’autres droits destinés à protéger les droits de l’accusé et de la société à un procès équitable. Il s’agit notamment d’empêcher que l’accusé consacre le peu de ressources qu’il peut avoir à contester une opposition à l’interdiction de publication et à empêcher que l’enquête sur remise en liberté provisoire ne soit retardée. Dans ce dernier cas, maintenir l’accusé en détention nuit à sa capacité de contester la preuve. Les objectifs consistant à assurer la tenue rapide de l’enquête sur remise en liberté provisoire, à éviter la détention inutile de l’accusé et à permettre à ce dernier de consacrer le peu de ressources dont il peut disposer à la défense de sa cause sont inextricablement liés à l’objectif consistant à assurer un procès équitable. [par. 38]

[23] Comme je l’ai mentionné précédemment, la réforme de la mise en liberté sous caution a été mise en œuvre après la publication du rapport Ouimet, selon lequel il semble y avoir une corrélation entre la détention avant le procès, la condamnation et la peine d’emprisonnement. Les auteurs du rapport ont insisté sur le fait que le contact initial du contrevenant qui en est à sa première infraction avec le système de justice est crucial et peut avoir des conséquences désastreuses pour l’accusé et sa famille. Des mesures étaient nécessaires afin de protéger l’accusé, qui pouvait être stigmatisé même après avoir été acquitté. Dans ce contexte, l’objectif principal du législateur peut être défini selon une interprétation de la notion d’équité du procès qui ne se limite pas au désir d’éviter la contamination du jury. Compte tenu de l’insistance particulière du

ensure expeditious bail hearings. These objectives were to be achieved by establishing a process that facilitated early release of an accused in order to mitigate the harshness of his or her interaction with the criminal justice system, limit the stigma as far as possible, and ensure that the trier of fact remains impartial. In view of the facts noted in the Ouimet Report, these objectives were undeniably pressing. Since they are solidly grounded in *Charter* values, they are also substantial.

[24] The appellants argue that to accept ensuring expeditious bail hearings as an objective would be to apply the “shifting purpose” doctrine this Court explicitly rejected in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. In *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 494, the Court held that the concepts of moral corruption and harm to society are not distinct, but are inextricably linked. In the same way, the objectives of ensuring expeditious bail hearings and fostering trial fairness are inextricably linked, as the latter embraces the former. As a result, this formulation of the objectives not only does not attract the prohibition against the shifting purpose doctrine, it is rooted in the Ouimet Report’s analysis.

B. *Rational Connection*

[25] At the next stage of the *Oakes* test, it must be asked whether there is a rational connection between the adopted means and Parliament’s objectives. “The government must show that it is reasonable to suppose that the limit may further the goal, not that it will do so” (*Hutterian Brethren*, at para. 48). Absent conclusive scientific or empirical evidence of a rational connection, one can be found by applying reason and logic: *RJR-MacDonald*, at para. 158; *Butler*, at p. 503; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 768 and 776; *Thomson Newspapers*, at paras. 104-7.

rapport Ouimet sur la tenue rapide des enquêtes sur cautionnement, je définirais comme suit les objectifs du législateur : (1) préserver le droit à un procès équitable; (2) assurer la tenue rapide des enquêtes sur cautionnement. L’atteinte de ces objectifs exigeait d’établir un mécanisme qui faciliterait la libération rapide de l’accusé afin d’atténuer la dureté de son contact avec le système de justice pénale, de limiter le plus possible la stigmatisation et de s’assurer de l’impartialité du juge des faits. Compte tenu des faits exposés dans le rapport Ouimet, ces objectifs étaient indéniablement urgents. Comme ils sont solidement ancrés dans les valeurs consacrées par la *Charte*, ils sont également réels.

[24] Les appelants soutiennent que de reconnaître comme objectif la tenue rapide des enquêtes sur cautionnement revient à appliquer la doctrine de l’« objet changeant » que la Cour a expressément rejetée dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Dans l’arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 494, la Cour a conclu que les notions de corruption morale et de préjudice causé à la société ne sont pas distinctes, mais plutôt inextricablement liées. De même, les objectifs d’assurer la tenue rapide des enquêtes sur cautionnement et de favoriser l’équité du procès sont inextricablement liés, le dernier englobant le premier. Ainsi, non seulement cette formulation des objectifs n’est pas visée par la doctrine de l’objet changeant, mais elle repose sur l’analyse du rapport Ouimet.

B. *Le lien rationnel*

[25] Le volet suivant du test de l’arrêt *Oakes* requiert un examen du lien rationnel entre les moyens utilisés et les objectifs poursuivis par le législateur. « Le gouvernement doit démontrer qu’il est raisonnable de supposer que la restriction peut contribuer à la réalisation de l’objectif, et non qu’elle y contribuera effectivement » (*Hutterian Brethren*, par. 48). En l’absence de preuve scientifique ou empirique concluante concernant le lien, on peut établir l’existence d’un lien rationnel sur le fondement de la raison et de la logique : *RJR-MacDonald*, par. 158; *Butler*, p. 503; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 768 et 776; *Thomson Newspapers*, par. 104-107.

[26] In the cases at bar, since the mandatory publication ban is only one part of a whole, the enquiry cannot be limited to the ban itself. Therefore, when asking whether the mandatory publication ban is rationally connected to the objectives of protecting the right of the accused to a fair trial and ensuring expeditious bail hearings, the Court must consider other measures which might be linked to, or even dependent on, the ban.

[27] The mechanisms in place are closely linked. They illustrate the expeditious nature of the bail hearing and the ultimate objective of safeguarding the right to a fair trial. For instance, s. 503(1)(a) *Cr. C.* requires that a person who is arrested and detained be taken before a justice “without unreasonable delay” and in any event within 24 hours after the arrest. Section 515 *Cr. C.* provides that the justice *shall* release the person unless the prosecution shows cause why the detention should be continued. The grounds that can be relied on to deny the person’s release are limited. In the short time it has before it must show cause why the detention of the accused is justified, the prosecution has to gather the evidence it intends to use at the bail hearing, which means it may have insufficient time to meet with witnesses and further investigate the matters relevant to bail. Section 516(1) *Cr. C.* provides that the adjournment of a bail hearing cannot exceed three days except with the consent of the accused; and orders can be reviewed at the request of the accused provided that the accused has given the prosecution two days’ notice (s. 520(1) and (2) *Cr. C.*).

[28] To avoid any delay prejudicial to an accused who ought to be released, while at the same time ensuring that those who do not meet the criteria for release are kept in custody, compromises had to be made regarding the nature of the evidence to be adduced at the bail hearing. There are practically no prohibitions as regards the evidence the prosecution can lead to show cause why the detention of the accused in custody is justified. According

[26] Dans les affaires en cause en l’espèce, comme l’interdiction impérative de publication n’est qu’un morceau d’un tout, l’examen ne saurait se limiter à l’interdiction même. Par conséquent, lorsqu’on se demande si l’interdiction impérative de publication a un lien rationnel avec les objectifs de protection du droit de l’accusé à un procès équitable et de tenue rapide des enquêtes sur cautionnement, l’examen doit tenir compte d’autres mesures qui pourraient être liées à l’interdiction, voire dépendre d’elle.

[27] Les mécanismes en place sont intimement liés. Ils font ressortir le caractère expéditif de l’enquête sur remise en liberté provisoire et l’objectif ultime de préserver l’équité du procès. Par exemple, l’al. 503(1)a) *C. cr.* prévoit qu’une personne qui est arrêtée puis mise sous garde doit être conduite devant un juge de paix « sans retard injustifié » et, dans tous les cas, dans un délai de 24 heures suivant son arrestation. Selon l’art. 515 *C. cr.*, le juge de paix *doit* mettre la personne en liberté, à moins que le poursuivant ne fasse valoir des motifs justifiant sa détention continue. Seuls des motifs restreints peuvent être invoqués pour refuser la mise en liberté. Dans le court délai accordé pour justifier la détention, la poursuite doit réunir les éléments de preuve qu’elle entend utiliser à l’enquête sur remise en liberté provisoire, ce qui signifie qu’elle pourrait ne pas avoir le temps de rencontrer les témoins et de mener une enquête plus poussée sur les questions pertinentes pour le cautionnement; le par. 516(1) *C. cr.* prévoit que l’ajournement d’une enquête sur remise en liberté provisoire ne peut dépasser trois jours, sauf avec le consentement du prévenu; l’ordonnance peut être révisée à la demande de l’accusé après que celui-ci a donné un préavis de deux jours au poursuivant (par. 520(1) et (2) *C. cr.*).

[28] Afin d’éviter tout retard qui serait préjudiciable à un accusé devant être mis en liberté tout en s’assurant que ceux qui ne satisfont pas aux conditions demeurent en détention, il a fallu trouver des compromis quant à la nature de la preuve produite lors de l’enquête sur remise en liberté provisoire. Il n’y a pratiquement aucune interdiction quant à ce que le poursuivant peut produire en preuve afin de démontrer que l’accusé doit être placé en détention.

to s. 518(1)(e) *Cr. C.*, the prosecutor may lead any evidence that is “credible or trustworthy”, which might include evidence of a confession that has not been tested for voluntariness or consistency with the *Charter*, bad character, information obtained by wiretap, hearsay statements, ambiguous post-offence conduct, untested similar facts, prior convictions, untried charges, or personal information on living and social habits. The justice has a broad discretion to “make such inquiries, on oath or otherwise, of and concerning the accused as he considers desirable” (s. 518(1)(a)). The process is informal; the bail hearing can even take place over the phone (s. 515(2.2)).

[29] The appellants consider it significant that the mandatory publication ban was not part of the initial reform package and was not commented on during the debate in Parliament when the legislation was introduced a few years later. Two points have to be made with respect to this argument. The first is found in the Ouimet Report itself, and the second relates to the ban on publishing evidence taken at preliminary inquiries.

[30] As we have seen, Parliament chose to follow most of the recommendations of the Ouimet Report. It is therefore safe to say that Parliament found sufficient justification for reform in the comments of the Report’s authors. They had recommended that, if the accused sought a ban, it be mandatory. In addition, they had recommended that the justice advise an unrepresented accused of the right to a ban. The explanation they had given for these recommendations was that as soon as the accused was brought before the justice, the prosecutor needed to be able to provide arguments sufficiently convincing to warrant detention. It was understood that information so provided would not necessarily be relevant or admissible at trial. The mandatory ban was seen as a measure “taken to prevent prejudicing the accused at his trial by the dissemination of

Selon l’al. 518(1)e) *C. cr.*, le poursuivant peut présenter toute preuve « plausible ou digne de foi », soit notamment les confessions dont on n’a pas vérifié le caractère volontaire ou la conformité à la *Charte*, la preuve de mauvaise moralité, la preuve obtenue par écoute électronique ou la preuve par ouï-dire, tout comportement ambigu postérieur à l’infraction, la preuve de faits similaires qui n’a été soumise à aucun examen, les déclarations de culpabilité antérieures, les accusations en instance n’ayant fait l’objet d’aucun procès, ainsi que les renseignements personnels concernant le mode de vie et les habitudes sociales. Le juge de paix dispose d’un vaste pouvoir discrétionnaire qui lui permet de « faire, auprès du prévenu ou à son sujet, sous serment ou autrement, les enquêtes qu’il estime opportunes » (al. 518(1)a)). Le processus est informel et l’enquête sur remise en liberté provisoire peut même avoir lieu par téléphone (par. 515(2.2)).

[29] Pour les appelants, l’absence de l’interdiction impérative de publication de la réforme initiale et de commentaires au cours des débats qui se sont déroulés au Parlement lors de son adoption quelques années plus tard est significative. Il faut préciser deux points en réponse à cet argument. Le premier se trouve dans le rapport Ouimet et le second se rapporte à l’interdiction de publication concernant les éléments de preuve recueillis lors d’une enquête préliminaire.

[30] Nous avons vu que le législateur a choisi de suivre la plupart des recommandations du rapport Ouimet. Par conséquent, on peut affirmer sans risque d’erreur que les commentaires de ses auteurs ont été jugés suffisants pour justifier la réforme. Ils avaient recommandé, d’abord, que si l’accusé sollicitait une interdiction celle-ci soit impérative et, ensuite, que le juge informe un accusé non représenté par avocat de son droit à une interdiction de publication. Ils avaient expliqué ces recommandations en affirmant que dès que l’accusé était conduit devant les instances judiciaires, le poursuivant devait être en mesure de fournir des arguments suffisamment convaincants pour justifier la détention. Il était tenu pour acquis que les renseignements ainsi fournis ne seraient pas nécessairement pertinents, ni admissibles en preuve au procès. L’interdiction

prejudicial matter which would not be relevant or admissible at his trial” (Ouimet Report, at p. 110). It can be inferred from this that the interests to be protected included not only the avoidance of stigmatization of the accused, but also trial fairness. In view of the strength of the recommendation and the fact that no explanation was given for omitting the ban from the initial bill, it is safe to assume that the purpose of including it was to rectify this omission. Therefore, in my view, no argument can be drawn from the fact that the ban was not part of the initial version of the new bail provisions of the *Criminal Code*.

[31] Furthermore, mandatory publication bans were not unknown at the time of the Ouimet Report. For instance, s. 539 *Cr. C.* requires that a ban on the publication of evidence adduced at a preliminary inquiry be ordered should the accused apply for one. That ban was discussed by the Standing Committee on Justice and Legal Affairs. Minister Turner justified it as follows:

We are not talking about a situation of legitimate publicity at an open trial once the jury is empanelled. If the evidence at the preliminary inquiry is then brought into the trial it becomes part of the evidence of the trial. What we are trying to prevent is a preliminary pre-trial by newspaper prior to the time that a magistrate may have bound a man over for trial. He may find that the charges are dismissed but the damage has been done.

(*Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 11, 1st Sess., 28th Parl., March 18, 1969, at pp. 501-2)

These comments go beyond averting jury bias. They address the broader goal of protecting the right to a fair trial.

[32] A direct, and helpful, analogy can be drawn between the ban at a preliminary inquiry and the one at a bail hearing. In both these types of proceedings, the evidentiary threshold is far lower

impérative était perçue comme une mesure s’imposant « pour éviter de porter préjudice à l’accusé lors de son procès par la diffusion, à ce premier stade, de renseignements dommageables qui ne seraient ni pertinents, ni admissibles en preuve » (rapport Ouimet, p. 118). On peut en déduire que son droit censé être protégé englobait non seulement le fait d’éviter que l’accusé ne soit stigmatisé, mais aussi l’équité de son procès. Compte tenu de la force de la recommandation et du manque d’explication sur l’absence de l’interdiction dans le projet de loi initial, on peut présumer sans risque de se tromper que la modification visait à corriger cette omission. Ainsi, à mon avis, l’absence de l’interdiction dans la version initiale des nouvelles dispositions du *Code criminel* sur la mise en liberté sous caution ne donne ouverture à aucun argument.

[31] En outre, on avait déjà recours à l’interdiction impérative de publication à l’époque du rapport Ouimet. Par exemple, l’art. 539 *C. cr.* prévoit qu’il faut prononcer une ordonnance de non-publication quant à la preuve recueillie lors de l’enquête préliminaire si l’accusé en fait la demande. Cette interdiction a été examinée par le Comité permanent de la justice et des questions juridiques. Le ministre Turner l’a justifiée dans les termes suivants :

[INTERPRÉTATION] Nous ne parlons pas d’une publicité légitime autour d’un procès public lorsque le jury est constitué. Lorsque le témoignage à l’enquête préliminaire est publié au procès, il devient incorporé aux témoignages du procès. Ce que nous voulons empêcher, c’est qu’un procès préliminaire soit fait par les journaux avant que le magistrat ait envoyé un homme subir son procès. Il arrive que les accusations soient abandonnées, mais le mal a été fait.

(*Procès-verbaux et témoignages*, n^o 11, 1^{re} sess., 28^e lég., 18 mars 1969, p. 501-502)

Ces commentaires visent davantage que la volonté d’éviter la contamination du jury. Ils abordent l’objectif plus général de la protection de l’équité du procès.

[32] Il est possible d’établir un parallèle direct et utile entre l’interdiction prononcée à l’enquête préliminaire et celle prononcée à l’enquête sur remise en liberté provisoire. Dans ces deux types

than proof beyond a reasonable doubt. The Crown need tender only enough evidence to make out a *prima facie* case, and the defence may for strategic reasons choose not to call witnesses or otherwise challenge the Crown's evidence. It follows that the publication of proceedings at the preliminary hearing may result in a one-sided view of the case that could have an impact on trial fairness.

[33] In summary, in my view, a rational connection can clearly be found in the interplay between the various components of the reform. I will discuss the benefits of the ban below; it will suffice at this point to mention that the ban prevents the dissemination of evidence which, for the sake of ensuring an expeditious hearing, is untested. This brings me to the third stage of the *Oakes* analysis, that of minimal impairment, which entails an assessment of the impact of the ban on free expression.

C. Minimal Impairment

[34] In assessing the impact of the ban, the court must consider the nature of the expression at issue (*New Brunswick*, at para. 63). At this point, I would stress that the bail hearing is conducted at the very beginning of the criminal proceeding. Bail hearings often attract considerable media attention, especially in highly visible cases like the ones presently before this Court.

[35] To determine whether the limit impairs a right as little as possible, it must be assessed in light of the other measures adopted to meet Parliament's objectives. I touched on this issue above in the discussion on the rational connection. I would stress here that the fairness of the decision whether to grant bail, which is one of the components of the constitutional protection, will depend to a large extent on its timeliness. As pointed out by Rosenberg J.A. in the Ontario case (para. 38) and Slatter J.A. in the Alberta case (para. 36), if the justice were to hold a publication ban hearing, the accused would have to prepare for that hearing in

de procédures, la norme de preuve est beaucoup moins exigeante que celle de la preuve hors de tout doute raisonnable. Le ministère public n'a qu'à produire suffisamment d'éléments pour établir une preuve *prima facie* et la défense peut choisir, pour des raisons stratégiques, de ne faire entendre aucun témoin ou de ne pas contester autrement la preuve du ministère public. Il s'ensuit que la publication de procédures lors de l'audience préliminaire peut donner lieu à une vision biaisée de l'affaire qui pourrait avoir une incidence sur l'équité du procès.

[33] Bref, selon moi, le lien rationnel est clairement établi par la corrélation entre les divers éléments de la réforme. Je préciserai plus loin les avantages de l'interdiction, mais il suffit pour l'instant de faire observer qu'elle empêche la dissémination des éléments de preuve qui, pour que l'audience se déroule rondement, ne sont pas contestés. Cela m'amène au troisième volet de l'analyse prescrite par l'arrêt *Oakes* : l'atteinte minimale, qui suppose l'évaluation de l'incidence de l'interdiction sur la liberté d'expression.

C. Atteinte minimale

[34] Afin d'évaluer l'incidence de l'interdiction, il faut examiner la nature de l'expression en cause (*Nouveau-Brunswick*, par. 63). Je souligne ici que l'enquête sur remise en liberté provisoire a lieu au tout début de la procédure pénale. Il s'agit souvent du moment où l'attention des médias est à son apogée, surtout lorsqu'il s'agit d'affaires très médiatisées comme celles qui nous occupent en l'espèce.

[35] Afin de déterminer si la limite porte le moins possible atteinte à un droit, elle doit être appréciée en fonction des autres mesures mises en place pour atteindre les objectifs du législateur. J'ai déjà abordé cette question lorsque j'ai examiné le lien rationnel. Je veux insister ici sur le fait que le caractère équitable de la décision d'accorder une mise en liberté sous caution, qui est un des éléments de la protection constitutionnelle, sera largement tributaire du fait qu'elle a été rendue opportunément. Comme l'ont souligné le juge Rosenberg dans l'affaire ontarienne (par. 38) et le juge Slatter dans l'affaire albertaine, si le juge de paix devait

addition to preparing a rebuttal to the grounds the prosecution might raise to justify detaining him or her. The hurdles the accused would face in such a hearing are real.

[36] The authors of the Ouimet Report observed that the initial stage of the process is crucial (pp. 101-2). If a publication ban hearing were to be held, an additional burden would be placed on the accused at a time when he or she is extremely vulnerable. The accused might be a first-time offender who is overwhelmed by the criminal process, and may not have been able to consult his or her counsel of choice. At this point, accused persons will not have had the opportunity to learn what evidence the prosecution intends to adduce. They should be devoting their resources and energy to obtaining their release, not to deciding whether to compromise on liberty in order to avoid having evidence aired outside the courtroom. It is interesting that the Alberta Court of Appeal found it significant that neither the Crown nor Mr. White had attempted to justify a common law restriction in that court, to which the statutory mandatory ban does not apply; the court attributed this to the resources that would have to be expended to support such a restriction (para. 36).

[37] In light of the delay and the resources a publication ban hearing would entail, and of the prejudice that could result if untested evidence were made public, it would be difficult to imagine a measure capable of achieving Parliament's objectives that would involve a more limited impairment of freedom of expression. If issues unrelated to the release of the accused were added to the bail hearing, this would require the consideration of matters extraneous to the bail process and could have a domino effect on other bail hearings in the same forum, thereby delaying the administration of justice.

tenir une audience relative à l'interdiction de publication, l'accusé devrait se préparer en vue de cette audience et également préparer une réplique aux motifs que le poursuivant pourrait invoquer pour justifier sa détention (par. 36). L'accusé aurait à surmonter de réels obstacles.

[36] Les auteurs du rapport Ouimet ont constaté que les tout premiers moments du processus sont cruciaux (p. 109-110). Si une audience relative à l'interdiction était tenue, l'accusé se verrait imposer un fardeau additionnel au moment où il est extrêmement vulnérable. Le contrevenant, dont il pourrait s'agir de la première infraction, pourrait être submergé par le processus pénal et ne pas avoir consulté l'avocat de son choix. À ce stade, l'accusé n'aura pas eu la possibilité de savoir ce que le poursuivant a l'intention de produire en preuve. Il devrait consacrer ses ressources et son énergie à sa libération et non à décider s'il devrait compromettre sa liberté afin d'éviter que la preuve produite soit diffusée en dehors de la salle d'audience. Il est intéressant de noter que la Cour d'appel de l'Alberta a jugé significatif le fait que ni le ministère public ni M. White n'ont tenté de justifier une restriction reconnue en common law devant la Cour d'appel où l'interdiction n'est pas impérative, attribuant cette décision aux ressources que cela nécessiterait (par. 36).

[37] Compte tenu des délais qu'engendrerait une audience relative à l'interdiction de publication et des ressources qu'il faudrait y consacrer, combinés au préjudice pouvant découler de la publication d'éléments de preuve qui n'ont été soumis à aucun examen, il serait difficile de concevoir une mesure qui pourrait à la fois respecter les objectifs du législateur et moins empiéter sur la liberté d'expression. Le fait de soulever à l'enquête sur remise en liberté provisoire d'autres questions qui ne sont pas liées à la libération de l'accusé reviendrait à mettre en jeu des considérations étrangères au processus de mise en liberté sous caution et risquerait de provoquer un effet domino sur d'autres demandes relatives à la mise en liberté sous caution qui sont instruites devant le même tribunal, ce qui aurait pour effet de retarder l'administration de la justice.

[38] It is worth noting that the mandatory publication ban provided for in s. 517 is not an absolute ban either on access to the courts or on publication. The provision only prohibits the publication of evidence adduced, information given, representations made, and reasons given by the justice at a bail hearing. But the media can publish the identity of the accused, comment on the facts and the offence that the accused has been charged with, and that an application for bail has been made, as well as report on the outcome of the application. Journalists are also not prevented from informing the public of the legal conditions attached to the release of the accused.

[39] The temporary nature of the ban is another important factor. The ban ends when the accused is discharged after a preliminary inquiry, or at the end of the trial. In essence, it applies only with respect to the bail process, and the information it covers can eventually be made public once more complete information produced in accordance with the standards applicable to criminal trials is available.

[40] In summary, although information revealed at the bail hearing may no longer be newsworthy by the time the media can release it, the ban cannot be said to impair freedom of expression more than is necessary. The ban is limited to a preliminary stage of the criminal justice process and is not absolute, and the information the media are prevented from publishing is untested, and is often one-sided and largely irrelevant to the search for truth. The ban may make journalists' work more difficult, but it does not prevent them from conveying and commenting on basic, relevant information.

[41] The appellants suggest alternatives that would in their view be equally effective and trench less on freedom of expression. They submit that any risk to a fair trial can be addressed by means

[38] Il est utile de rappeler que l'interdiction impérative de publication prévue à l'art. 517 ne constitue pas une interdiction totale d'accès aux tribunaux ou de publication d'information. La disposition interdit uniquement la publication de la preuve produite, des renseignements fournis, des observations faites et des motifs exposés par le juge de paix lors d'une enquête sur remise en liberté provisoire. Toutefois, les médias peuvent publier l'identité de l'accusé, formuler des commentaires sur les faits ainsi que sur l'infraction dont l'accusé a été inculpé et révéler qu'une demande de mise en liberté sous caution a été présentée, ainsi que faire connaître l'issue de la demande. Les médias ne sont pas empêchés non plus d'informer le public des conditions légales rattachées à la mise en liberté de l'accusé.

[39] Le fait que l'interdiction soit temporaire constitue un autre facteur important. Elle prend fin à la suite de la libération à l'enquête préliminaire ou à la fin du procès. Essentiellement, l'interdiction ne concerne que le processus de mise en liberté sous caution et tous les renseignements qu'elle vise pourront en définitive être rendus publics, lorsque des renseignements plus complets produits conformément aux normes applicables aux procès criminels seront connus.

[40] En résumé, bien que les renseignements révélés à l'enquête sur remise en liberté provisoire puissent ne plus être dignes d'intérêt lorsque les médias sont autorisés à les diffuser, on ne peut prétendre que l'interdiction porte atteinte à la liberté d'expression plus que cela ne soit nécessaire. L'interdiction ne concerne qu'une étape préliminaire du processus pénal, elle n'est pas totale et l'information que les médias ne peuvent relater n'a pas été vérifiée en plus d'être souvent unilatérale et généralement peu pertinente pour la quête de la vérité. L'interdiction peut compliquer le travail des médias, mais ils ne sont pas empêchés de communiquer des renseignements élémentaires pertinents et de les commenter.

[41] Les appelants affirment qu'il existe d'autres solutions qui seraient tout aussi efficaces et porteraient moins atteinte à la liberté d'expression. Selon eux, il est possible d'écarter tout risque de

of procedures that arise later in the process, such as challenges for cause, changes of venue and sequestration. The alternatives put forward are unsatisfactory. All of them relate solely to the need to avert bias. They do not address the other considerations which favour a publication ban, namely the need to ensure an expeditious bail hearing and an early release of the accused.

[42] The appellants also suggest that a time-limited publication ban could be imposed at the outset of the bail hearing that would last only until the end of that hearing, at which time a hearing would be held on the merits of continuing the ban. This suggestion is no more acceptable than the first. The parties need to know at the bail hearing if the information given there will be published. Accused persons could alter their approaches to the bail hearing, or perhaps even forego requesting bail, if they know that everything they say could be in the newspaper the next morning.

[43] If they know that evidence could be published, accused persons might have to make decisions they would not otherwise have made at a time when they can only speculate on what the Crown intends to adduce at the bail hearing. Such decisions would take time, would require them to make strategic choices and could compromise their rights to silence and to liberty. In *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, this Court upheld s. 442(3) *Cr. C.*, which provided for a mandatory ban on publishing the identity of a complainant in a sexual assault case should the complainant apply for one. Lamer J. (as he then was) stressed the importance of the certainty component of the ban at issue in that case:

Obviously, since fear of publication is one of the factors that influences the reporting of sexual assault, certainty

compromettre l'équité du procès par le recours subséquent à des procédures comme la récusation motivée, le renvoi de l'affaire devant un autre tribunal et la séquestration du jury. Les solutions mises de l'avant ne sont pas satisfaisantes. Tous ces mécanismes tiennent uniquement au fait qu'il est nécessaire d'empêcher la contamination du jury. Ils ne tiennent pas compte d'autres considérations qui justifient l'interdiction de publication, soit la nécessité d'assurer la tenue rapide de l'enquête et la libération rapide de l'accusé.

[42] Les appelants ont aussi suggéré qu'une interdiction de publication de courte durée puisse être ordonnée dès le début de l'enquête sur remise en liberté provisoire et que cette ordonnance durerait uniquement jusqu'à la fin de l'audience, moment auquel on pourrait procéder à une audition sur l'opportunité de maintenir l'interdiction. Cette suggestion ne peut davantage être retenue. Les parties doivent savoir à l'enquête sur remise en liberté provisoire si les renseignements recueillis pendant l'audience seront publiés. L'accusé est susceptible de modifier son approche à l'égard de cette enquête sur remise en liberté provisoire, voire de renoncer à demander sa mise en liberté sous caution, s'il sait que tout ce qu'il dit se retrouvera dans les journaux le lendemain matin.

[43] S'il sait que la preuve risque d'être publiée, l'accusé pourrait être appelé à prendre des décisions qu'il ne prendrait peut-être pas autrement à un moment où il ne peut que tenter de deviner ce que le ministère public a l'intention de produire en preuve à l'enquête sur remise en liberté provisoire. Cette décision requiert du temps, des choix stratégiques et peut-être un compromis sur son droit de garder le silence et sur son droit à la liberté. Dans l'arrêt *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, la Cour a confirmé la validité du par. 442(3) *C. cr.*, qui prévoyait une interdiction impérative de publier l'identité d'un plaignant dans une affaire sexuelle lorsque celui-ci en faisait la demande. Le juge Lamer (plus tard juge en chef) a souligné l'importance de la certitude de l'interdiction en cause dans cette affaire :

De toute évidence, comme la crainte de la publication est l'un des facteurs qui influent sur la dénonciation

with respect to non-publication at the time of deciding whether to report plays a vital role in that decision. Therefore, a discretionary provision under which the judge retains the power to decide whether to grant or refuse the ban on publication would be counterproductive, since it would deprive the victim of that certainty. Assuming that there would be a lesser impairment of freedom of the press if the impugned provision were limited to a discretionary power, it is clear, in my view, that such a measure would not, however, achieve Parliament's objective, but rather defeats it. [Emphasis in original; p. 132.]

In the Ontario case, the Ontario Court of Appeal accepted the certainty argument in the context of the bail hearing. I agree with Rosenberg J.A. that, "[w]ithout knowing whether or not the publication ban will be in place, the accused cannot know whether to take the risk of contesting bail to possibly obtain the immediate reward of release at the cost of the more serious risk of poisoning the minds of jurors at the subsequent trial" (para. 63). On this same basis, I would reject the suggestion that the publication of information be authorized at the time of the bail hearing and that a discretionary ban then be imposed closer to the trial date.

[44] It follows that a publication ban hearing, whether held before or after the bail hearing, is not a reasonable alternative to a mandatory ban. I would add that in view of the timing of such a hearing and of how little the accused would know about the information the prosecutor would be conveying, it would be difficult for the accused to discharge the burden of showing that the ban would be "necessary in order to prevent a real and substantial risk to the fairness of the trial" (*Dagenais*, at p. 878 (emphasis deleted)). Therefore, the justice would have difficulty performing his or her duties in a judicial manner.

[45] For similar reasons, I am also of the opinion that to hold that the ban is discretionary solely with respect to the justice's reasons would not serve

d'agressions sexuelles, la certitude de la non-publication qu'on peut avoir au moment où l'on décide de dénoncer le crime joue un rôle primordial dans cette décision. Cela étant, une disposition accordant au juge un pouvoir discrétionnaire de décider s'il imposera ou non l'interdiction de publication se révélerait inefficace puisqu'elle priverait la victime de cette certitude. À supposer qu'il y eût une atteinte moins grave à la liberté de la presse si la disposition contestée ne conférait qu'un pouvoir discrétionnaire, il est évident, selon moi, qu'une mesure à cet effet contrarierait toutefois l'objectif visé par le législateur. [Souligné dans l'original; p. 132.]

Dans l'affaire ontarienne, la Cour d'appel de l'Ontario a accepté l'argument de la certitude pour les besoins de l'enquête sur remise en liberté provisoire. Je suis d'accord avec le juge Rosenberg lorsqu'il explique que : [TRADUCTION] « S'il ne sait pas si l'interdiction de publication sera prononcée, l'accusé ne peut savoir s'il doit prendre le risque de contester la demande de cautionnement afin de peut-être pouvoir être libéré sur-le-champ aux dépens du risque plus grave de voir empoisonner l'esprit des jurés lors du procès subséquent » (par. 63). Pour les mêmes motifs, je rejette également la suggestion de permettre la publication des renseignements au moment de l'enquête sur remise en liberté provisoire puis d'imposer une interdiction discrétionnaire à l'approche du procès.

[44] Il s'ensuit qu'une audience relative à l'interdiction qu'elle soit tenue avant ou après l'enquête sur remise en liberté provisoire ne constitue pas une solution de rechange raisonnable à une interdiction impérative. J'ajouterai également que, compte tenu du moment où elle aurait lieu et de la connaissance limitée de l'accusé à l'égard des renseignements que le poursuivant pourrait communiquer, il serait difficile pour l'accusé de s'acquitter du fardeau qui lui incombe de démontrer que l'interdiction « est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable » (*Dagenais*, p. 878 (soulignement omis)). Par conséquent, le juge de paix devrait faire des efforts considérables pour exercer ses fonctions judiciaires comme un juge se doit de le faire.

[45] Pour des motifs semblables, j'estime également qu'une conclusion portant que l'interdiction n'est discrétionnaire qu'à l'égard des motifs

the objectives of the provision. Even if it could be argued that the justice could expeditiously give reasons that would not unduly risk jury bias or otherwise feed dangerous pre-trial publicity, to impose such constraints on the justice at this time would be unacceptable. This would inevitably invite the parties to present arguments on the discretionary ban and on the content of the reasons likely to be published. Preparing arguments takes time and resources. Moreover, one should not underestimate the complexity of crafting meaningful reasons without disclosing potentially determinative untested evidence at a stage at which neither the justice nor the accused can foresee what information will be prejudicial to the right of the accused to a fair trial.

[46] The fact that Parliament chose to make the ban discretionary where the prosecutor is the applicant does not undermine the legislation's objectives. The prosecutor is in a better position than the accused to meet the *Dagenais* test. Unlike the accused, the prosecutor knows exactly what allegations are to be made against the accused and also knows what evidence will likely be introduced at trial. Moreover, the prosecutor does not face the problem of finding resources such as, most importantly, for counsel for both the publication ban and the bail hearings.

[47] The majority of the Ontario Court of Appeal read the provision down in part, limiting the mandatory publication ban to cases in which a jury trial is possible. They concluded that "[f]air trial rights cannot be said to be at risk where a judge, sitting alone, is exposed to prejudicial information which should not be admitted at trial" (para. 185). The dissent would have read out the mandatory nature of the ban. As they pointed out, the practical impact of the majority's conclusion is limited, since at the time of the bail hearing, the accused has usually not yet made an election and not yet ruled out the possibility of being tried by a jury. If the case involves a hybrid offence, the prosecution may not yet have

du juge ne servirait pas les objectifs de la disposition. Même s'il est possible de soutenir que le juge pourrait rapidement motiver sa décision sans risquer indûment de contaminer le jury ou plus généralement d'alimenter dangereusement la publicité antérieure au procès, il serait inacceptable de lui imposer de telles contraintes à cette étape du processus. Inévitablement, les parties estimeront qu'elles peuvent présenter des arguments sur l'interdiction discrétionnaire et sur la teneur des motifs devant être publiés. Préparer des arguments nécessite du temps et des ressources. De plus, il ne faut pas sous-estimer la difficulté qu'il y a à rédiger des motifs valables sans divulguer des éléments de preuve non vérifiés et potentiellement déterminants à une étape où ni le juge ni l'accusé ne peuvent prévoir quel renseignement portera atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable.

[46] Le fait que le législateur ait choisi de rendre l'interdiction discrétionnaire lorsque le poursuivant est le demandeur ne compromet pas les objectifs visés par la loi. Le poursuivant est mieux placé que l'accusé pour satisfaire au test énoncé dans l'arrêt *Dagenais*. Contrairement à l'accusé, le poursuivant connaît précisément les allégations contre l'accusé et les éléments de preuve qui sont susceptibles d'être présentés lors du procès. De plus, le poursuivant n'est pas confronté au problème de devoir trouver des ressources soit, plus particulièrement, un avocat qui pourra le représenter à l'audience relative à l'interdiction de publication et à celle relative à la mise en liberté sous caution.

[47] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont procédé à une lecture atténuée de manière à limiter l'application des ordonnances impératives de non-publication aux affaires où un procès devant jury était possible. Ils ont conclu que [TRADUCTION] « [L]e droit à un procès équitable ne saurait être considéré à risque lorsqu'un juge, siégeant seul, est exposé à des renseignements préjudiciables qui ne devraient pas être admis au procès » (par. 185). Les juges minoritaires ont interprété largement la nature impérative de l'interdiction. Comme ils l'ont souligné, la conclusion des juges majoritaires a peu d'effets concrets compte tenu du fait que, lors de l'enquête sur remise en liberté

decided on the mode of prosecution. The fact that only a small percentage of criminal charges are actually heard by a jury is therefore not determinative. Because the bail hearing is held at the beginning of the process, even if the provision is read down as the majority have done, the ban would still apply in the vast majority of cases. Thus, this alternative cannot be accepted. Not only does it fail to respond to the appellants' concerns, but it fails to settle the timing and resource issues that arise in respect of the proposed publication ban hearing.

[48] One last alternative was suggested: imposing a discretionary ban limited to prejudicial evidence. In my view, this suggestion presents the same difficulties as those that any publication ban hearing would entail. As I mentioned above, at this early stage of the procedure allocation of time and resources should focus on the fairness of the trial of the accused.

[49] I conclude that the mandatory publication ban is integral to a series of measures designed to foster trial fairness and ensure an expeditious bail hearing. It meets the requirements of the minimal impairment stage of the *Oakes* test. But this does not complete the analysis. The ban must also be found to have benefits that outweigh its deleterious effects.

D. Deleterious Versus Salutory Effects

[50] As the Chief Justice stated in *Hutterian Brethren* (at para. 76), the final stage of the *Oakes* analysis is not a reiteration of the previous ones. Whereas the focus of the first three stages is on Parliament's objective, the final stage concerns the consequences of the impugned measure.

[51] When the consequences of the mandatory ban are considered, several salutary effects can be

provisoire, l'accusé n'a habituellement pas encore fait son choix et n'a généralement pas exclu la possibilité d'être jugé devant un jury. Dans le cas d'une infraction mixte, le poursuivant peut ne pas avoir fait de choix définitif quant au mode de poursuite. Par conséquent, le fait que seul un faible pourcentage de toutes les accusations criminelles soit en définitive instruit devant un jury n'est pas déterminant. Puisque l'enquête sur la remise en liberté a lieu au début du processus, même avec l'interprétation restrictive faite par les juges majoritaires, l'interdiction s'appliquerait tout de même dans la vaste majorité des cas. Cette solution ne peut donc être retenue. Non seulement elle ne répond pas aux préoccupations des appelants, mais elle ne règle pas les problèmes de délais et de ressources liés à une audience relative à l'interdiction.

[48] La dernière solution proposée consiste à imposer une interdiction discrétionnaire se limitant aux éléments de preuve préjudiciables. À mon avis, cette solution présente les mêmes difficultés que pour n'importe quelle audience relative à l'interdiction. Comme je l'ai déjà dit, aussi tôt dans la procédure, le temps et les ressources doivent être consacrés à assurer l'équité du procès de l'accusé.

[49] Je conclus que l'interdiction impérative fait partie intégrante d'une série de mesures destinées à préserver l'équité du procès et à assurer la tenue rapide de la mise en liberté sous caution. L'interdiction impérative respecte le volet de l'atteinte minimale du test de l'arrêt *Oakes*. L'analyse ne s'arrête toutefois pas là. L'interdiction doit aussi procurer des avantages qui l'emportent sur ses effets préjudiciables.

D. Effets préjudiciables et effets bénéfiques

[50] Comme l'a affirmé la juge en chef dans l'arrêt *Hutterian Brethren* (par. 76), le dernier volet de l'analyse prescrite par l'arrêt *Oakes* n'est pas une répétition des étapes précédentes. Alors que les trois premiers volets sont axés sur l'objectif du législateur, le dernier met en cause les conséquences de la mesure contestée.

[51] Lorsqu'on examine les conséquences de l'interdiction impérative, on constate que cette dernière

identified. First of all, it limits the deprivation of the liberty of the accused by confining the issues at the bail hearing to those specifically related to bail. The first day in custody may be overwhelming for an accused; this is especially true if the conditions of detention are unsatisfactory. The potential hardship at this initial stage cannot be underestimated. In *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at para. 47, Iacobucci J. (dissenting, but not on this point) stated:

At the heart of a free and democratic society is the liberty of its subjects. Liberty lost is never regained and can never be fully compensated for; therefore, where the potential exists for the loss of freedom for even a day, we, as a free and democratic society, must place the highest emphasis on ensuring that our system of justice minimizes the chances of an unwarranted denial of liberty.

A day in the life of an accused person may have a lifelong impact. In addition to protecting this very important liberty interest, the ban means that accused persons can focus their energy and resources on their liberty interests rather than on their privacy interests. It ensures that they will not renounce their right to liberty in order to protect their reputations. It also ensures that the public will not be influenced by untested, one-sided and stigmatizing information bearing on issues that are often irrelevant to guilt. It ensures consistency with the objectives of other publication bans provided for in the *Criminal Code*, such as the one under s. 539 concerning evidence produced at a preliminary inquiry.

[52] Another relevant aspect of the bail hearing which is of particular importance in the assessment of the effect of the ban is the fact that the information relevant to interim release often relates to the character of the individual accused and not to the crime (see J. E. Pink and D. C. Perrier, eds., *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System* (6th ed. 2007), at p. 92). Evidence will bear not on whether the accused committed the crime, but on the accused as an

plusieurs effets bénéfiques. Tout d'abord, elle restreint l'atteinte à la liberté de l'accusé en limitant les questions durant l'enquête sur remise en liberté provisoire à ce qui est pertinent pour la mise en liberté sous caution. Le tout premier jour de détention peut se révéler pénible pour un accusé, surtout lorsque les conditions de détention sont insatisfaisantes. Le préjudice potentiel à ce stade initial ne doit pas être sous-estimé. Dans l'arrêt *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 47, le juge Iacobucci (dissident, mais non sur ce point) s'est exprimé dans les termes suivants :

La liberté du citoyen est au cœur d'une société libre et démocratique. La liberté perdue est perdue à jamais et le préjudice qui résulte de cette perte ne peut jamais être entièrement réparé. Par conséquent, dès qu'il existe un risque de perte de liberté, ne serait-ce que pour une seule journée, il nous incombe, en tant que membres d'une société libre et démocratique, de tout faire pour que notre système de justice réduise au minimum le risque de privation injustifiée de liberté.

Une journée dans la vie d'un accusé peut avoir des répercussions permanentes. En plus de protéger ce droit à la liberté très important, l'interdiction permet à l'accusé de concentrer son énergie et ses ressources sur son droit à la liberté plutôt que sur son droit à la vie privée. Elle écarte le risque que l'accusé renonce à son droit à la liberté afin d'éviter que sa réputation ne soit ternie. Elle évite aussi que le public ne soit influencé par des renseignements non vérifiés, unilatéraux et stigmatisants portant sur des questions souvent non pertinentes en ce qui a trait à la culpabilité. Elle assure une uniformité et respecte les objectifs d'autres interdictions de publication prévues au *Code criminel* — notamment à l'art. 539, qui porte sur la preuve produite à l'enquête préliminaire.

[52] Il est un autre élément pertinent de l'enquête sur remise en liberté provisoire qui revêt une importance certaine pour l'appréciation de l'effet de l'interdiction : que les renseignements pertinents pour la mise en liberté provisoire se rapportent souvent à la personnalité de l'accusé et non au crime (voir J. E. Pink et D. C. Perrier, dir., *From Crime to Punishment : An Introduction to the Criminal Law System* (6^e éd. 2007), p. 92). La preuve ne porte pas sur la question de savoir si l'accusé a commis

individual: what kind of person he or she is, and whether he or she is likely to be a danger for society or to appear at trial. This aspect is important where several accused persons have conflicting interests. In such a case, one accused might choose at the bail hearing to denounce a co-accused as the “bad guy” and to adduce additional untested evidence for that purpose (see (2006), 211 C.C.C. (3d) 234, at para. 116, *per* Durno J.). In such circumstances, a mandatory ban limits the pre-trial disclosure of information that may be inadmissible at trial or highly unreliable.

[53] In addition, two experienced Crown counsel confirmed in affidavits that duty counsel conduct most bail hearings in Ontario; they often prepare for and conduct them under difficult circumstances. For example, they may have to work under serious time constraints and other constraints related to facilities, and the circumstances in which they interview and provide information to the accused are far from ideal. Also, newly arrested accused persons often have only a limited understanding of the court system and the charges facing them, and a limited ability to instruct counsel (see Ontario Court of Appeal reasons, at para. 24, *per* Rosenberg J.A.).

[54] It is in this context that an accused can apply for a publication ban, and when such an application is made, the justice has no discretion. The ban must be ordered. It applies to the evidence taken, information given and representations made at the hearing, and to any reasons given for the order made under s. 515. It remains in effect until the accused is discharged after a preliminary inquiry or until the end of the trial, as the case may be. A large part of the evidence taken at the bail hearing is presumptively inadmissible at trial. Thus, criminal records, prior consistent statements and post-offence conduct, which may be mentioned at the bail hearing, might not be admitted in evidence at trial. While it is true that all information about the accused might arouse the public’s curiosity, such information is

le crime, mais sur l’accusé en tant qu’individu : le genre de personne qu’il est; s’il est susceptible de constituer un danger pour la société ou de comparaître à son procès. Cet aspect est important lorsque plusieurs accusés ont des intérêts opposés. C’est ainsi que l’un des accusés peut décider, à l’enquête sur remise en liberté provisoire, de dénoncer un coaccusé en affirmant qu’il est le « méchant » et, à cet effet, de présenter d’autres éléments de preuve non vérifiés (voir (2006), 211 C.C.C. (3d) 234, par. 116, le juge Durno). Dans de telles circonstances, l’interdiction impérative limite la divulgation préalable de renseignements qui pourraient, au moment du procès, être irrecevables ou très peu fiables.

[53] En outre, deux procureurs de la Couronne d’expérience ont confirmé par affidavit qu’en Ontario ce sont des avocats commis d’office qui procèdent à la plupart des enquêtes sur cautionnement; souvent, ils préparent et dirigent ces enquêtes dans des circonstances difficiles. Par exemple, ils peuvent être soumis à des délais très serrés et à d’autres contraintes liées aux installations, et les conditions dans lesquelles ils interrogent l’accusé et lui communiquent des renseignements sont loin d’être idéales. De même, les accusés arrêtés depuis peu n’ont souvent qu’une compréhension limitée du système judiciaire et des accusations qui pèsent sur eux, de même qu’une capacité limitée de donner des directives à leur avocat (voir les motifs de la Cour d’appel de l’Ontario, par. 24, le juge Rosenberg).

[54] C’est dans ce contexte qu’un accusé peut demander une interdiction de publication, et lorsqu’il le fait, le juge n’a aucun pouvoir discrétionnaire. Il doit prononcer l’ordonnance. L’interdiction s’applique aux témoignages recueillis, aux renseignements fournis et aux observations formulées à l’audience, de même qu’aux motifs étayant l’ordonnance prononcée en vertu de l’art. 515. L’interdiction demeure en vigueur jusqu’à ce que l’accusé soit libéré après une enquête préliminaire ou jusqu’à la fin du procès, selon le cas. Une grande partie de la preuve recueillie à l’enquête sur remise en liberté provisoire est présumée inadmissible. Ainsi, les casiers judiciaires, les déclarations antérieures compatibles et le comportement postérieur à l’infraction, dont il peut être fait état à l’enquête

often irrelevant to the search for truth in relation to the offence, which is the actual purpose of the criminal trial.

[55] A discretionary ban would entail additional issues and adjournments, and would result in longer hearings. Feldman J.A., writing for the majority of the Ontario Court of Appeal in the Ontario case, mentioned a current problem in some overburdened Ontario bail courts (at paras. 198-99): in *R. v. Jevons*, 2008 ONCJ 559, [2008] O.J. No. 4397 (QL), De Filippis J. had described the backlog plaguing the bail courts and concluded that the accused in that case was the victim of systemic delay in the bail system and that his right to reasonable bail had been infringed. Deficiencies in the organization of certain courts cannot of course justify limits on freedom of expression. However, constraints are a fact of life, and courts must be alert to those constraints when assessing the consequences of any change to a process, such as the inclusion of a publication ban hearing.

[56] Be that as it may, the Ontario case illustrates how quickly an accused can be brought before a justice. The arrests were made on June 2, 2006. Between June 3 and June 12, each of the accused appeared in court at least once; for some of them, it was the third appearance. The bail hearings were held on June 12, 2006. The publication ban was then ordered, and it was to apply to all the accused. In light of notice requirements and the conflicting positions taken by counsel for the various accused, this could not have been done as quickly had a publication ban hearing been held.

sur remise en liberté provisoire, pourraient ne pas être admis en preuve au procès. S'il est vrai que tous les renseignements concernant l'accusé peuvent éveiller la curiosité du public, ces renseignements ne sont habituellement pas pertinents pour la recherche de la vérité à propos de l'infraction, qui est l'objet véritable du procès criminel.

[55] Une interdiction discrétionnaire susciterait des questions additionnelles et provoquerait des ajournements, ce qui prolongerait les audiences. La juge Feldman, s'exprimant pour les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire ontarienne, a fait état du problème d'encombrement qu'éprouvent actuellement certains tribunaux de l'Ontario chargés des remises en liberté sous caution (par. 198-199) : dans *R. c. Jevons*, 2008 ONCJ 559, [2008] O.J. No. 4397 (QL), le juge De Filippis avait décrit l'arriéré affligeant les tribunaux chargés des enquêtes sur cautionnement et avait conclu que, en l'occurrence, l'accusé était victime du retard systémique qui existait dans le système de cautionnement et qu'il y avait eu violation de son droit à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable. Le fait qu'il y ait des lacunes dans l'organisation de certains tribunaux ne saurait bien sûr justifier des restrictions à la liberté d'expression. Cependant, les contraintes font partie de la vie et les tribunaux doivent en tenir compte lorsqu'ils évaluent les conséquences d'un changement à un processus, comme celui d'inclure une audience relative à l'interdiction de publication.

[56] Quoi qu'il en soit, l'affaire ontarienne illustre la rapidité avec laquelle un accusé peut être amené devant un juge. Dans cette affaire, les arrestations ont eu lieu le 2 juin 2006. Entre le 3 juin et le 12 juin, chacun des accusés a comparu en cour au moins une fois; pour certains d'entre eux, il s'agissait d'une troisième comparution. Les enquêtes sur cautionnement ont eu lieu le 12 juin 2006. L'ordonnance de non-publication a été prononcée et s'appliquait à l'ensemble des accusés. Il aurait été impossible de faire cela si des avis avaient dû être donnés et une audience tenue sur l'interdiction de publication, le tout tenant compte des positions divergentes qu'auraient défendues les avocats des divers accusés.

[57] The appellants argue that bail hearings would almost never be delayed if the ban were discretionary because the *Dagenais* test would rarely be met, since jury bias is purely speculative. As a result, counsel would seldom bring motions for bans. This proposition is based on the assumption that accused would renounce their interest in trial fairness to ensure an expeditious hearing. This is exactly the kind of compromise the mandatory ban is intended to avoid. The appellants' argument is in fact based on the incorrect view that the ban has nothing to do with the rights of the accused to a fair trial and to fair access to bail. It is simply wrong to assume that neither the bail hearing itself nor the disclosure of information, evidence or the reasons for the justice's order would have any effect on the accused's interests.

[58] However, the deleterious effects of a publication ban should not be downplayed. Section 517 *Cr. C.* bars the media from informing the population on matters of interest which could otherwise be subject more widely to public debate: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. To this extent, it impairs "[t]he freedom of individuals to discuss information about the institutions of government, [and] their policies and practices" (*New Brunswick*, at para. 18).

[59] The ban prevents full public access to, and full scrutiny of, the criminal justice process. Moreover, the bail hearing may attract considerable media attention and its outcome may not be fully understood by the public, as was apparently the case when Mr. White in the Alberta case and certain of the accused in the Ontario case were initially released. In such cases, the media would be better equipped to explain the judicial process to the public if the information they could convey were not restricted.

[57] Les appelants soutiennent que les retards dans les enquêtes sur cautionnement seraient presque inexistantes si l'interdiction était discrétionnaire, et ce, parce qu'il est difficile de satisfaire au critère établi dans *Dagenais* étant donné que la partialité du jury relève de la spéculation. C'est pourquoi les avocats ne présenteraient que rarement des requêtes en interdiction. Cet argument repose sur la présomption que l'accusé renoncerait à son droit à un procès équitable au profit d'une audience rapide. C'est exactement le genre de compromis que l'interdiction impérative vise à éviter. L'argument des appelants repose en fait sur l'opinion erronée que l'interdiction n'a rien à voir avec les droits de l'accusé à un procès équitable et à un accès équitable à une mise en liberté sous caution. Il est simplement erroné de présumer que ni l'enquête sur remise en liberté provisoire elle-même, ni la divulgation de renseignements, de la preuve ou des motifs étayant l'ordonnance du juge n'ont aucune incidence sur les droits de l'accusé.

[58] Cependant, il ne faut pas minimiser les effets néfastes d'une interdiction de publication. L'article 517 *C. cr.* empêche les médias d'informer la population sur des sujets d'intérêt qui, autrement, pourraient faire l'objet de vastes débats publics : *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Dans cette mesure, il porte atteinte à la « [l]a liberté des individus d'échanger de l'information sur les institutions de l'État, et sur les politiques et pratiques de ces institutions » (*Nouveau-Brunswick*, par. 18).

[59] L'interdiction empêche le public d'accéder pleinement au système de justice pénale et d'en faire l'examen approfondi dudit système. Qui plus est, il se pourrait que l'audience relative au cautionnement suscite un intérêt considérable auprès des médias et que son issue ne soit pas parfaitement comprise par le public, comme ça semble avoir été le cas lorsque M. White dans l'affaire albertaine et certains des accusés dans l'affaire ontarienne ont été libérés. En pareils cas, les médias seraient mieux en mesure d'expliquer le processus judiciaire au public si les renseignements qu'ils pouvaient divulguer n'étaient pas limités.

[60] Nonetheless, on balance, I must find that in the context of the bail process, the deleterious effects of the limits on the publication of information are outweighed by the need to ensure certainty and timeliness, to conserve resources, and to avert the disclosure of untested prejudicial information; in other words, to guarantee as much as possible trial fairness and fair access to bail. Although not a perfect outcome, the mandatory ban represents a reasonable compromise.

VI. Application to the Co-accused in the Ontario Case

[61] An additional issue is raised in the Ontario case: does the publication ban apply to all the co-accused? The *Criminal Code* is silent on this point, and a justice must resort to his or her common law jurisdiction. In my view, the Ontario courts correctly exercised their jurisdiction in answering the question in the affirmative. A publication ban will be effective only if it applies to all the accused. Clearly, the evidence against the parties will overlap to a great extent.

VII. Additional Issues in the Alberta Case

[62] In the Alberta case, the appellants raise a number of additional issues based on jurisdiction, mootness and *functus officio*. They also mention the Court of Appeal's criticism of the choice to raise the constitutional challenge in the context of a criminal proceeding rather than by bringing a civil action.

[63] Although these issues may give rise to interesting comments, the appellants expressly acknowledge that this Court does not need to rule on them, because it has jurisdiction to entertain the substance of the appeal in any event. It is therefore not necessary to deal with them.

[60] Tout bien considéré, je dois néanmoins conclure qu'en matière de mise en liberté sous caution, les effets préjudiciables des limites imposées à la publication des renseignements cèdent le pas à la nécessité d'assurer certitude et opportunité, de préserver les ressources et de prévenir la divulgation de renseignements préjudiciables non vérifiés; autrement dit, de garantir autant que possible l'équité du procès et un accès équitable à une mise en liberté sous caution. Même si la solution n'est pas parfaite, l'interdiction impérative représente un compromis raisonnable.

VI. Application aux coaccusés dans l'affaire ontarienne

[61] L'affaire ontarienne comporte une question additionnelle : l'interdiction de publication s'applique-t-elle à tous les coaccusés? Le *Code criminel* est muet sur ce point. Le juge de paix doit donc recourir à la compétence que lui confère la common law. À mon avis, les tribunaux de l'Ontario ont exercé correctement leur compétence en répondant à la question par l'affirmative. Une interdiction de publication ne peut être efficace que si elle s'applique à tous les accusés. De toute évidence, il y aura souvent, dans une large mesure, chevauchement des éléments de preuve présentés contre les parties.

VII. Autres questions soulevées dans l'affaire albertaine

[62] Dans l'affaire albertaine, les appelants soulèvent un certain nombre d'autres questions s'attachant à la compétence, au caractère théorique et à la règle du *functus officio*. Ils évoquent également le fait que la Cour d'appel a critiqué le choix de soulever la question constitutionnelle dans le cadre d'une instance criminelle plutôt que dans celui d'une action civile.

[63] Bien que ces questions puissent donner lieu à des commentaires intéressants, les appelants reconnaissent expressément qu'il n'est pas nécessaire qu'elles soient tranchées par la Cour qui, de toute façon, a compétence pour examiner le fond du pourvoi. Il n'est donc pas nécessaire de s'y arrêter.

VIII. Conclusion

[64] For these reasons, I would conclude that s. 517 *Cr. C.* infringes freedom of expression but that the limit can be demonstrably justified in a free and democratic society. Since the appellants sought to strike down the mandatory wording of the provision, I would dismiss their appeals. I would uphold the constitutionality of the provision and allow the cross-appeal in the Ontario case.

The following are the reasons delivered by

[65] ABELLA J. (dissenting) — This Court has a long pedigree in protecting the public's right to be aware of what takes place in the country's courtrooms. It is based on the premise that to maintain public trust in the justice system, the public must be able to see the judicial process at work. The public's ability to engage in meaningful discussion about *what* a judge decides, depends primarily on knowing *why* the particular decision is made. The jurisprudence has, as a result, consistently attempted to enhance both the visibility of the system and the confidence of the public. This emphasis on transparency is known as the open court principle. As Cory J. stated in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326:

[M]embers of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts. . . . Only then can they make an assessment of the institution. Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court. Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media. [Emphasis added; pp. 1339-40.]

(See also *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R.

VIII. Conclusion

[64] Pour ces motifs, je conclus que l'art. 517 du *C. cr.* porte atteinte à la liberté d'expression, mais que la justification de cette atteinte peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Puisque les appelants cherchaient à faire supprimer les termes de la disposition qui lui confèrent un caractère impératif, je suis d'avis de rejeter leurs pourvois. Je confirme la constitutionnalité de la disposition et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident dans l'affaire ontarienne.

Version française des motifs rendus par

[65] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La Cour protège depuis longtemps le droit du public d'être informé de ce qui se passe dans les salles d'audience du pays. Ce droit repose sur la prémisse que la confiance du public dans le système de justice ne peut être maintenue que si le public peut observer le déroulement du processus judiciaire. La capacité du public à débattre utilement de la *teneur* d'une décision judiciaire dépend essentiellement de sa connaissance des *motifs* de cette décision. D'où les efforts constants de la jurisprudence pour accroître la visibilité du système de justice et renforcer la confiance du public. C'est ce souci de transparence que traduit le principe de la publicité des débats judiciaires. Comme l'a dit le juge Cory dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 :

[L]e public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. [. . .] C'est comme cela seulement qu'[i]l peu[t] évaluer l'institution. L'analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias. [Je souligne; p. 1339-1340.]

(Voir également *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC

442; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253.)

[66] The issue in this case is whether a ban on bail hearing information should be mandatory in every case where it is requested by the accused, or whether it should only be imposed when the accused is able to demonstrate that his or her fair trial interests demand it. I have had the benefit of reading the reasons of Deschamps J., but with great respect, I am of the view, like Rosenberg J.A. in the Ontario Court of Appeal (2009 ONCA 59, 94 O.R. (3d) 82), and largely for his reasons, that the mandatory ban in s. 517 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, does not survive the final stage of the *Oakes* test. I also agree with him that the appropriate remedy is to sever the mandatory aspect of s. 517 and leave in place the discretion to order a ban, to be exercised in accordance with *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *Mentuck*.

[67] Section 517 of the *Criminal Code* automatically prevents disclosure of the judge's reasons and of any information at a bail hearing whenever the accused requests a ban. Neither the public nor the press is prevented from actually being in court during the hearing, but what is mandatorily prohibited is the public dissemination of what is disclosed there until the trial is complete, a chronology that can take years to unfold. This has the effect, for all but the handful of people who are present in the courtroom, of denying access to information surrounding a key aspect of the criminal justice system — the decision whether or not to release an accused back into the community pending his

76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253.)

[66] La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si l'interdiction de divulguer les renseignements obtenus dans le cadre de l'enquête sur remise en liberté provisoire devrait obligatoirement s'appliquer dans tous les cas où l'accusé en fait la demande, ou si elle ne devrait être imposée que dans les cas où il peut démontrer que son droit à un procès équitable l'exige. J'ai eu l'avantage de lire les motifs de la juge Deschamps et, en toute déférence, j'estime, comme le juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario (2009 ONCA 59, 94 O.R. (3d) 82) et en grande partie pour les mêmes motifs, que l'interdiction impérative prévue à l'art. 517 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ne résiste pas au dernier volet du test de l'arrêt *Oakes*. Je suis également d'accord avec lui pour dire que la réparation appropriée consiste à retrancher l'élément impératif de l'art. 517, tout en laissant intact le pouvoir discrétionnaire de prononcer une ordonnance d'interdiction qui y est prévu et qui doit être exercé en conformité avec les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *Mentuck*.

[67] L'article 517 du *Code criminel* prévoit l'interdiction automatique, sur demande de l'accusé, de divulguer les motifs exprimés par le juge et les renseignements obtenus dans le cadre d'une enquête sur remise en liberté provisoire. Rien n'empêche le public ou la presse d'assister à l'audience, mais il est formellement interdit de diffuser ce qui y est révélé avant que le procès soit terminé, ce qui peut prendre des années. Ainsi, mis à part la poignée de personnes présentes dans la salle d'audience, nul n'a accès aux renseignements qui touchent un aspect essentiel du système de justice criminelle — soit la décision de relâcher ou non l'accusé dans la collectivité jusqu'à son procès. Il s'agit là d'une

or her trial. This denial is a profound interference with the open court principle.

[68] The seriousness of the infringement was compellingly summarized by Rosenberg J.A. as follows:

Section 517 cuts off meaningful and informed public debate about a fundamental aspect of the administration of criminal justice, the bail system, at the very time that the debate may be most important — when the decision is made to grant or deny bail. It also hinders debate in other circumstances of great public interest, as where an accused on bail commits another, perhaps serious crime. The public is left to speculate about why the accused was released and the justice system is unable to provide a timely and meaningful response because of the statutorily imposed silence. [para. 32]

[69] The importance of public awareness of the bail decision-making process was stressed in *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, where McLachlin C.J. expressed what is to me the underlying and driving principle in considering whether the mandatory nature of the ban in s. 517 is justified:

Where justice is not seen to be done by the public, confidence in the bail system and, more generally, the entire justice system may falter. [para. 26]

[70] This brings us to whether this harm is outweighed by the benefits of a mandatory ban. The major benefits attributed to the ban are the reduction in pre-trial publicity and delay. Each of these concerns, in my view, can largely be attenuated, and neither represents a sufficiently serious infringement of fair trial rights.

[71] Concerns over pre-trial publicity were addressed by this Court when it considered the question of discretionary bans in *Dagenais* and *Mentuck*. The new threshold articulated in those

atteinte grave au principe de la publicité des débats judiciaires.

[68] La gravité de cette atteinte a été résumée de façon convaincante par le juge Rosenberg :

[TRADUCTION] L'article 517 empêche la tenue d'un débat public utile et éclairé sur un aspect fondamental de l'administration de la justice criminelle, soit le système de remise en liberté provisoire, au moment précis où ce débat revêt peut-être le plus d'importance — c'est-à-dire au moment de la décision d'accorder ou non la remise en liberté provisoire. Il nuit également au débat dans d'autres circonstances d'un grand intérêt public, par exemple lorsqu'un accusé en liberté provisoire commet un autre crime peut-être encore plus grave. Le public ne peut que faire des hypothèses sur les raisons pour lesquelles l'accusé a été relâché et le système de justice n'est pas en mesure de lui fournir une réponse rapide et valable en raison du silence imposé par la loi. [par. 32]

[69] L'importance de permettre au public de suivre le processus décisionnel sur la remise en liberté provisoire a été soulignée dans l'arrêt *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, où la juge en chef McLachlin a formulé ce que je considère comme le principe sous-jacent et directeur qu'il convient d'appliquer pour déterminer si le caractère impératif de l'interdiction prévue à l'art. 517 est justifié :

Lorsque le public n'a pas l'impression que justice est rendue, il risque d'avoir moins confiance dans le système de mise en liberté sous caution et, de manière plus générale, dans tout le système de justice. [par. 26]

[70] Il faut donc se demander si cet effet négatif est supplanté par les avantages que l'on attribue à une interdiction impérative, dont les principaux seraient de réduire le délai et la publicité donnée à l'affaire avant le procès. À mon avis, les retards et cette publicité peuvent être atténués en grande partie et ne portent pas une atteinte suffisamment grave aux droits à un procès équitable.

[71] La Cour s'est intéressée aux problèmes découlant de la publicité donnée à une affaire avant le procès lorsqu'elle a examiné la question des interdictions discrétionnaires dans

cases was a high one, and bans were only to be imposed where they are “necessary” to protect against “real and substantial” risks to an accused’s fair trial rights (*Dagenais*, at p. 878), or “serious” risks to the administration of justice (*Mentuck*, at para. 32). Section 517, in granting an automatic ban at the request of an accused regardless of whether he or she can demonstrate such a degree of risk, completely collapses the constitutional framework in *Dagenais/Mentuck*, leaving out of the balance entirely the public’s presumptive right to know what goes on in a courtroom.

[72] Even if one is disinclined to accept what is to me the cogent evidence in the reasons of Rosenberg J.A. demonstrating how speculative the concerns over pre-trial publicity are, there remains the possibility of remedies such as a partial ban, challenges for cause, or a change of venue if there is a sufficient risk of prejudice. We should also be able to rely on the ability of a properly instructed jury to disregard irrelevant evidence, a reliance that is at the foundation of our belief in juries in criminal trials (*Dagenais*, at pp. 884-85; see also *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 692-93; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985, at pp. 992-93). As Berger J.A. observed in the course of related proceedings in the Alberta appeal, where the accused had been released on bail after being charged with the murder of his pregnant wife:

The Applicant has been charged with second-degree murder. His preliminary hearing will not take place until the new year. If committed to stand trial, jury selection would begin months later. I very much doubt that prospective jurors would retain and recall the details of a 30 second news clip or a seven inch column summarizing submissions made by counsel, or reasons for decision pronounced by a bail judge. Even if some did, the usual admonitions to the array, challenges for cause, and jury instructions themselves, are, in my opinion,

Dagenais et dans *Mentuck*. Le nouveau critère formulé dans ces décisions est exigeant, et l’ordonnance de non-publication ne peut être rendue que lorsqu’elle est « nécessaire » pour écarter un risque « réel et important » pour les droits de l’accusé à un procès équitable (*Dagenais*, p. 878), ou un risque « sérieux » pour l’administration de la justice (*Mentuck*, par. 32). En créant une interdiction automatique sur demande de l’accusé, peu importe que celui-ci soit en mesure ou non de démontrer l’existence d’un risque de cette importance, l’art. 517 détruit complètement le cadre constitutionnel établi dans *Dagenais* et *Mentuck*, car il fait totalement abstraction du droit présumé du public de savoir ce qui se passe dans la salle d’audience.

[72] À supposer que l’on soit réticent à admettre ce qui, dans les motifs du juge Rosenberg, me semble démontrer de façon convaincante à quel point les problèmes liés à la publicité avant le procès sont hypothétiques, il est toujours possible de recourir à des solutions telles que l’interdiction partielle de publication, la récusation motivée ou le changement du lieu du procès si le risque de préjudice le justifie. De plus, nous devrions pouvoir avoir confiance en la capacité d’un jury ayant reçu des directives appropriées à écarter les éléments de preuve non pertinents, confiance sur laquelle repose notre foi dans les jurys en droit criminel (*Dagenais*, p. 884-885; voir également *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 692-693; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, p. 992-993). Comme l’a fait remarquer le juge Berger de la Cour d’appel dans le cadre d’une procédure connexe dans le dossier provenant de l’Alberta, où l’accusé a été libéré sous caution après avoir été accusé du meurtre de son épouse enceinte :

[TRADUCTION] Le demandeur a été accusé de meurtre au deuxième degré. Son enquête préliminaire n’aura pas lieu avant la nouvelle année. S’il est renvoyé à procès, la sélection du jury commencera des mois plus tard. Je doute fortement que les jurés potentiels se souviennent en détail d’une séquence d’actualités de 30 secondes ou d’une chronique résumant dans une colonne de sept pouces les arguments des avocats ou les motifs de la décision du juge sur la remise en liberté provisoire. Et même s’ils s’en souvenaient, les mises en

sufficient safeguards to ensure that an impartial jury, true to their oaths, will be empanelled.

(*R. v. White*, 2005 ABCA 435, 56 Alta. L.R. (4th) 255, at para. 17)

[73] In any event, s. 517 only protects an accused from disclosure of pre-trial information from a bail hearing. There is no legislative protection from potentially prejudicial pre-trial information that emanates from sources other than the bail hearing. In the absence of such a generalized ban, the benefit of a ban only on bail hearing information seems to me to be too porous to justify the seriousness of the infringement.

[74] The second benefit of a mandatory ban is said to be the reduction in delay. This is a concern only if one assumes that the request for a discretionary ban will substantially elongate the hearing. It is hard for me to see what evidence would routinely result in a protracted bail proceeding. A delay would also only result if one assumes that the media is entitled to notice in every case. I make no such assumption. While the decision to give notice is a matter of discretion for the judge hearing the bail application, it seems to me to be unrealistic to expect that submissions be invited from the media in every case where a publication ban in a bail hearing is requested.

[75] In the absence of such automatic notice, there will be, in the overwhelming number of cases, no undue delay. Those cases where the media is most likely to contest a ban are those few which have a higher profile. But I would not judge the desirability

garde habituelles adressées aux membres du tableau des jurés, les récusations motivées et les directives au jury elles-mêmes constituent, à mon avis, des protections suffisantes pour qu'un jury impartial, respectant son serment, puisse être constitué.

(*R. c. White*, 2005 ABCA 435, 56 Alta. L.R. (4th) 255, par. 17)

[73] Quoi qu'il en soit, l'art. 517 ne protège l'accusé que contre la divulgation des renseignements obtenus avant le procès dans le cadre de l'enquête sur remise en liberté provisoire. Il n'existe aucune protection législative contre le préjudice que pourrait lui causer la divulgation de renseignements obtenus autrement que dans le cadre de cette enquête. En l'absence d'une interdiction générale, les avantages d'une interdiction portant seulement sur les renseignements recueillis dans le cadre de l'enquête sur remise en liberté provisoire me semblent trop incertains pour justifier la gravité de l'atteinte.

[74] Le deuxième avantage d'une interdiction impérative serait celui de la réduction des délais. Cette question n'entre pourtant en jeu que si l'on tient pour avéré que la demande d'interdiction discrétionnaire augmenterait considérablement la durée de l'enquête. Je vois difficilement quel type de preuve ferait couramment traîner en longueur l'enquête sur remise en liberté provisoire. De même, il n'y aurait retard que dans l'hypothèse où les médias auraient droit à un préavis dans tous les cas. Or, cette hypothèse doit selon moi être rejetée. Bien que la décision de donner un préavis relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande de remise en liberté, il me semble irréaliste de s'attendre à ce que l'on invite les médias à formuler des observations chaque fois qu'une ordonnance de non-publication est demandée concernant les renseignements obtenus dans le cadre d'une enquête sur remise en liberté provisoire.

[75] Comme le préavis n'est pas automatique, il n'y aura aucun retard indu dans la très grande majorité des cas. Les cas dans lesquels les médias sont le plus susceptibles de contester l'ordonnance de non-publication sont les quelques rares affaires

of a universal mandatory ban based on its effectiveness for a small percentage of cases.

[76] Public confidence in the justice system requires relevant information delivered in a timely way. A mandatory ban on the evidence heard and the reasons given in a bail application is a ban on the information when it is of most concern and interest to the public. Restrictions on the release of such information are only justified if their benefits outweigh their detrimental impact.

[77] Given that the salutary effects of the ban under s. 517 are not proportional to the harmful effects flowing from the infringement of the open court principle, I would allow the appeal in both the Ontario and Alberta cases and strike out the words in s. 517 that render the ban mandatory.

Appeals dismissed and cross-appeal allowed, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal Toronto Star Newspapers Ltd. et al.: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the appellants Canadian Broadcasting Corporation et al.: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.

Solicitors for the appellant Edmonton Sun, a Division of Sun Media Corporation: Fraser Milner Casgrain, Edmonton.

Solicitor for the respondent/appellant on cross-appeal Her Majesty The Queen in Right of Canada and for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Brampton.

Solicitor for the respondent/appellant on cross-appeal A.A.: John Norris, Toronto.

qui connaissent une très grande notoriété. Or, je ne jugerais pas de l'opportunité d'une interdiction impérative universelle sur la base de son efficacité dans une faible proportion des cas.

[76] La confiance du public dans le système de justice commande que les renseignements pertinents lui soient communiqués en temps opportun. L'interdiction impérative de communiquer la preuve présentée et les motifs donnés dans le cadre d'une demande de remise en liberté provisoire empêche la diffusion de renseignements à un moment où ils sont d'une importance et d'un intérêt considérables pour le public. Une restriction à la communication de ces renseignements ne saurait se justifier que lorsque les avantages qui en découlent l'emportent sur ses effets préjudiciables.

[77] Puisque les effets bénéfiques de l'interdiction prévue à l'art. 517 ne sont pas proportionnés aux effets préjudiciables du non-respect du principe de la publicité des débats judiciaires, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi dans les deux dossiers, provenant de l'Ontario et de l'Alberta, et de supprimer de l'art. 517 les mots qui confèrent un caractère impératif à l'interdiction.

Pourvois rejetés et pourvoi incident accueilli, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs des appelantes/intimées au pourvoi incident Toronto Star Newspapers Ltd. et autres : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des appelants la Société Radio-Canada et autres : Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.

Procureurs de l'appellant Edmonton Sun, une division de Sun Media Corporation : Fraser Milner Casgrain, Edmonton.

Procureur de l'intimée/appelante au pourvoi incident Sa Majesté la Reine du chef du Canada et de l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Brampton.

Procureur de l'intimé/appelant au pourvoi incident A.A. : John Norris, Toronto.

Solicitor for the respondent F.A.: Dennis Edney, Edmonton.

Solicitor for the respondent S.A.: Peter G. Martin, Eganville, Ontario.

Solicitor for the respondent Qayyum Abdul Jamal: Anser Farooq, Toronto.

Solicitors for the respondents A.M.D. and Ahmad Mustafa Ghany: Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto.

Solicitors for the respondent S.V.C.: Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen and for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitors for the respondent Michael James White: Dawson Stevens & Shaigec, Edmonton.

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

Solicitors for the interveners N.S. and N.Y.: Hicks, Block, Adams, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Newspaper Association et al.: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Procureur de l'intimé F.A. : Dennis Edney, Edmonton.

Procureur de l'intimé S.A. : Peter G. Martin, Eganville, Ontario.

Procureur de l'intimé Qayyum Abdul Jamal : Anser Farooq, Toronto.

Procureurs des intimés A.M.D. et Ahmad Mustafa Ghany : Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto.

Procureurs de l'intimé S.V.C. : Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine et de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureurs de l'intimé Michael James White : Dawson Stevens & Shaigec, Edmonton.

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

Procureurs des intervenants N.S. et N.Y. : Hicks, Block, Adams, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des journaux et autres : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Paul Conway *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen and Person in charge
of the Centre for Addiction and Mental
Health** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Ontario Review
Board, Mental Health Legal Committee and
Mental Health Legal Advocacy Coalition,
British Columbia Review Board, Criminal
Lawyers' Association and David Asper Centre
for Constitutional Rights, and Community
Legal Assistance Society** *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. CONWAY**

2010 SCC 22

File No.: 32662.

2009: October 22; 2010: June 11.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Accused not criminally responsible by reason of mental disorder detained in mental health facility — Accused alleging violations of his constitutional rights and seeking absolute discharge as remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Accused also seeking as remedy order directing mental health facility to provide him with particular treatment — Whether Review Board has jurisdiction to grant remedies under s. 24(1) of Charter — If so, whether accused entitled to remedies sought — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.54, 672.55.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Court of competent jurisdiction — Remedial

Paul Conway *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine et Responsable du Centre
de toxicomanie et de santé mentale** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, Commission
ontarienne d'examen, Mental Health
Legal Committee et Mental Health Legal
Advocacy Coalition, British Columbia Review
Board, Criminal Lawyers' Association
et David Asper Centre for Constitutional
Rights, et Community Legal Assistance
Society** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. CONWAY**

2010 CSC 22

N^o du greffe : 32662.

2009 : 22 octobre; 2010 : 11 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et
Cromwell.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Accusé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux détenu dans un établissement de santé mentale — Accusé ayant allégué la violation de ses droits constitutionnels et demandé sa libération inconditionnelle en guise de réparation fondée sur l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Accusé ayant également demandé, à titre de réparation, qu'il soit ordonné à l'établissement de santé mentale de lui offrir un traitement en particulier — La commission d'examen a-t-elle compétence pour accorder des réparations en application de l'art. 24(1) de la Charte? — Dans l'affirmative, l'accusé a-t-il droit aux réparations demandées? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54, 672.55.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Tribunal compétent — Pouvoir de réparation

jurisdiction of administrative tribunals under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — New approach.

Criminal law — Mental disorder — Review Board — Remedial jurisdiction under Canadian Charter of Rights and Freedoms — Accused not criminally responsible by reason of mental disorder detained in mental health facility — Accused alleging violations of his constitutional rights and seeking absolute discharge as remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms at his disposition hearing before Review Board — Board concluding accused was a threat to public safety and not entitled to absolute discharge under Criminal Code — Whether Review Board has jurisdiction to grant absolute discharge as remedy under s. 24(1) of Charter — If so, whether accused entitled to remedy sought — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54.

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Remedial jurisdiction of administrative tribunals under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — New approach.

In 1984, C was found not guilty by reason of insanity on a charge of sexual assault with a weapon. Since the verdict, he has been detained in mental health facilities and diagnosed with several mental disorders. Prior to his annual review hearing before the Ontario Review Board in 2006, C alleged that the mental health centre where he was being detained had breached his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He sought an absolute discharge as a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. The Board unanimously concluded that C was a threat to public safety, who would, if released, quickly return to police and hospital custody. This made him an unsuitable candidate for an absolute discharge under s. 672.54(a) of the *Criminal Code*, which provides that an absolute discharge is unavailable to any patient who is a “significant threat to the safety of the public”. The Board therefore ordered that C remain in the mental health centre. The Board further concluded that it had no jurisdiction to consider C’s *Charter* claims. A majority in the Court of Appeal upheld the Board’s conclusion that it was not a court of competent jurisdiction for the purpose of granting an absolute discharge under s. 24(1) of the *Charter*. However, the Court of Appeal unanimously concluded that it was unreasonable for the Board not to address the

des tribunaux administratifs suivant l’art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Nouvelle démarche.

Droit criminel — Troubles mentaux — Commission d’examen — Pouvoir de réparation suivant la Charte canadienne des droits et libertés — Accusé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux détenu dans un établissement de santé mentale — Accusé ayant allégué la violation de ses droits constitutionnels et demandé sa libération inconditionnelle en guise de réparation fondée sur l’art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés lors de l’audience tenue par la commission d’examen — Commission d’examen concluant que l’accusé mettrait en péril la sécurité du public et n’a pas droit à la libération inconditionnelle suivant le Code criminel — La commission d’examen avait-elle le pouvoir d’accorder la libération inconditionnelle à titre de réparation fondée sur l’art. 24(1) de la Charte? — Dans l’affirmative, l’accusé avait-il droit à la réparation demandée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Pouvoir de réparation des tribunaux administratifs suivant l’art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Nouvelle démarche.

Accusé d’agression sexuelle armée, C a été déclaré non coupable pour cause d’aliénation mentale en 1984. Depuis lors, il a été détenu dans des établissements psychiatriques et on lui a diagnostiqué plusieurs troubles mentaux. Avant l’examen annuel de son cas par la Commission ontarienne d’examen en 2006, C a allégué que le centre de santé mentale où il était détenu avait violé les droits que lui conférait la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a demandé sa libération inconditionnelle à titre de réparation sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*. La Commission a conclu à l’unanimité que C représentait un risque pour la sécurité du public et que, s’il était libéré, il se retrouverait rapidement sous garde policière, puis à l’hôpital. Il n’était donc pas admissible à la libération inconditionnelle, l’al. 672.54(a) du *Code criminel* écartant celle-ci dans le cas d’un patient qui représente « un risque important pour la sécurité du public ». La Commission a donc ordonné que C demeure détenu au centre de santé mentale. Elle a par ailleurs conclu qu’elle ne pouvait pas examiner les demandes de C prenant appui sur la *Charte*. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont confirmé sa conclusion selon laquelle elle n’avait pas compétence pour accorder une libération inconditionnelle sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*. La Cour d’appel a

treatment impasse plaguing C's detention. This issue was remitted back to the Board.

Before this Court, the issue is whether the Ontario Review Board has jurisdiction to grant remedies under s. 24(1) of the *Charter*. C has requested, in addition to an absolute discharge, remedies dealing with his conditions of detention: an order directing the mental health centre to provide him with access to psychotherapy and an order prohibiting the centre from housing him near a construction site.

Held: The appeal should be dismissed.

When the *Charter* was proclaimed, its relationship with administrative tribunals was a blank slate. However, various dimensions of the relationship quickly found their way to this Court. The first wave of relevant cases started in 1986 with *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. The *Mills* cases established that a court or administrative tribunal was a "court of competent jurisdiction" under s. 24(1) of the *Charter* if it had jurisdiction over the person, the subject matter, and the remedy sought. The second wave started in 1989 with *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. The *Slaight* cases established that any exercise of statutory discretion is subject to the *Charter* and its values. The third and final wave started in 1990 with *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, followed in 1991 by *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. The cases flowing from this trilogy, which deal with s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, established that specialized tribunals with both the expertise and the authority to decide questions of law are in the best position to hear and decide the constitutionality of their statutory provisions.

This evolution of the case law over the last 25 years has cemented the direct relationship between the *Charter*, its remedial provisions and administrative tribunals. It confirms that we do not have one *Charter* for the courts and another for administrative tribunals and that, with rare exceptions, administrative tribunals with the authority to apply the law, have the jurisdiction to apply the *Charter* to the issues that arise in the proper

toutefois unanimement conclu que la Commission avait déraisonnablement omis de se prononcer sur l'impasse thérapeutique dans laquelle se trouvait C. Cette question a été renvoyée à la Commission.

La question que doit trancher la Cour est celle de savoir si la Commission ontarienne d'examen a compétence pour accorder réparation sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*. Outre sa libération inconditionnelle, C a sollicité des mesures de réparation relatives aux conditions de sa détention : une ordonnance enjoignant au centre de santé mentale de lui permettre de bénéficier d'une psychothérapie et une autre interdisant à l'établissement de le loger près d'un chantier de construction.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Lors de la promulgation de la *Charte*, son interaction avec les tribunaux administratifs restait à déterminer. Il s'est toutefois écoulé peu de temps avant que la Cour ne soit appelée à se prononcer sur divers aspects de cette interaction. La première vague jurisprudentielle s'est amorcée en 1986 avec l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. Cet arrêt et ceux rendus dans sa foulée ont établi qu'une cour de justice ou un tribunal administratif était un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) de la *Charte* s'il avait compétence à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation demandée. L'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, a marqué le début de la deuxième vague en 1989. Dans cet arrêt et ceux qui l'ont suivi, la Cour a conclu que le pouvoir discrétionnaire devait être exercé dans le respect de la *Charte* et des valeurs qui la sous-tendent. La troisième et dernière vague a vu le jour en 1990 avec l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, suivi en 1991 de *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et de *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Les arrêts inspirés de cette trilogie portant sur l'application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont établi qu'un tribunal spécialisé jouissant à la fois de l'expertise et du pouvoir requis pour trancher des questions de droit était le mieux placé pour se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions législatives le régissant.

Cette évolution de la jurisprudence au cours des 25 dernières années a affermi la relation directe entre la *Charte*, ses dispositions réparatrices et les tribunaux administratifs. Elle confirme qu'il n'y a pas une *Charte* pour les cours de justice et une autre pour les tribunaux administratifs et que, sauf rares exceptions, le tribunal administratif investi du pouvoir d'appliquer la loi a compétence pour appliquer la *Charte* aux questions

exercise of their statutory functions. The evolution also confirms that expert tribunals should play a primary role in determining *Charter* issues that fall within their specialized jurisdiction and that in exercising their statutory functions, administrative tribunals must act consistently with the *Charter* and its values.

Moreover, the jurisprudential evolution affirms the practical advantages and the constitutional basis for allowing Canadians to assert their *Charter* rights in the most accessible forum available, without the need for bifurcated proceedings between superior courts and administrative tribunals. Any scheme favouring bifurcation is, in fact, inconsistent with the well-established principle that an administrative tribunal is to decide all matters, including constitutional questions, whose essential factual character falls within the tribunal's specialized statutory jurisdiction.

A merger of the three distinct constitutional streams flowing from this Court's administrative law jurisprudence calls for a new approach that consolidates this Court's gradual expansion of the scope of the *Charter* and its relationship with administrative tribunals. When a *Charter* remedy is sought from an administrative tribunal, the initial inquiry should be whether the tribunal can grant *Charter* remedies generally. The answer to this question flows from whether the administrative tribunal has the jurisdiction, explicit or implied, to decide questions of law. If it does, and unless the legislature has clearly demonstrated its intent to withdraw the *Charter* from the tribunal's authority, the tribunal will have the jurisdiction to grant *Charter* remedies in relation to *Charter* issues arising in the course of carrying out its statutory mandate. The tribunal is, in other words, a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*. This approach has the benefit of attributing *Charter* jurisdiction to a tribunal as an institution, rather than requiring litigants to test, remedy by remedy, whether the tribunal is a court of competent jurisdiction.

Once the initial inquiry has been resolved in favour of *Charter* jurisdiction, the remaining question is whether the tribunal can grant the particular remedy sought given its statutory scheme. Answering this question is necessarily an exercise in discerning legislative intent, namely, whether the remedy sought is the kind

soulevées dans le cadre de l'exercice approprié de ses attributions légales. Elle confirme également que les tribunaux spécialisés doivent jouer un rôle de premier plan dans le règlement des questions liées à la *Charte* qui relèvent de leur compétence particulière et que les tribunaux administratifs doivent se conformer à la *Charte* et aux valeurs qui la sous-tendent dans l'exercice de leurs attributions légales.

Qui plus est, l'évolution jurisprudentielle confirme les avantages pratiques et le fondement constitutionnel de la solution qui consiste à permettre aux Canadiens de faire valoir les droits et les libertés que leur garantit la *Charte* devant le tribunal qui est le plus à leur portée sans qu'ils aient à fractionner leur recours et saisir à la fois une cour supérieure et un tribunal administratif. Tout régime qui favorise le fractionnement des recours est en fait incompatible avec le principe bien établi selon lequel un tribunal administratif se prononce sur toutes les questions, y compris celles de nature constitutionnelle, dont le caractère essentiellement factuel relève de la compétence spécialisée que lui confère la loi.

La fusion des trois courants distincts sur la compétence constitutionnelle qui se dégagent de la jurisprudence de notre Cour en droit administratif appelle une nouvelle démarche qui tienne compte de cet élargissement progressif de la portée de la *Charte* par la Cour et de l'interaction de la *Charte* avec les tribunaux administratifs. Lorsque réparation est demandée à un tribunal administratif en application de la *Charte*, il convient de déterminer initialement si le tribunal peut accorder des réparations sur le fondement de la *Charte* en général. À cette fin, il faut se demander si le tribunal administratif a le pouvoir exprès ou tacite de trancher une question de droit. Si tel est le cas et que le législateur n'a pas clairement manifesté l'intention de soustraire l'application de la *Charte* à la compétence du tribunal, ce dernier a compétence pour accorder réparation sur le fondement de la *Charte* relativement à une question se rapportant à celle-ci soulevée dans le cadre de l'exécution de son mandat légal. En d'autres mots, il s'agit d'un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Cette démarche présente l'avantage de reconnaître la compétence que confère la *Charte* au tribunal en tant qu'institution au lieu d'exiger que les parties fassent déterminer à chaque fois s'il est un tribunal compétent pour accorder une réparation donnée.

Une fois tranchée la question préliminaire et reconvenue la compétence fondée sur la *Charte*, il reste à déterminer si le tribunal peut accorder la réparation précise demandée eu égard au régime législatif qui le régit. Il est alors nécessaire de cerner l'intention du législateur, à savoir si la réparation demandée est de celles que

of remedy that the legislature intended would fit within the statutory framework of the particular tribunal. Relevant considerations include the tribunal's statutory mandate and function.

In this case, C seeks certain *Charter* remedies from the Board. The first inquiry, therefore, is whether the Board is a court of competent jurisdiction under s. 24(1). The answer to this question depends on whether the Board is authorized to decide questions of law. The Board is a quasi-judicial body with significant authority over a vulnerable population. It operates under Part XX.1 of the *Criminal Code* as a specialized statutory tribunal with ongoing supervisory jurisdiction over the treatment, assessment, detention and discharge of NCR patients: accused who have been found not criminally responsible by reason of mental disorder. Part XX.1 of the *Criminal Code* provides that any party to a review board hearing may appeal the board's disposition on a question of law, fact or mixed fact and law. The *Code* also authorizes appellate courts to overturn a review board's disposition if it was based on a wrong decision on a question of law. This statutory language is indicative of the Board's authority to decide questions of law. Given this conclusion, and since Parliament has not excluded the *Charter* from the Board's mandate, it follows that the Board is a court of competent jurisdiction for the purpose of granting remedies under s. 24(1) of the *Charter*.

The next question is whether the remedies sought are the kinds of remedies which would fit within the Board's statutory scheme. This requires consideration of the scope and nature of the Board's statutory mandate and functions. The review board regime is intended to reconcile the "twin goals" of protecting the public from dangerous offenders and treating NCR patients fairly and appropriately. Based on the Board's duty to protect public safety, its statutory authority to grant absolute discharges only to non-dangerous NCR patients, and its mandate to assess and treat NCR patients with a view to reintegration rather than recidivism, it is clear that Parliament intended that dangerous NCR patients have no access to absolute discharges. C cannot, therefore, obtain an absolute discharge from the Board. The same is true of C's request for a treatment order. Allowing the Board to prescribe or impose treatment is expressly prohibited by s. 672.55 of the *Criminal Code*. Finally, neither the validity of C's complaint about the location of his room nor, obviously, the propriety of his request for an order prohibiting the mental health centre from housing him near a construction site, have been considered

le législateur a voulu que le tribunal en cause puisse accorder eu égard au cadre législatif établi. Les considérations pertinentes englobent le mandat légal du tribunal et sa fonction.

Dans la présente affaire, C demande à la Commission de lui accorder certaines réparations sur le fondement de la *Charte*. La première question qui se pose est donc celle de savoir si la Commission est un tribunal compétent au sens du par. 24(1), ce qui dépend de son pouvoir de trancher des questions de droit. La Commission est un organisme quasi judiciaire exerçant un grand pouvoir sur des gens vulnérables. Régie par la partie XX.1 du *Code criminel*, elle constitue un tribunal spécialisé d'origine législative possédant un pouvoir de surveillance continu à l'égard du traitement, de l'évaluation, de la détention et de la libération des patients non responsables criminellement : des accusés qui ont été déclarés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. La partie XX.1 du *Code criminel* dispose que toute partie à une audience d'une commission d'examen peut interjeter appel de la décision rendue par celle-ci en invoquant un motif de droit, de fait ou mixte de droit et de fait. De plus, le *Code criminel* prévoit que la cour d'appel peut infirmer la décision lorsqu'il s'agit d'une erreur de droit. Le libellé employé par le législateur permet de conclure que la Commission a le pouvoir de trancher des questions de droit. Partant, et comme le législateur n'a pas soustrait l'application de la *Charte* à sa compétence, la Commission est un tribunal compétent aux fins d'accorder réparation sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*.

La question qui se pose ensuite est celle de savoir si les réparations demandées sont conciliables avec le régime législatif de la Commission, ce qui exige d'examiner l'étendue et la nature du mandat et des attributions de celle-ci. Le système des commissions d'examen vise à concilier le « double objectif » de protéger le public face aux délinquants dangereux et de traiter de façon juste et appropriée les patients non responsables criminellement. Étant donné l'obligation de la Commission de protéger le public, son pouvoir légal d'accorder la libération inconditionnelle à ces patients seulement s'ils ne sont pas dangereux et son mandat consistant à évaluer et à traiter ces patients dans la perspective d'une réinsertion, et non d'une récidive, le législateur a clairement voulu empêcher qu'un patient non responsable criminellement, mais dangereux, bénéficie d'une libération inconditionnelle. La Commission ne peut donc pas accorder à C une libération inconditionnelle. Elle ne peut non plus ordonner qu'on lui prodigue un traitement particulier. Permettre à la Commission de prescrire ou d'imposer un traitement est expressément interdit à l'art. 672.55 du *Code criminel*. Enfin,

by the Board. It may well be that the substance of C's complaint can be fully addressed within the Board's statutory mandate and the exercise of its discretion in accordance with *Charter* values. If so, resort to s. 24(1) of the *Charter* may not add to the Board's capacity to either address the substance of C's complaint or provide appropriate redress.

Cases Cited

Considered: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Carter v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 981; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585; *Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)*, 2004 SCC 40, [2004] 2 S.C.R. 223; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185; *Vaughan v. Canada*, 2005 SCC 11, [2005] 1 S.C.R. 146; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 SCC 7, [2006] 1 S.C.R. 326; **referred to:** *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623; *R. v. Menard*, 2008 BCCA 521, 240 C.C.C. (3d) 1; *British Columbia (Director of Child, Family & Community Service) v. L. (T.)*, 2009 BCPC 293, 73 R.F.L. (6th) 455, aff'd 2010 BCSC 105 (CanLII); *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997]

la Commission ne s'est pas prononcée sur la validité de la plainte de C concernant l'emplacement de sa chambre ni, manifestement, sur le bien-fondé de la demande d'ordonnance interdisant au centre de santé mentale de le loger à proximité d'un chantier de construction. Il se peut fort bien qu'il ressortisse au mandat légal de la Commission et à son pouvoir discrétionnaire exercé dans le respect des valeurs de la *Charte* de statuer au fond sur la plainte de C. Si tel est le cas, le recours au par. 24(1) de la *Charte* ne peut accroître le pouvoir de la Commission de statuer au fond sur la plainte de C ou d'accorder la réparation qui convient.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Carter c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 981; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, 2004 CSC 40, [2004] 2 R.C.S. 223; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185; *Vaughan c. Canada*, 2005 CSC 11, [2005] 1 R.C.S. 146; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326; **arrêts mentionnés :** *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623; *R. c. Menard*, 2008 BCCA 521, 240 C.C.C. (3d) 1; *British Columbia (Director of Child, Family & Community Service) c. L. (T.)*, 2009 BCPC 293, 73 R.F.L. (6th) 455, conf. par 2010 BCSC 105 (CanLII); *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Eaton c. Conseil*

3 S.C.R. 624; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. Canada*, 2008 SCC 15, [2008] 1 S.C.R. 383; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498; *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), (d), 7, 8, 9, 12, 15(1), 24.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XX.1, ss. 672.4(1), 672.38(1), 672.39, 672.54, 672.55, 672.72(1), 672.78(1), 672.81(1), 672.83(1).

Authors Cited

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General*, No. 7, 3rd Sess., 34th Parl., October 9, 1991.
 Latimer, Jeff, and Austin Lawrence. *Research Report: The Review Board Systems in Canada: Overview of Results from the Mentally Disordered Accused Data Collection Study*. Ottawa: Department of Justice Canada, Research and Statistics, January 2006.
 Lokan, Andrew K., and Christopher M. Dassios. *Constitutional Litigation in Canada*. Toronto: Thomson/Carswell, 2006.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Armstrong and Lang J.J.A.), 2008 ONCA 326, 90 O.R. (3d) 335, 293 D.L.R.

scolaire du comté de Brant, [1997] 1 R.C.S. 241; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada*, 2008 CSC 15, [2008] 1 R.C.S. 383; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498; *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), d), 7, 8, 9, 12, 15(1), 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie XX.1, art. 672.4(1), 672.38(1), 672.39, 672.54, 672.55, 672.72(1), 672.78(1), 672.81(1), 672.83(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général*, n° 7, 3^e sess., 34^e lég., 9 octobre 1991.
 Latimer, Jeff, et Austin Lawrence. *Rapport de recherche : Les systèmes de commissions d'examen au Canada : Survol des résultats de l'étude de la collecte de données sur les accusés atteints de troubles mentaux*. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, Recherche et statistique, janvier 2006.
 Lokan, Andrew K., and Christopher M. Dassios. *Constitutional Litigation in Canada*. Toronto : Thomson/Carswell, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Simmons, Armstrong et Lang), 2008 ONCA 326, 90 O.R. (3d) 335, 293 D.L.R.

(4th) 729, 235 O.A.C. 341, 231 C.C.C. (3d) 429, 169 C.R.R. (2d) 314, [2008] O.J. No. 1588 (QL), 2008 CarswellOnt 2352, allowing in part an appeal from a decision of the Ontario Review Board. Appeal dismissed.

Marlys A. Edwardh, Delmar Doucette, Jessica Orkin and Michael Davies, for the appellant.

Hart M. Schwartz and Amanda Rubaszek, for the respondent Her Majesty the Queen.

Janice E. Blackburn and Ioana Bala, for the respondent the Person in charge of the Centre for Addiction and Mental Health.

Simon Fothergill, for the intervener the Attorney General of Canada.

Stephen J. Moreau and Elichai Shaffir, for the intervener the Ontario Review Board.

Paul Burstein and Anita Szigeti, for the interveners the Mental Health Legal Committee and the Mental Health Legal Advocacy Coalition.

Joseph J. Arvay, Q.C., Mark G. Underhill and Alison Latimer, for the intervener the British Columbia Review Board.

Cheryl Milne, for the interveners the Criminal Lawyers' Association and the David Asper Centre for Constitutional Rights.

David W. Mossop, Q.C., and Diane Nielsen, for the intervener the Community Legal Assistance Society.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — The specific issue in this appeal is the remedial jurisdiction of the Ontario Review Board under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The wider issue is the relationship between the *Charter*, its remedial provisions and administrative tribunals generally.

[2] There are two provisions in the *Charter* dealing with remedies: s. 24(1) and s. 24(2). Section

(4th) 729, 235 O.A.C. 341, 231 C.C.C. (3d) 429, 169 C.R.R. (2d) 314, [2008] O.J. No. 1588 (QL), 2008 CarswellOnt 2352, qui a accueilli en partie l'appel d'une décision de la Commission ontarienne d'examen. Pourvoi rejeté.

Marlys A. Edwardh, Delmar Doucette, Jessica Orkin et Michael Davies, pour l'appelant.

Hart M. Schwartz et Amanda Rubaszek, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

Janice E. Blackburn et Ioana Bala, pour l'intimé le Responsable du Centre de toxicomanie et de santé mentale.

Simon Fothergill, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Stephen J. Moreau et Elichai Shaffir, pour l'intervenante la Commission ontarienne d'examen.

Paul Burstein et Anita Szigeti, pour les intervenants Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition.

Joseph J. Arvay, c.r., Mark G. Underhill et Alison Latimer, pour l'intervenante British Columbia Review Board.

Cheryl Milne, pour les intervenants Criminal Lawyers' Association et David Asper Centre for Constitutional Rights.

David W. Mossop, c.r., et Diane Nielsen, pour l'intervenante Community Legal Assistance Society.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La question précise que soulève le présent pourvoi est celle de la compétence de la Commission ontarienne d'examen pour accorder réparation sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La question plus large est celle de l'interaction entre la *Charte*, ses dispositions réparatrices et les tribunaux administratifs en général.

[2] Deux dispositions de la *Charte* portent sur les mesures réparatrices, à savoir les par. 24(1) et

24(1) states that anyone whose *Charter* rights or freedoms have been infringed or denied may apply to a “court of competent jurisdiction” to obtain a remedy that is “appropriate and just in the circumstances”. Section 24(2) states that in those proceedings, a court can exclude evidence obtained in violation of the *Charter* if its admission would bring the administration of justice into disrepute. A constitutional remedy is also available under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which states that the Constitution is the supreme law of Canada, and that any law inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

[3] When the *Charter* was proclaimed in 1982, its relationship with administrative tribunals was a *tabula rasa*. It was not long, however, before various dimensions of the relationship found their way to this Court.

[4] The first relevant wave of cases started in 1986 with *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. The philosophical legacy of *Mills* was in its conclusion that for the purposes of s. 24(1) of the *Charter*, a “court of competent jurisdiction” was a “court” with jurisdiction over the person, the subject matter, and the remedy sought. For the next 25 years, this three-part test served as the grid for determining whether a court or administrative tribunal was a “court of competent jurisdiction” under s. 24(1) of the *Charter* (*Carter v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 981; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575 (“*Dunedin*”); *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623; *R. v. Menard*, 2008 BCCA 521, 240 C.C.C. (3d) 1; *British Columbia (Director of Child, Family & Community Service) v. L. (T.)*, 2009 BCPC 293, 73 R.F.L. (6th) 455, aff’d 2010 BCSC 105 (CanLII)).

24(2). Le paragraphe 24(1) prévoit que toute personne victime de violation ou de négation des droits ou des libertés que lui garantit la *Charte* peut s’adresser à un « tribunal compétent » pour obtenir une réparation « convenable et juste eu égard aux circonstances ». Le paragraphe 24(2) dispose que le tribunal peut alors écarter des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* lorsque leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* offre lui aussi une réparation constitutionnelle en ce qu’il énonce que la Constitution est la loi suprême du Canada et que les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit sont inopérantes.

[3] Lors de la promulgation de la *Charte* en 1982, son interaction avec les tribunaux administratifs restait à déterminer. Il s’est toutefois écoulé peu de temps avant que notre Cour ne soit appelée à se prononcer sur divers aspects de cette interaction.

[4] La première vague jurisprudentielle s’amorce en 1986 avec l’arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, dont l’enseignement philosophique réside dans la conclusion voulant que le « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) de la *Charte* soit celui qui est compétent à l’égard des parties, de l’objet du litige et de la réparation demandée. Au cours des 25 années qui ont suivi, ce critère à trois volets a servi de grille d’analyse pour déterminer si une cour de justice ou un tribunal administratif était un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) de la *Charte* (*Carter c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 981; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575 (« *Dunedin* »); *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623; *R. c. Menard*, 2008 BCCA 521, 240 C.C.C. (3d) 1; *British Columbia (Director of Child, Family & Community Service) c. L. (T.)*, 2009 BCPC 293, 73 R.F.L. (6th) 455, conf. par 2010 BCSC 105 (CanLII)).

[5] The second wave started in 1989 with *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. Although *Slaight* did not — and does not — offer any direct guidance on what constitutes a “court of competent jurisdiction”, its legacy was in its conclusion that any exercise of statutory discretion is subject to the *Charter* and its values (*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 875; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paras. 53-56; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at paras. 38-40; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 22; *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. Canada*, 2008 SCC 15, [2008] 1 S.C.R. 383, at paras. 20-24).

[6] The third and final wave started in 1990 with *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, followed in 1991 by *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. The legacy of these cases — the *Cuddy Chicks* trilogy — is in their conclusion that specialized tribunals with both the expertise and authority to decide questions of law are in the best position to hear and decide constitutional questions related to their statutory mandates (*Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585; *Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)*, 2004 SCC 40, [2004] 2 S.C.R. 223; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257).

[7] The impact of these three jurisprudential waves has been to confine constitutional issues for administrative tribunals to three discrete universes.

[5] L'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, a marqué le début de la deuxième vague en 1989. Même s'il ne permettait pas — et ne permet pas — directement de déterminer ce qu'est un « tribunal compétent », l'enseignement correspond à la conclusion de notre Cour selon laquelle tout pouvoir discrétionnaire doit être exercé dans le respect de la *Charte* et des valeurs qui la sous-tendent (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 875; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 53-56; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 38-40; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 22; *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada*, 2008 CSC 15, [2008] 1 R.C.S. 383, par. 20-24).

[6] La troisième et dernière vague voit le jour en 1990 avec l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, suivi en 1991 de *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et de *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. L'enseignement transmis par ces arrêts — la trilogie *Cuddy Chicks* — est qu'un tribunal spécialisé jouissant à la fois de l'expertise et du pouvoir requis pour trancher une question de droit est le mieux placé pour trancher une question constitutionnelle se rapportant à son mandat légal (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, 2004 CSC 40, [2004] 2 R.C.S. 223; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257).

[7] Ces trois vagues jurisprudentielles ont eu pour effet de confiner les questions constitutionnelles touchant aux tribunaux administratifs dans trois

It seems to me that after 25 years of parallel evolution, it is time to consider whether the universes can appropriately be merged.

Background

[8] Paul Conway is 56 years old. As a child, he was physically and sexually abused by close relatives. During his twenties, Mr. Conway was twice convicted of assault.

[9] In September 1983, at the age of 29, Mr. Conway threatened his aunt at knife point and forced her to have sexual intercourse with him repeatedly over the course of a few hours. On February 27, 1984, Mr. Conway was found not guilty by reason of insanity on a charge of sexual assault with a weapon.

[10] Since the verdict, Mr. Conway has been detained in mental health facilities across Ontario, primarily the Penetanguishene Mental Health Centre's maximum security unit. He has been diagnosed with an unspecified psychotic disorder, a mixed personality disorder with paranoid, borderline and narcissistic features, potential post-traumatic stress disorder and potential paraphilia.

[11] In 2005, following Mr. Conway's mandatory annual review hearing before the Ontario Review Board, the Board transferred Mr. Conway from Penetanguishene to Toronto's Centre for Addiction and Mental Health ("CAMH"), a medium security facility. The Board observed that although Mr. Conway was "unconvinced that he suffers from a mental illness" and was "uncured", his treatment required that he have hope of eventually being integrated into the community.

[12] Prior to his annual review hearing in 2006, Mr. Conway sent a Notice of Constitutional Question to the Board, CAMH, and the Attorneys General of Ontario and Canada, alleging breaches of ss. 2(b), 2(d), 7, 8, 9, 12 and 15(1) of the *Charter*. He listed the following grounds as the basis of the

univers distincts. J'estime qu'après 25 ans d'évolution parallèle, il convient d'examiner l'opportunité de réunir convenablement ces univers.

Contexte

[8] M. Paul Conway est âgé de 56 ans. Lorsqu'il était enfant, il a été agressé physiquement et sexuellement par de proches parents. Dans la vingtaine, il a été déclaré coupable de voies de fait à deux reprises.

[9] En septembre 1983, alors âgé de 29 ans, M. Conway a menacé sa tante à la pointe du couteau et l'a forcée à avoir des relations sexuelles avec lui à maintes reprises pendant quelques heures. Accusé d'agression sexuelle armée, il a été déclaré non coupable pour cause d'aliénation mentale le 27 février 1984.

[10] Depuis lors, M. Conway a été détenu dans des établissements psychiatriques ontariens, principalement à l'unité à sécurité maximale du Centre de santé mentale de Penetanguishene. On lui a diagnostiqué un trouble psychotique non spécifique, un trouble de la personnalité mixte comportant des traits paranoïaques, limites et narcissiques, ainsi qu'un trouble de stress post-traumatique et une paraphilie possibles.

[11] En 2005, à l'issue de l'audience tenue dans le cadre de l'examen annuel obligatoire, la Commission ontarienne d'examen a ordonné le transfèrement de M. Conway de Penetanguishene au Centre de toxicomanie et de santé mentale (« CTSM ») de Toronto, un établissement à sécurité moyenne. Elle a signalé que M. Conway demeurait [TRADUCTION] « non convaincu de souffrir d'une maladie mentale » et qu'il n'était « pas guéri », mais que son traitement exigeait qu'il puisse espérer réintégrer un jour la société.

[12] En 2006, avant l'audience prévue aux fins de son examen annuel, M. Conway a fait parvenir à la Commission, au CTSM, au procureur général de l'Ontario et au procureur général du Canada, un avis de question constitutionnelle alléguant la violation de ses droits garantis aux al. 2b) et d),

claim that his constitutional rights had been violated and that he was therefore entitled to an absolute discharge under s. 24(1):

Mr. Conway states that there is little regard for the living conditions under which he is detained and that these factors have a negative impact on his mental and physical health. These conditions include:

- a. Construction noise, fumes and dust associated with the renovation of the unit directly below him which affect his peace, tranquillity and convalescence;
- b. Failure to respect his rights, individuality, and expressions of same;
- c. Interruptions by staff of his telephone calls and unnecessary and improper implementation of call restrictions including when he is speaking with legal counsel;
- d. Unfair treatment by staff which manifests in differential treatment towards him compared with other NCR accused individuals detained on the unit; and
- e. Failure to provide for his needs and advocacy for his expressed needs;

. . .

Mr. Conway is currently incarcerated and is subject to infringements on his liberty, safety, dignity and security of his person without due process of the law, including:

- a) environmental pollution;
- b) noise pollution;
- c) arbitrary actions by staff;
- d) threats of attack and attacks by inpatients;
- e) hostility by staff against him;
- f) threats of the use of chemical and mechanical restraints;

aux art. 7, 8, 9 et 12 et au par. 15(1) de la *Charte*. Voici les motifs qu'il invoquait à l'appui de son allégation selon laquelle il y avait eu atteinte à ses droits constitutionnels, en sorte qu'il avait droit à une libération inconditionnelle en application du par. 24(1) :

[TRADUCTION]

M. Conway affirme qu'on ne se soucie guère de ses conditions de détention, ce qui nuit à sa santé mentale et physique. Voici quelles sont ces conditions :

- a. bruits, émanations et poussière liés à la rénovation de l'unité située directement au-dessous de la sienne qui nuisent à son calme, à sa tranquillité et à sa convalescence;
- b. non-respect de ses droits, de son individualité et de l'expression de ceux-ci;
- c. interruptions par le personnel de ses communications téléphoniques, notamment avec son avocat, et application de limitations inutiles et inadéquates à cet égard;
- d. traitement injuste se manifestant par une attitude différente du personnel à son endroit par rapport aux autres personnes déclarées non responsables criminellement qui sont détenues dans l'unité;
- e. omission de répondre à ses besoins et de faire valoir ceux qu'il exprime;

. . .

M. Conway est actuellement détenu et soumis à des atteintes à sa liberté, à sa dignité et à la sécurité de sa personne, sans égard à l'application régulière de la loi, entre autres par ce qui suit :

- a) pollution de l'environnement;
- b) pollution par le bruit;
- c) mesures arbitraires du personnel;
- d) menaces d'agression et agressions par d'autres patients;
- e) hostilité du personnel à son endroit;
- f) menaces de recours à la contention chimique et mécanique;

- | | |
|--|---|
| g) failure to provide emotional counselling for the abuse suffered by Mr. Conway as a child (including emotional, physical, sexual and domestic abuse) which is the real source of Mr. Conway's mental health problems and emotional distress; | g) refus d'une aide psychologique pour les mauvais traitements dont il a été victime enfant (dont violence psychologique et physique, agressions sexuelles et violence familiale) qui sont la cause véritable de ses problèmes de santé mentale et de ses troubles affectifs; |
| h) failure to provide an environment which allows him to feel safe on a daily basis; | h) omission de lui offrir un environnement où il se sente chaque jour en sécurité; |
| i) failure to provide an environment where the Rule of Law prevails; | i) omission d'offrir un milieu où s'applique la règle de droit; |
| j) failure to provide an environment where Mr. Conway is afforded procedural fairness in respect of any restriction of his liberties; | j) omission de faire en sorte qu'il bénéficie de l'équité procédurale pour toute restriction de sa liberté; |
| k) failure to provide an environment which is free of racism; | k) omission d'offrir un environnement exempt de racisme; |
| l) failure to provide [an] environment which is cross-culturally sensitive; and | l) omission d'offrir un environnement sensibilisé à la transculturalité; |
| m) such other and further infringements and violations as counsel may advise and the Board may permit; | m) autre atteinte relevée par l'avocat et dont la mise en preuve est autorisée par la commission; |

These violations on Mr. Conway's rights have affected Mr. Conway such that he no longer can benefit therapeutically from the environment.

Ces violations de ses droits ont atteint M. Conway au point où il ne peut plus bénéficier de l'environnement sur le plan thérapeutique.

[13] After an eight-day hearing, the five-member panel of the Ontario Review Board unanimously concluded that Mr. Conway was "an egocentric, impulsive bully with a poor to absent ability to control his own behaviour", had continued paranoid and delusional ideation, and had a persistent habit of threatening and intimidating others, high actuarial scores for violent recidivism and an untreated clinical condition.

[13] Après huit jours d'audience, un comité de cinq membres de la Commission ontarienne d'examen a conclu à l'unanimité que M. Conway était [TRADUCTION] « une brute égocentrique et impulsive dont la maîtrise de soi était faible, voire inexistante », qu'il était constamment en proie à des idées paranoïaques et délirantes, qu'il demeurait enclin à menacer et à intimider autrui, qu'il présentait un risque élevé de récidive violente et qu'il souffrait d'un état clinique non traité.

[14] He was consequently found to be a threat to public safety, who would, if released, quickly return to police and hospital custody. This made him an unsuitable candidate for an absolute discharge under the statute, which states that an absolute discharge is unavailable to any patient who is a "significant threat to the safety of the public" (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54). Accordingly, Mr. Conway was ordered to remain at CAMH. The Board suggested, but did not formally order, that CAMH establish a "renewed treating team" for Mr. Conway, enrol him in anger management and

[14] Il a donc été conclu que M. Conway représentait un risque pour la sécurité du public et que, s'il était libéré, il se retrouverait rapidement sous garde policière, puis à l'hôpital. Il n'était donc pas admissible à la libération inconditionnelle, la loi l'écartant dans le cas d'un patient qui représente « un risque important pour la sécurité du public » (*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54). La Commission a donc ordonné que M. Conway demeure détenu au CTSM. Elle a recommandé, sans l'ordonner formellement, que le CTSM charge une nouvelle équipe du traitement de

sexual assault prevention programs, and investigate whether he had sustained brain damage in a car accident more than 30 years ago.

[15] As for Mr. Conway's application for a remedy under s. 24(1) of the *Charter*, the Board concluded that it had no *Charter* jurisdiction in light of its statutory structure and function, its own past rulings, and those of other Canadian review boards denying s. 24(1) jurisdiction. It therefore had no jurisdiction to consider Mr. Conway's *Charter* claims.

[16] Mr. Conway appealed to the Ontario Court of Appeal, which unanimously found that an absolute discharge was not an available remedy for Mr. Conway under s. 24(1) (2008 ONCA 326, 90 O.R. (3d) 335). Armstrong J.A. for the majority concluded that the Board lacked jurisdiction to grant an absolute discharge as a *Charter* remedy because granting such a remedy to a patient who, like Mr. Conway, was a significant threat to the public, would frustrate Parliamentary intent. The Board was therefore not a court of competent jurisdiction pursuant to the test set out in *Mills* since it lacked jurisdiction over the particular remedy sought. Lang J.A. agreed that an absolute discharge was unavailable to Mr. Conway, but she was of the view that the Board was competent to make other orders that would be appropriate remedies for a breach of a patient's *Charter* rights.

[17] Notably, the Court of Appeal also unanimously concluded that it was unreasonable for the Board not to make a formal order setting out conditions addressing the treatment impasse plaguing Mr. Conway's detention. This issue was remitted back to the Board.

M. Conway, qu'il l'inscrive à des programmes de maîtrise de la colère et de prévention de l'agression sexuelle et qu'il détermine si M. Conway avait subi des lésions cérébrales lors d'un accident de la route survenu plus de 30 ans auparavant.

[15] En ce qui concerne la demande de réparation de M. Conway fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, la Commission a conclu, étant donné sa structure et sa fonction légales, ses décisions antérieures et celles d'autres commissions d'examen au Canada écartant toute compétence découlant du par. 24(1), qu'elle était dépourvue du pouvoir de statuer sur le fondement de la *Charte*. Elle ne pouvait donc pas examiner les demandes de M. Conway prenant appui sur la *Charte*.

[16] M. Conway a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a conclu à l'unanimité qu'une libération inconditionnelle n'était pas une réparation susceptible de lui être accordée par application du par. 24(1) (2008 ONCA 326, 90 O.R. (3d) 335). Au nom des juges majoritaires, le juge Armstrong a conclu que la Commission n'avait pas compétence pour accorder une libération inconditionnelle à titre de réparation fondée sur la *Charte*, car dans le cas d'un patient qui représente un risque important pour la sécurité du public, comme M. Conway, une telle mesure irait à l'encontre de l'intention du législateur. La Commission n'était donc pas un tribunal compétent suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Mills*, car elle n'avait pas compétence à l'égard de la réparation demandée. La juge Lang a convenu que M. Conway ne pouvait bénéficier d'une libération inconditionnelle, mais elle a estimé que la Commission pouvait rendre d'autres ordonnances qui constitueraient des réparations convenables en cas de violation des droits du patient issus de la *Charte*.

[17] Signalons que la Cour d'appel a aussi unanimement conclu que la Commission s'était déraisonnablement abstenue de rendre une ordonnance énonçant des modalités précises pour mettre fin à l'impasse thérapeutique dans laquelle se trouvait M. Conway. La question a été renvoyée à la Commission.

[18] This Court, in order to decide whether Mr. Conway is entitled to the *Charter* remedies he is seeking, must first determine whether the Ontario Review Board is a court of competent jurisdiction which can grant *Charter* remedies under s. 24(1). In accordance with the new approach developed in these reasons, I am of the view that it is. On the other hand, I am not persuaded that Mr. Conway is entitled to the particular *Charter* remedies he seeks and would therefore dismiss the appeal.

Analysis

[19] Section 24(1) states:

Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[20] We do not have one *Charter* for the courts and another for administrative tribunals (*Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, *per* McLachlin J. (in dissent), at para. 70; *Dunedin*; *Douglas College*; *Martin*). This truism is reflected in this Court's recognition that the principles governing remedial jurisdiction under the *Charter* apply to both courts *and* administrative tribunals. It is also reflected in the jurisprudence flowing from *Mills* and the *Cuddy Chicks* trilogy according to which, with rare exceptions, administrative tribunals with the authority to apply the law have the jurisdiction to apply the *Charter* to the issues that arise in the proper exercise of their statutory functions.

[21] The jurisprudential evolution has resulted in this Court's acceptance not only of the proposition that expert tribunals should play a primary role in the determination of *Charter* issues falling within their specialized jurisdiction, but also that in exercising their statutory discretion, they must comply with the *Charter*.

[22] All of these developments serve to cement the direct relationship between the *Charter*, its

[18] Notre Cour doit, afin de décider si M. Conway a droit aux réparations qu'il demande sur le fondement de la *Charte*, déterminer au préalable si la Commission ontarienne d'examen est un tribunal compétent pour l'octroi de réparations en application du par. 24(1). Conformément à la nouvelle démarche établie dans les présents motifs, j'estime que c'est le cas. Par contre, je ne suis pas convaincue que M. Conway a droit aux réparations précises sollicitées en application de la *Charte* et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Analyse

[19] Le paragraphe 24(1) dispose :

Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[20] Il n'y a pas une *Charte* pour les cours de justice et une autre pour les tribunaux administratifs (*Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, la juge McLachlin (dissidente), par. 70; *Dunedin*; *Douglas College*; *Martin*). Cette évidence trouve écho dans la reconnaissance par notre Cour de l'assujettissement des cours de justice *et* des tribunaux administratifs aux principes qui régissent le pouvoir de réparation conféré par la *Charte*. Elle se retrouve également dans la jurisprudence issue de l'arrêt *Mills* et de la trilogie *Cuddy Chicks* et selon laquelle, sauf rares exceptions, le tribunal administratif investi du pouvoir d'appliquer la loi a compétence pour appliquer la *Charte* aux questions soulevées dans le cadre de l'exercice approprié de ses attributions légales.

[21] L'évolution de la jurisprudence a incité notre Cour à reconnaître que les tribunaux spécialisés devaient non seulement jouer un rôle de premier plan dans le règlement des questions liées à la *Charte* et relevant de leur compétence particulière, mais également se conformer à la *Charte* dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire.

[22] Tous ces éléments consolident le lien direct existant entre la *Charte*, ses dispositions réparatrices

remedial provisions and administrative tribunals. In light of this evolution, it seems to me to be no longer helpful to limit the inquiry to whether a court or tribunal is a court of competent jurisdiction only for the purposes of a particular remedy. The question instead should be institutional: Does this particular tribunal have the jurisdiction to grant *Charter* remedies generally? The result of this question will flow from whether the tribunal has the power to decide questions of law. If it does, and if *Charter* jurisdiction has not been excluded by statute, the tribunal will have the jurisdiction to grant *Charter* remedies in relation to *Charter* issues arising in the course of carrying out its statutory mandate (*Cuddy Chicks* trilogy; *Martin*). A tribunal which has the jurisdiction to grant *Charter* remedies is a court of competent jurisdiction. The tribunal must then decide, given this jurisdiction, whether it can grant the particular remedy sought based on its statutory mandate. The answer to this question will depend on legislative intent, as discerned from the tribunal's statutory mandate (the *Mills* cases).

[23] This approach has the benefit of attributing *Charter* jurisdiction to the tribunal as an institution, rather than requiring litigants to test, remedy by remedy, whether it is a court of competent jurisdiction. It is also an approach which emerges from a review of the three distinct constitutional streams flowing from this Court's jurisprudence. As the following review shows, this Court has gradually expanded the approach to the scope of the *Charter* and its relationship with administrative tribunals. These reasons are an attempt to consolidate the results of that expansion.

The Mills Cases

[24] In *Mills*, it was decided that relief is available under s. 24(1) of the *Charter* if the "court" from which relief is sought has jurisdiction over the parties, the subject matter and the remedy sought. Since 1986, the *Mills* test has been consistently applied to determine whether courts and tribunals acting under specific statutory schemes are courts

et les tribunaux administratifs. Partant, il ne me paraît plus utile que l'analyse vise uniquement à déterminer si une cour de justice ou un tribunal administratif est un « tribunal compétent » seulement pour les besoins d'une réparation donnée. La question devrait plutôt être examinée sous l'angle institutionnel : le tribunal en cause a-t-il le pouvoir général d'accorder une réparation fondée sur la *Charte*? La réponse tient à ce que le tribunal peut ou non trancher une question de droit. Dans l'affirmative, si sa compétence liée à la *Charte* n'est pas écartée par une loi, il a compétence pour accorder réparation sur le fondement de la *Charte* relativement à une question s'y rapportant soulevée dans le cadre de l'exécution de son mandat légal (trilogie *Cuddy Chicks*; *Martin*). Le tribunal doté du pouvoir d'accorder réparation sur le fondement de la *Charte* est un tribunal compétent. Dès lors, il décide s'il peut accorder la réparation demandée au regard de son mandat légal, et l'intention du législateur qui se dégage de ses attributions légales est déterminante à cet égard (arrêt *Mills* et ceux rendus dans sa foulée).

[23] Cette démarche présente l'avantage de reconnaître la compétence que confère la *Charte* au tribunal administratif en tant qu'institution au lieu d'exiger que les parties fassent déterminer à chaque fois s'il est un « tribunal compétent » pour accorder une réparation donnée. Elle découle également des trois courants distincts qui ressortent de la jurisprudence de notre Cour en matière constitutionnelle. Comme il appert de l'examen qui suit, notre Cour a progressivement interprété plus libéralement la portée de la *Charte* et son interaction avec les tribunaux administratifs. Les présents motifs visent à assembler les résultats de cet élargissement.

L'arrêt Mills et ceux rendus dans sa foulée

[24] Dans l'arrêt *Mills*, notre Cour conclut qu'une réparation peut être accordée sous le régime du par. 24(1) de la *Charte* si le « tribunal » saisi est compétent à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation demandée. Depuis 1986, ce critère est toujours appliqué pour déterminer si une cour de justice ou un tribunal administratif assujéti à des

of competent jurisdiction to grant particular remedies under s. 24(1).

[25] The early cases considered the remedial jurisdiction of statutory and superior courts. In *Mills* and *Carter*, this Court held that a provincial court judge sitting as a preliminary inquiry court was not a court of competent jurisdiction for the purpose of ordering a stay of proceedings for an alleged s. 11(b) violation. The following year, this Court concluded that extradition judges had the same institutional features as preliminary inquiry judges, and could therefore not order a stay in the event of a *Charter* breach (*Mellino*; *Allard*). Further, in *Mellino*, the Court observed that since extradition proceedings were reviewable by superior courts by way of *habeas corpus*, those superior courts were the courts of competent jurisdiction to grant a stay under s. 24(1), not the extradition judge.

[26] In 1988, in *Gamble*, the Court held that a superior court in the province where an individual is in custody is a court of competent jurisdiction to hear an application for *habeas corpus*, stating:

Where the courts of Ontario have jurisdiction over the subject matter and the person, it seems to me that they may, under the broad provisions of s. 24(1) of the *Charter*, grant such relief as it is within their jurisdiction to grant and as they consider appropriate and just in the circumstances. [p. 631]

[27] In 1995, in *Weber*, the Court expanded the scope of the *Mills* inquiry to cover administrative tribunals. The issue was whether a labour arbitrator appointed under the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, was a court of competent jurisdiction for the purpose of granting damages and a declaration under s. 24(1) in relation to disputes which in their essential character arose out of the collective agreement between the parties. *Weber* had sought relief for what he alleged were breaches of ss. 7 and 8 of the *Charter* committed by his employer, Ontario Hydro, who had gathered surveillance evidence about him during his extended sick leave.

dispositions législatives particulières est un tribunal compétent pour accorder certaines réparations suivant le par. 24(1).

[25] Les premiers arrêts portent sur le pouvoir de réparation des cours supérieures et des tribunaux d'origine législative. Dans les arrêts *Mills* et *Carter*, notre Cour statue qu'un juge d'une cour provinciale présidant une enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent pour ordonner l'arrêt des procédures lorsque la violation du droit garanti à l'al. 11(b) est alléguée. L'année suivante, elle conclut qu'un juge d'extradition présente les mêmes caractéristiques institutionnelles qu'un juge présidant une enquête préliminaire et qu'il ne peut donc pas ordonner l'arrêt des procédures pour cause d'atteinte à un droit constitutionnel (*Mellino* et *Allard*). De plus, dans l'arrêt *Mellino*, étant donné que la procédure d'extradition peut être contrôlée par voie d'*habeas corpus* par une cour supérieure, notre Cour fait remarquer que c'est cette dernière, et non le juge d'extradition, qui constitue le tribunal compétent pour ordonner l'arrêt des procédures en application du par. 24(1).

[26] En 1988, dans l'arrêt *Gamble*, notre Cour statue que la cour supérieure de la province où est détenue une personne est un tribunal compétent pour entendre une demande d'*habeas corpus* :

Lorsque les tribunaux de l'Ontario ont compétence *ratione materiae* et *ratione personae*, il me semble qu'ils peuvent, en vertu des dispositions générales du par. 24(1) de la *Charte*, accorder toute réparation qui relève de leur compétence et qu'ils estiment convenable et juste eu égard aux circonstances. [p. 631]

[27] En 1995, dans l'arrêt *Weber*, notre Cour étend l'application du critère de l'arrêt *Mills* aux tribunaux administratifs. La question qui se posait alors était celle de savoir si un arbitre du travail nommé en vertu de la *Loi sur les relations de travail de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. L.2, était un tribunal compétent pour accorder des dommages-intérêts et rendre un jugement déclaratoire en application du par. 24(1) relativement à un différend qui découlait dans son essence de la convention collective liant les parties. *M. Weber* avait demandé réparation pour la violation alléguée de ses droits garantis aux art. 7 et 8 de la *Charte*. Son employeur, Ontario

The Court had to determine whether Weber was required to raise his *Charter* claims before a labour arbitrator or before the superior court.

[28] For the majority, McLachlin J. rejected an approach that would bifurcate the proceedings between the arbitrator and the courts. In her view, the “essential character” of Weber’s claim was unfair treatment by the employer. The collective agreement expressly stated that the grievance procedure applied to “[a]ny allegation that an employee has been subjected to unfair treatment”. Weber’s *Charter* claims were therefore found to be within the arbitrator’s exclusive jurisdiction:

[W]hile the informal processes of such tribunals might not be entirely suited to dealing with constitutional issues, clear advantages to the practice exist. Citizens are permitted to assert their *Charter* rights in a prompt, inexpensive, informal way. The parties are not required to duplicate submissions on the case in two different fora, for determination of two different legal issues. A specialized tribunal can quickly sift the facts and compile a record for the reviewing court. And the specialized competence of the tribunal may provide assistance to the reviewing court.

. . .

. . . it is not the name of the tribunal that determines the matter, but its powers. . . The practical import of fitting *Charter* remedies into the existing system of tribunals, as McIntyre J. notes [in *Mills*], is that litigants have “direct” access to *Charter* remedies in the tribunal charged with deciding their case. [paras. 60 and 65]

[29] Foreshadowing the debate that is before us in this case, Iacobucci J. in dissent, expressed the view that the arbitrator was neither a “court” nor of “competent jurisdiction” for the purpose of granting *Charter* remedies under s. 24(1). In his view, Weber was entitled to seek labour remedies from the arbitrator, but not those under the *Charter*.

Hydro, avait recueilli des éléments de preuve en le soumettant à une surveillance pendant son congé de maladie prolongé. Notre Cour était appelée à déterminer si les allégations de M. Weber fondées sur la *Charte* ressortissaient à l’arbitre du travail ou à la cour supérieure.

[28] Au nom des juges majoritaires, la juge McLachlin rejette l’approche qui fractionnerait l’instance entre l’arbitre et la cour de justice. Selon elle, l’allégation de traitement injuste de la part de l’employeur constitue l’« essence » de la demande de M. Weber. La convention collective prévoyait expressément que la procédure de grief s’appliquait à [TRADUCTION] « [i]oute allégation portant qu’un employé a subi un traitement injuste ». Notre Cour conclut donc que les demandes de M. Weber fondées sur la *Charte* relevaient de la compétence exclusive de l’arbitre :

[S]i la procédure informelle de ces tribunaux peut ne pas convenir tout à fait aux questions constitutionnelles, elle offre toutefois de nets avantages. Ainsi, les citoyens sont autorisés à faire valoir les droits qui leur sont garantis par la *Charte* de façon rapide, peu coûteuse et informelle. Les parties ne sont pas obligées de présenter deux requêtes à deux juridictions différentes pour que soient tranchées deux questions juridiques distinctes. Un tribunal spécialisé peut rapidement passer les faits au crible et dresser un dossier pour le tribunal d’appel. Et l’expertise du tribunal peut être utile au tribunal d’appel.

. . .

. . . ce n’est pas le nom qu’il porte qui tranche la question, mais bien les pouvoirs qu’il possède. [. . .] En pratique, le fait d’insérer les réparations fondées sur la *Charte* dans le système existant de tribunaux administratifs, ainsi que le juge McIntyre l’a souligné [dans l’arrêt *Mills*], a pour effet d’accorder aux plaideurs un accès « direct » aux réparations prévues par la *Charte* auprès du tribunal chargé de résoudre leur cas. [par. 60 et 65]

[29] Laissant présager le litige dont nous sommes saisis en l’espèce, le juge Iacobucci, dissident, opine que l’arbitre n’est ni un « tribunal », ni un tribunal « compétent » aux fins de l’octroi de réparations sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*. Selon lui, M. Weber pouvait obtenir de l’arbitre des mesures de réparation en droit du travail, mais non sur le fondement de la *Charte*.

[30] The *Weber* “exclusive jurisdiction model” enunciated by McLachlin J., which directed that an administrative tribunal should decide *all* matters whose essential character falls within the tribunal’s specialized statutory jurisdiction, is now a well-established principle of administrative law (*Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185; *Quebec (Human Rights Tribunal); Vaughan v. Canada*, 2005 SCC 11, [2005] 1 S.C.R. 146; *Okwuobi*; Andrew K. Lokan and Christopher M. Dassios, *Constitutional Litigation in Canada* (2006), at p. 4-15).

[31] The next year, this Court decided *Mooring*. The issue was whether the National Parole Board was a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence under s. 24(2) of the *Charter*. Sopinka J., writing for the majority, considered only the third step of the *Mills* test since he found it to be determinative. In his view, it followed from the Parole Board’s structure and function, as well as the language of its enabling statute, that the Board could not exclude evidence under s. 24(2) of the *Charter*. Pursuant to the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, the Board was not bound by the traditional rules of evidence and was obliged to consider all available, relevant information when rendering its decisions. The ability to exclude evidence would have been, in Sopinka J.’s view, inconsistent with the intent and specific provisions of the Parole Board’s statutory scheme. Since the *Mills* test was ultimately a means of discerning Parliamentary intent, this inconsistency precluded the Board from being a court of competent jurisdiction for the purpose of granting the particular remedy sought. Sopinka J. concluded instead that the Parole Board’s “duty of fairness” obligations offered sufficient protection to those appearing before the Board.

[30] Le « modèle de la compétence exclusive » mis de l’avant par la juge McLachlin dans cet arrêt — à savoir qu’un tribunal administratif doit trancher *toutes* les questions qui, dans leur essence, relèvent de sa compétence particulière légalement reconnue —, constitue désormais un principe bien établi en droit administratif (*Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185; *Québec (Tribunal des droits de la personne); Vaughan c. Canada*, 2005 CSC 11, [2005] 1 R.C.S. 146; *Okwuobi*; Andrew K. Lokan et Christopher M. Dassios, *Constitutional Litigation in Canada* (2006), p. 4-15).

[31] L’année suivante, notre Cour statuait dans l’affaire *Mooring*. Elle devait déterminer si la Commission nationale des libérations conditionnelles était un tribunal compétent aux fins d’écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Auteur des motifs majoritaires, le juge Sopinka s’en tient au troisième volet du critère de l’arrêt *Mills*, qui lui paraît décisif. Selon lui, la structure et la fonction de la commission, ainsi que le libellé de sa loi habilitante, indiquaient qu’elle ne pouvait écarter des éléments de preuve sous le régime du par. 24(2) de la *Charte*. Suivant la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, la commission n’était pas tenue d’appliquer les règles de preuve classiques, mais ses décisions devaient tenir compte de toute l’information pertinente disponible. Pour le juge Sopinka, le pouvoir d’écarter des éléments de preuve était incompatible avec l’intention du législateur et les dispositions expresses du régime législatif applicable à la commission. Comme le critère de l’arrêt *Mills* permettait en définitive de cerner l’intention du législateur, l’incompatibilité faisait en sorte que la commission ne pouvait être un tribunal compétent pour accorder la réparation demandée. Le juge Sopinka conclut plutôt que l’obligation de la commission d’« agir équitablement » offrait une protection suffisante aux personnes se présentant devant elle.

[32] Major J. (McLachlin J. concurring), in a vigorous dissent, criticized the majority's implicit resurrection of the idea, rejected in *Weber*, that only courts could be "courts of competent jurisdiction" for the purpose of s. 24(1). Major J. was of the view that the policy considerations animating the Court's reasoning under s. 52 in the *Cuddy Chicks* trilogy applied equally in cases arising under s. 24(1). He felt that "[o]f primary importance is the ability of the citizen to rely upon and assert *Charter* rights in a direct manner in the normal procedural context in which the issue arises" (para. 61). As he explained:

There is no reason in principle why any of the practical advantages enunciated by La Forest J. in the trilogy should apply with any less force to a tribunal granting a remedy under s. 24 than to a tribunal declining to enforce a constitutionally invalid statutory provision. If anything, tailoring a specific *Charter* remedy for a specific applicant before a tribunal is more suited to a tribunal's special role in determining rights on a case by case basis in the tribunal's area of expertise. It has less serious ramifications than determining that a statutory provision will not be applied on *Charter* grounds. [para. 64]

[33] Turning to the *Mills* test, Major J. concluded that the only real question before the Court was whether the Parole Board was a court of competent jurisdiction for the purpose of awarding the specific remedy sought by the applicant, namely the exclusion of evidence. While the Parole Board was not bound by formal rules of evidence, it was nonetheless obliged to exclude information that was irrelevant, unreliable or inaccurate. Accordingly, the Board had the jurisdiction to exclude evidence and it therefore met the third *Mills* criterion. Major J. expressly disagreed with Sopinka J.'s conclusion that the doctrine of procedural fairness provided sufficient protection of constitutional rights in the context of the Board's proceedings.

[34] More recently, the Court has had two further opportunities to consider the *Mills* test. In *Dunedin*,

[32] Dans une dissidence bien sentie, le juge Major (avec l'appui de la juge McLachlin) reproche aux juges majoritaires de réhabiliter l'idée, rejetée dans l'arrêt *Weber*, que seule une cour de justice peut être un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1). À son avis, les considérations de principe qui sous-tendent le raisonnement fondé sur l'art. 52 dans les arrêts de la trilogie *Cuddy Chicks* s'appliquent tout autant lorsque le par. 24(1) est en cause : « La capacité du citoyen d'invoquer les droits garantis par la *Charte* et de les faire reconnaître de façon directe, dans le cadre procédural normal ayant suscité la question, constitue alors un facteur déterminant » (par. 61). Il explique plus loin :

Aucune raison de principe ne justifie que les avantages pratiques énumérés par le juge La Forest dans la trilogie aient moins de force lorsqu'un tribunal administratif accorde une réparation sous le régime de l'art. 24 que lorsqu'il refuse de donner effet à une disposition législative inconstitutionnelle. Leur fonction particulière de détermination des droits au cas par cas dans leur domaine de spécialisation placerait même plutôt les tribunaux administratifs en meilleure position pour décider de la réparation qu'il convient d'accorder à un demandeur donné. Ce type de décision a des ramifications moins importantes que le refus d'appliquer une disposition législative pour un motif fondé sur la *Charte*. [par. 64]

[33] Passant ensuite au critère de l'arrêt *Mills*, le juge Major conclut que la seule véritable question dont est saisie la Cour est celle de savoir si la commission était un tribunal compétent pour faire droit à la demande et écarter les éléments de preuve. Certes, la commission n'était pas tenue d'appliquer des règles de preuve strictes, mais il n'en demeurait pas moins qu'elle devait écarter les renseignements qui n'étaient pas pertinents, sûrs ou exacts. Elle avait donc le pouvoir d'écarter des éléments de preuve et elle satisfaisait en conséquence au troisième volet du critère de l'arrêt *Mills*. Le juge Major se dissocie clairement de la conclusion du juge Sopinka selon laquelle la théorie de l'équité procédurale protégeait suffisamment les droits constitutionnels dans le contexte d'une instance devant la commission.

[34] Plus récemment, notre Cour a eu deux autres occasions de se pencher sur le critère de l'arrêt *Mills*.

the issue was whether a provincial court judge with jurisdiction under Ontario's *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33, was a court of competent jurisdiction for the purpose of ordering costs against the Crown for failure to comply with the *Charter*. McLachlin C.J., writing for a unanimous Court, again confirmed that applying the *Mills* test is, first and foremost, a matter of discerning legislative intent. The question in each case is whether the legislature intended to give the court or tribunal the power to apply the *Charter*:

[W]here a legislature confers on a court or tribunal a function that involves the determination of matters where *Charter* rights may be affected, and furnishes it with processes and powers capable of fairly and justly resolving those incidental *Charter* issues, then it must be inferred, in the absence of a contrary intention, that the legislature intended to empower the tribunal to apply the *Charter*. [para. 75]

[35] This approach “promotes direct and early access to *Charter* remedies in forums competent to issue such relief” (para. 75). Applying it to the issue before her, McLachlin C.J. concluded that both the structure and function of the provincial offences court supported the view that it could and should apply the *Charter*. Looking first to function, McLachlin C.J. concluded that the provincial offences court’s role as a quasi-criminal court of first instance weighed strongly in favour of expansive remedial jurisdiction under s. 24 of the *Charter*. Such jurisdiction would promote the resolution of *Charter* issues in the forum best situated to resolve them:

Provincial offences courts, like other criminal trial courts, are the preferred forum for issuing *Charter* remedies in the cases originating before them, where they will have the “fullest account of the facts available” This role commends a full complement of criminal law remedies at the disposal of provincial offences courts. This broad remedial jurisdiction is necessary to prevent frequent resort to superior courts to fill gaps in statutory jurisdiction, and to ensure that the remedy that ultimately flows is in fact both appropriate and just. [para. 79]

Dans l’affaire *Dunedin*, il s’agissait de savoir si un juge d’une cour provinciale tirant sa compétence de la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1990, ch. P.33, était un tribunal compétent pour condamner la Couronne aux dépens par suite du non-respect de la *Charte*. Dans un jugement unanime, la juge en chef McLachlin confirme encore une fois que le critère de l’arrêt *Mills* s’attache d’abord et avant tout à cerner l’intention du législateur. Il faut déterminer chaque fois si ce dernier a voulu conférer à la cour de justice ou au tribunal administratif le pouvoir d’appliquer la *Charte* :

[L]orsqu’un législateur confie à un tribunal judiciaire ou administratif une fonction l’amenant à trancher des questions susceptibles de toucher des droits garantis par la *Charte* et le dote de mécanismes et procédures lui permettant de décider de façon juste et équitable ces questions accessoires liées à la *Charte*, il faut alors en déduire, en l’absence d’intention contraire, que le législateur entendait habiliter ce tribunal à appliquer la *Charte*. [par. 75]

[35] Cette approche « favorise l’accès direct et rapide aux réparations fondées sur la *Charte* devant des juridictions compétentes pour les accorder » (par. 75). La juge en chef McLachlin l’applique pour conclure qu’en raison de sa fonction et de sa structure, le tribunal des infractions provinciales pouvait et devait faire respecter la *Charte*. Se penchant d’abord sur la fonction exercée, elle conclut que le rôle du tribunal des infractions provinciales à titre de juridiction quasi criminelle de première instance milite fortement en faveur d’un pouvoir étendu d’accorder réparation sur le fondement de l’art. 24 de la *Charte*. Un tel pouvoir permet à la juridiction la mieux placée pour le faire de régler toutes les questions liées à la *Charte* :

À l’instar des autres juridictions de jugement, le tribunal des infractions provinciales constitue la juridiction privilégiée pour accorder des réparations fondées sur la *Charte* dans les affaires introduites devant lui, puisqu’il dispose alors de « l’exposé le plus complet possible des faits » [. . .] Cette vaste compétence réparatrice est nécessaire afin d’empêcher que l’on s’adresse trop fréquemment aux cours supérieures pour suppléer aux lacunes de la compétence prévue par la loi et afin de garantir que la réparation accordée en bout de ligne soit dans les faits convenable et juste. [par. 79]

[36] McLachlin C.J. also sought, as she had in *Weber*, to avoid the unnecessary bifurcation of avenues of relief:

[F]racturing the availability of *Charter* remedies between provincial offences courts and superior courts could, in some circumstances, effectively deny the accused access to a remedy and a court of competent jurisdiction. It may be unrealistic to expect criminal accused, who often rely on legal aid to mount a defence against the state, to bring a separate action in the provincial superior court to recover the costs arising from the breach of their *Charter* rights. This option, while available in theory, may far too often prove illusory in practice. [para. 82]

[37] McLachlin C.J. then considered the structure of the provincial offences court. She concluded that since criminal and quasi-criminal proceedings are structurally indistinguishable, the criminal courts' jurisdiction to grant costs in the event of a *Charter* breach extends to the quasi-criminal courts. The *Provincial Offences Act* disclosed no contrary intention. McLachlin C.J. ultimately concluded that since the legislature gave the provincial offences court functions destined to attract *Charter* issues and *Charter* remedies, the legislature must have intended that it be able to deal with related *Charter* issues.

[38] In the companion case of *Hynes*, the issue was whether a preliminary inquiry court was a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence under s. 24(2) of the *Charter*. Again, only the third step of the *Mills* test was considered, and again the tension on display in *Weber* and *Mooring* was exhibited. McLachlin C.J., for the majority, reiterated the principles set out in *Dunedin* and explained that in all cases the question is

whether Parliament or the legislature intended to empower the court or tribunal to make rulings on

[36] Comme dans l'arrêt *Weber*, la juge en chef McLachlin se soucie également de faire en sorte que les recours ne soient pas fractionnés inutilement :

[D]iviser entre le tribunal des infractions provinciales et les cours supérieures le pouvoir d'ordonner des réparations fondées sur la *Charte* pourrait avoir pour effet, dans certains cas, d'empêcher concrètement l'accusé d'avoir accès à une réparation et à un tribunal compétent. Il n'est peut-être pas réaliste de s'attendre à ce que l'accusé — qui est souvent tributaire de l'aide juridique pour se défendre contre l'État — intente une action distincte devant la cour supérieure de la province pour être indemnisé des frais découlant de la violation des droits que lui garantit la *Charte*. Quoiqu'elle existe en théorie, cette solution risque trop souvent de s'avérer illusoire en pratique. [par. 82]

[37] La juge en chef McLachlin examine ensuite la structure du tribunal des infractions provinciales, et comme on ne peut distinguer structurellement une procédure criminelle d'une procédure quasi criminelle, elle conclut qu'une cour de juridiction quasi criminelle jouit tout autant qu'une cour de juridiction criminelle du pouvoir d'accorder des dépens en cas de non-respect de la *Charte*. Le législateur n'exprime pas l'intention contraire dans la *Loi sur les infractions provinciales*. La juge en chef McLachlin conclut en fin de compte que dans la mesure où il a confié au tribunal des infractions provinciales des fonctions qui ne manquent pas de soulever des questions liées à la *Charte* et à son régime de réparation, le législateur a certainement voulu que le tribunal puisse se prononcer sur ces questions.

[38] Dans l'arrêt connexe *Hynes*, la question qui se posait était celle de savoir si le juge président une enquête préliminaire était un tribunal compétent aux fins d'écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Là encore, notre Cour s'en tient à l'examen du troisième volet du critère de l'arrêt *Mills*, et la tension observée dans les affaires *Weber* et *Mooring* se manifeste à nouveau. Au nom des juges majoritaires, la juge en chef McLachlin rappelle les principes énoncés dans l'arrêt *Dunedin* et explique qu'il faut dans tous les cas

se demander si le Parlement ou la législature entendait habiliter le tribunal en question à statuer sur les

Charter violations that arise incidentally to their proceedings, and to grant the remedy sought as a remedy for such violations. [para. 26]

She went on to conclude that a preliminary inquiry court was not a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence under s. 24(2). A preliminary inquiry's primary function was, in her view, to determine whether the Crown has sufficient evidence to warrant committing the accused to trial. Empowering a preliminary inquiry judge to exclude evidence under the *Charter* would jeopardize the inquiry's expeditious nature. The criminal trial courts were better suited to the task of determining whether to exclude evidence.

[39] Major J., writing in dissent for four judges, agreed that only the third step of the *Mills* test was at issue but disagreed with the majority as to the result. He noted that preliminary inquiry judges were authorized to exclude evidence under the common law confessions rule. It was not, therefore, supportable by "logic or efficiency to permit a preliminary inquiry justice to determine the admissibility of statements for common law purposes, but not for *Charter* purposes, when it is recognized that preliminary inquiry justices are armed with all the facts. Parliament could not have intended such waste" (para. 96). Accordingly, in his view, a preliminary inquiry judge was competent to exclude evidence under s. 24(2).

[40] This review of *Mills*' progeny gives rise to three observations. First, this Court has accepted that the *Mills* test applies to courts as well as to administrative tribunals. Second, although *Mills* set out a three-pronged definition of "court of competent jurisdiction", the first two steps have almost never been relied on. Twenty-five years later, "jurisdiction over the parties" and "jurisdiction over the subject matter" remain undefined for the purposes of the test. The inquiry has almost always turned on whether the court or tribunal had jurisdiction to award the *particular* remedy sought under s. 24(1).

violations de la *Charte* qui surviennent dans le cours des procédures se déroulant devant cet organisme, et à accorder la réparation demandée pour ces violations. [par. 26]

Elle conclut ensuite que le juge président l'enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent aux fins d'écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2). Selon elle, la fonction principale de l'enquête préliminaire est de déterminer si le ministère public dispose d'une preuve suffisante pour justifier le renvoi à procès de l'accusé. Conférer au juge président l'enquête préliminaire le pouvoir d'écarter des éléments de preuve sur le fondement de la *Charte* nuirait au caractère expéditif de l'instance. Une cour de juridiction criminelle est plus à même de déterminer s'il y a lieu d'écarter des éléments de preuve.

[39] Auteur des motifs des quatre juges dissidents, le juge Major convient que seul le troisième volet du critère de l'arrêt *Mills* est en jeu, mais il se dissocie des juges majoritaires quant au résultat de son application. Il relève que la règle des confessions de la common law autorise le juge président l'enquête préliminaire à écarter un élément de preuve. Dès lors, « [n]i la logique ni l'efficacité ne sauraient justifier qu'on autorise le juge président une enquête préliminaire à statuer sur l'admissibilité de déclarations au regard de la common law mais non au regard de la *Charte*, alors qu'on reconnaît qu'il dispose de tous les faits. Le Parlement ne peut avoir voulu un tel gaspillage » (par. 96). Il conclut donc que le juge président l'enquête préliminaire a le pouvoir d'écarter des éléments de preuve sur le fondement du par. 24(2).

[40] L'analyse qui précède de l'arrêt *Mills* et de ceux rendus dans sa foulée appelle trois observations. Premièrement, notre Cour reconnaît que le critère de l'arrêt *Mills* s'applique tant aux cours de justice qu'aux tribunaux administratifs. Deuxièmement, bien que la définition d'un « tribunal compétent » qui s'en dégage comporte trois volets, les deux premiers ne sont presque jamais invoqués. Vingt-cinq ans plus tard, les notions de « compétence à l'égard des parties » et de « compétence à l'égard de l'objet du litige » ne sont toujours pas circonscrites pour les besoins du critère.

In other words, the inquiry is less into whether the adjudicative body is institutionally a court of competent jurisdiction, and more into whether it is a court of competent jurisdiction *for the purposes of granting a particular remedy*. Third, while there appears to be agreement that s. 24(1) jurisdiction is a function of legislative intent, the authoritative comments of the majorities in *Weber* and *Dunedin*, eschewing bifurcated proceedings and heralding early and accessible adjudication of *Charter* applications, may have been slightly unmoored by the majority in *Mooring*.

The Slight Cases

[41] The cases flowing from *Slight*, while of no direct assistance on what constitutes a court of competent jurisdiction, are of interest as they too show how the Court increasingly came to expand the application of the *Charter* in the administrative sphere. In 1989, *Slight* established that any exercise of statutory discretion must comply with the *Charter* and its values. The issue was whether an adjudicator appointed under the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, had the authority to order an employer to write a content-restricted reference letter for an employee and to limit the employer's response to any inquiries about the employee to the comments in the letter. The employer argued that such an order violated s. 2(b) of the *Charter*. This Court agreed that the employer's s. 2(b) rights were violated, but a majority concluded that the arbitrator's order was justified under s. 1 of the *Charter*.

[42] Lamer J. explained that it was "not . . . open to question" that the adjudicator's orders were subject to the *Charter*:

The adjudicator is a statutory creature: he is appointed pursuant to a legislative provision and derives all his

Dans presque tous les cas, notre Cour se demande si la cour de justice ou le tribunal administratif a le pouvoir d'accorder la réparation *précise* demandée en application du par. 24(1). Autrement dit, elle s'attache moins à déterminer si l'organisme décisionnel est un tribunal compétent sur le plan institutionnel qu'à se demander s'il est un tribunal compétent *pour accorder la mesure de réparation demandée*. Troisièmement, bien que tous paraissent convenir que la compétence découlant du par. 24(1) tient à l'intention du législateur, l'opinion majoritaire exprimée dans l'arrêt *Mooring* apporte un léger bémol aux propos décisifs des juges majoritaires dans les arrêts *Weber* et *Dunedin* écartant le fractionnement des instances et annonçant l'accès rapide aux réparations prévues par la *Charte*.

L'arrêt Slight et ceux rendus dans sa foulée

[41] Le courant jurisprudentiel issu de l'arrêt *Slight* ne permet pas vraiment de déterminer ce qu'est un tribunal compétent, mais il revêt de l'intérêt en ce qu'il montre comment notre Cour a progressivement étendu l'application de la *Charte* au domaine administratif. Dans l'arrêt *Slight*, rendu en 1989, elle statue que le pouvoir discrétionnaire conféré par une loi doit être exercé dans le respect de la *Charte* et des valeurs qui la sous-tendent. La question était celle de savoir si un arbitre désigné en application du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, avait le pouvoir d'ordonner à un employeur de signer une lettre de recommandation d'un employé, dont le contenu était déjà arrêté, et de la remettre en guise de réponse à toute demande de renseignements concernant l'employé. L'employeur faisait valoir que l'ordonnance violait la liberté garantie à l'al. 2b) de la *Charte*. Notre Cour convient de l'atteinte aux droits de l'employeur visés à l'al. 2b), mais les juges majoritaires statuent que l'ordonnance de l'arbitre est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

[42] Le juge Lamer explique qu'il ne fait « aucun doute » que la *Charte* s'applique à l'ordonnance d'un arbitre :

L'arbitre est en effet une créature de la loi; il est nommé en vertu d'une disposition législative et tire tous ses

powers from the statute. As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. . . . Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. Accordingly, an adjudicator exercising delegated powers does not have the power to make an order that would result in an infringement of the *Charter*, and he exceeds his jurisdiction if he does so. [Emphasis in original; pp. 1077-78.]

[43] *Slaight* was applied in 1994 in *Dagenais*, where Lamer C.J. (for the majority on this issue) said that a judge's discretion to order a publication ban was subject to the *Slaight* principle. He concluded that the judge's discretion could not be opened or exercised arbitrarily, and had to be "exercised within the boundaries set by the principles of the *Charter*" (p. 875). Exceeding those boundaries would result in a reversible error of law (see also *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442, and *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188).

[44] In the 1997 case of *Eaton*, the Ontario Special Education Tribunal, acting pursuant to the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, had ordered that Emily Eaton, a child with cerebral palsy, be placed in a special classroom for students with disabilities. The Eatons alleged discrimination, arguing that their daughter's education should take place in the mainstream schools. Lamer C.J. wrote brief reasons to clarify what he had said in *Slaight*:

[S]tatutory silences should be read down to not authorize breaches of the *Charter*, unless this cannot be done because such an authorization arises by necessary implication. I developed this principle in the context of administrative tribunals which operate pursuant to broad grants of statutory powers, and which can

pouvoirs de la loi. La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. [. . .] Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte* et il excède sa juridiction s'il le fait. [Souligné dans l'original; p. 1077-1078.]

[43] En 1994, notre Cour s'appuie sur l'arrêt *Slaight* pour statuer dans l'affaire *Dagenais*. Le juge en chef Lamer (au nom des juges majoritaires sur ce point) précise alors que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de rendre une ordonnance de non-publication est assujéti au principe établi dans l'arrêt *Slaight*. Il conclut que ce pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité, qu'il ne peut être exercé arbitrairement et qu'il doit être « exercé dans les limites prescrites par les principes de la *Charte* » (p. 875). La décision qui outrepassé ces limites constitue une erreur de droit et est susceptible d'infirmer (voir également *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442, et *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188).

[44] L'arrêt *Eaton* est rendu en 1997 dans une affaire où le Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario avait ordonné, sur le fondement de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, l'intégration d'Emily Eaton, une enfant atteinte de paralysie cérébrale, à une classe pour élèves en difficulté. Les Eatons alléguaient la discrimination et faisaient valoir que leur fille devait fréquenter un établissement ordinaire d'enseignement. Dans de brefs motifs, le juge en chef Lamer clarifie les propos tenus dans l'arrêt *Slaight* :

[I] faut donner aux silences des textes de loi l'interprétation atténuée selon laquelle ces textes n'autorisent pas les atteintes à la *Charte*, à moins que cela ne soit pas possible parce qu'une telle autorisation s'impose par implication nécessaire. J'ai élaboré ce principe dans le contexte des tribunaux administratifs qui fonctionnent

potentially violate *Charter* rights. Whatever section of the Act or of Regulation 305, R.R.O. 1990, grants the authority to the Tribunal to place students like Emily Eaton . . . *Slaight Communications* would require that any open-ended language in that provision (if there were any) be interpreted so as to not authorize breaches of the *Charter*. [para. 3]

[45] In the 1997 case of *Eldridge*, the Court was asked to assess the constitutionality of certain aspects of British Columbia's health care delivery scheme. The issue was whether the *Charter* applied to the Medical Services Commission's decision not to provide sign language interpreters for the deaf as part of a publicly funded scheme for the provision of medical care. La Forest J., writing for a unanimous Court, said that the basic principle derived from *Slaight* was that since legislatures may not enact laws that infringe the *Charter*, they cannot authorize or empower another person or entity to do so (para. 35). The provincial government had delegated to the Medical Services Commission the power to decide whether a service was a "benefit" under the *Medical and Health Care Services Act*, S.B.C. 1992, c. 76, and to define what constitutes a "medically required" service for the purpose of the provincial health insurance program. When exercising this discretion, the Commission was acting in a governmental capacity and was therefore subject to the *Charter*.

[46] In 1999, the Court decided *Baker*, a judicial review of the exercise of statutory discretion by an immigration officer pursuant to the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2. L'Heureux-Dubé J., relying on *Slaight* and *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, among others, concluded that statutory discretion must be exercised in accordance with the boundaries imposed by the statute, the principles of the rule of law and of administrative law, the fundamental values of Canadian society, and the principles of the *Charter* (paras. 53 and 56).

conformément aux vastes pouvoirs qui leur sont conférés par la loi et qui peuvent éventuellement violer des droits garantis par la *Charte*. Quel que soit l'article de la Loi ou du Règlement 305, R.R.O. 1990, qui confère au Tribunal le pouvoir de placer des élèves comme Emily Eaton [. . .], l'arrêt *Slaight Communications* exigerait que tout libellé non limitatif utilisé dans cette disposition (le cas échéant) soit interprété comme n'autorisant pas les atteintes à la *Charte*. [par. 3]

[45] En 1997, dans l'affaire *Eldridge*, notre Cour était appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de certains éléments du régime de soins de santé de la Colombie-Britannique. Il s'agissait de savoir si la *Charte* s'appliquait à la décision de la Medical Services Commission de refuser aux personnes atteintes de surdité des services d'interprétation gestuelle dans le cadre d'un régime public de soins de santé. Dans un jugement unanime, le juge La Forest dit que suivant le principe fondamental dégagé dans l'arrêt *Slaight*, comme une législature ne peut adopter une loi attentatoire aux droits garantis par la *Charte*, elle ne peut autoriser ou habilitier quelque personne physique ou morale à le faire (par. 35). Le gouvernement provincial avait délégué à la commission en question le pouvoir de décider si un service constituait un « avantage » au sens de la *Medical and Health Care Services Act*, S.B.C. 1992, ch. 76, et de déterminer ce qui constituait un service « médicalement nécessaire » pour les besoins du régime d'assurance-maladie provincial. Lorsqu'elle exerçait ce pouvoir discrétionnaire, la commission remplissait une fonction gouvernementale et était donc assujettie à la *Charte*.

[46] En 1999, dans l'arrêt *Baker*, notre Cour se prononce sur le contrôle judiciaire d'une décision prise par un agent d'immigration dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui conférait la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2. S'appuyant notamment sur les arrêts *Slaight* et *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, la juge L'Heureux-Dubé conclut que le pouvoir discrétionnaire légal doit être exercé dans les limites fixées par la loi en cause, conformément aux principes de la primauté du droit, du droit administratif et de la *Charte*, de même que dans le respect des valeurs fondamentales de la société canadienne (par. 53 et 56).

[47] The following year, in *Blencoe*, the Court was asked to determine whether the provincial Human Rights Commission was subject to the *Charter*. Bastarache J., writing for the majority, explained that *Slaight* guaranteed that statutory bodies like the Commission are bound by the *Charter* even if they are independent of the government and/or exercising adjudicatory functions:

The facts in *Slaight* and the case at bar share at least one salient feature: the labour arbitrator (in *Slaight*) and the Commission (in the case at bar) each exercise governmental powers conferred upon them by a legislative body. The ultimate source of authority in each of these cases is government. All of the Commission's powers are derived from the statute. The Commission is carrying out the legislative scheme of the *Human Rights Code*. It is putting into place a government program or a specific statutory scheme established by government to implement government policy The Commission must act within the limits of its enabling statute. There is clearly a "governmental quality" to the functions of a human rights commission which is created by government to promote equality in society generally.

Thus, notwithstanding that the Commission may have adjudicatory characteristics, it is a statutory creature and its actions fall under the authority of the *Human Rights Code*. The state has instituted an administrative structure, through a legislative scheme, to effectuate a governmental program to provide redress against discrimination. It is the administration of a governmental program that calls for *Charter* scrutiny. Once a complaint is brought before the Commission, the subsequent administrative proceedings must comply with the *Charter*. These entities are subject to *Charter* scrutiny in the performance of their functions just as government would be in like circumstances. To hold otherwise would allow the legislative branch to circumvent the *Charter* by establishing statutory bodies that are immune to *Charter* scrutiny. The above analysis leads inexorably to the conclusion that the *Charter* applies to the actions of the Commission. [paras. 39-40]

The majority ultimately concluded that *Blencoe's Charter* rights had not been infringed.

[48] Finally, in 2006, in *Multani*, the Court considered whether a decision of a school board's

[47] L'année suivante, dans l'affaire *Blencoe*, notre Cour était appelée à déterminer si la Human Rights Commission de la province était assujettie à la *Charte*. Au nom des juges majoritaires, le juge Bastarache explique que l'arrêt *Slaight* garantit qu'un organisme créé par une loi, comme la commission, est assujetti à la *Charte* même s'il est indépendant du gouvernement ou exerce une fonction juridictionnelle, ou les deux :

Les faits de l'affaire *Slaight* et ceux de la présente affaire ont au moins une caractéristique commune prédominante : l'arbitre en matière de relations du travail (dans *Slaight*) et la Commission (en l'espèce) exercent tous les deux des pouvoirs gouvernementaux conférés par un corps législatif. Dans chaque cas, l'origine du pouvoir accordé est en fin de compte le gouvernement. La Commission tire tous ses pouvoirs de la loi. Elle applique le régime législatif du *Human Rights Code*. Elle met en œuvre un programme gouvernemental ou un régime législatif particulier établi par le gouvernement pour l'application de sa politique [. . .] La Commission doit agir dans les limites de sa loi habilitante. Les fonctions d'une commission des droits de la personne créée par le gouvernement pour promouvoir l'égalité dans la société en général sont clairement de « nature gouvernementale ».

Donc, même si elle peut avoir certaines caractéristiques d'un tribunal, la Commission est une créature de la loi et ses actes sont assujettis au *Human Rights Code*. L'État a créé par voie législative un organisme administratif chargé de mettre en œuvre un programme gouvernemental destiné à remédier à la discrimination. C'est l'application d'un programme gouvernemental qui commande l'examen fondé sur la *Charte*. Une fois la Commission saisie d'une plainte, les procédures administratives qui suivent doivent respecter la *Charte*. L'exercice des fonctions de telles entités peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* tout comme pourrait le faire l'exercice des fonctions d'un gouvernement dans les mêmes circonstances. Conclure le contraire permettrait au pouvoir législatif de contourner la *Charte* en créant des organismes qui ne peuvent pas faire l'objet d'un tel examen. L'analyse qui précède mène inexorablement à la conclusion que la *Charte* s'applique aux actes de la Commission. [par. 39-40]

Les juges majoritaires concluent finalement que les droits constitutionnels de M. *Blencoe* n'ont pas été violés.

[48] Enfin, en 2006, dans le dossier *Multani*, notre Cour examine si la décision d'un conseil des

council of commissioners prohibiting one of its students from wearing a kirpan at school infringed the student's freedom of religion. Charron J., writing for the majority and relying on *Slaight*, explained:

The council is a creature of statute and derives all its powers from statute. Since the legislature cannot pass a statute that infringes the *Canadian Charter*, it cannot, through enabling legislation, do the same thing by delegating a power to act to an administrative decision maker. [para. 22]

The Cuddy Chicks Trilogy

[49] While the courts and tribunals were preoccupied with the proper application of the principles in *Mills* and *Slaight*, another line of authority regarding the constitutional jurisdiction of statutory tribunals was emerging. These cases dealt with whether administrative tribunals could decide the constitutionality of the provisions of their own statutory schemes and decline to apply them because they are “of no force or effect” under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The first case was *Douglas College*, in which two Douglas College employees challenged the mandatory retirement provision in their collective agreement, claiming that it was contrary to s. 15(1) of the *Charter*. The primary issue was whether a labour arbitrator, governed by the *Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 212, and appointed under the parties' collective agreement, had the jurisdiction to determine the collective agreement's constitutionality.

[50] La Forest J., writing for the Court on this issue, concluded that the jurisdiction lay with the arbitrator. Under the *Industrial Relations Act*, the arbitrator had express authority to “provide a final and conclusive settlement of a dispute”. To fulfill this mandate, arbitrators acting under the Act could interpret and apply any statute that regulated employment. This included the *Charter*. La Forest J. noted that arbitrators were bound by the same Constitution as the courts. Accordingly, if a collective agreement was illegal or unconstitutional,

commissaires d'une commission scolaire d'interdire à un élève de porter le kirpan à l'école viole la liberté de religion de ce dernier. S'exprimant au nom des juges majoritaires et s'appuyant sur l'arrêt *Slaight*, la juge Charron explique :

Le conseil est une émanation de la loi et il tire tous ses pouvoirs de celle-ci. Comme le législateur ne peut adopter une loi qui viole la *Charte canadienne*, il ne saurait le faire, par le truchement d'une loi habilitante, en déléguant un pouvoir d'agir à une autorité décisionnelle administrative. [par. 22]

La trilogie Cuddy Chicks

[49] Tandis que les cours de justice et les tribunaux administratifs s'efforçaient d'appliquer correctement les principes énoncés dans les arrêts *Mills* et *Slaight*, un autre courant jurisprudentiel a vu le jour concernant la compétence constitutionnelle d'un tribunal d'origine législative. Les arrêts en cause abordent la question de savoir si un tribunal administratif peut se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions de son propre régime législatif et refuser de les appliquer au motif qu'elles sont « inopérantes » suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le premier de ces arrêts est *Douglas College*. Deux employés du Douglas College contestaient la clause de leur convention collective portant sur la retraite obligatoire au motif qu'elle contrevenait au par. 15(1) de la *Charte*. La principale question en jeu était celle de savoir si un arbitre du travail régi par l'*Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 212, et nommé en application de la convention collective liant les parties avait le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de celle-ci.

[50] S'exprimant au nom de la Cour sur ce point, le juge La Forest conclut que l'arbitre avait la compétence voulue, car suivant l'*Industrial Relations Act*, il avait le pouvoir de [TRADUCTION] « régler définitivement tout différend ». Pour s'acquitter de cette tâche, l'arbitre agissant sur le fondement de cette loi pouvait interpréter et appliquer toute loi régissant les relations de travail, dont la *Charte*. Le juge La Forest fait remarquer que tribunaux et arbitres sont soumis à la même Constitution. Par conséquent, lorsqu'une convention collective est illégale

an arbitrator must decline to apply it just as a court would.

[51] La Forest J. rejected the College's argument that the informal arbitration process was unsuited to litigating a *Charter* issue, concluding that any disadvantages of allowing administrative tribunals to decide constitutional questions were outweighed by the "clear advantages" of granting them this jurisdiction. In his view, such jurisdiction promotes respect for the Constitution because "[t]he citizen, when appearing before decision-making bodies set up to determine his or her rights and duties, should be entitled to assert the rights and freedoms guaranteed by the Constitution" (p. 604). Constitutional issues should be raised at an early stage in the context in which they arise, without the claimant having to first resort to an application in superior court, which is more expensive and time-consuming than the administrative process. In addition, a "specialized competence can be of invaluable assistance in constitutional interpretation" (p. 605). Specialized arbitrators and agencies can sift through the facts and quickly compile a record for the benefit of a reviewing court. In this way, the parties (and the reviewing courts) benefit from the arbitrators' expertise. This practice also allows for all related aspects of a matter to be dealt with by the most appropriate decision maker. As La Forest J. pointed out, "it would be anomalous if tribunals responsible for interpreting the law on the issue were unable to deal with the issue in its entirety, subject to judicial review" (p. 599).

[52] In 1991, *Cuddy Chicks* established that the Ontario Labour Relations Board could determine the constitutionality of a provision which excluded agricultural workers from the protections of Ontario's *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228. The issue arose out of an application by the union for the certification of Cuddy Chicks' hatchery employees. The union challenged the constitutional validity of this exclusion, arguing that it violated ss. 2(d) and 15 of the *Charter*, and sought to

ou inconstitutionnelle, l'arbitre doit, comme le ferait une cour de justice, refuser de l'appliquer.

[51] Le juge La Forest rejette la thèse du collègue selon laquelle le processus informel de l'arbitrage ne se prête pas à l'examen de questions relatives à la *Charte*. Il conclut que les « avantages évidents » qu'il y a à permettre aux tribunaux administratifs de trancher des questions constitutionnelles l'emportent sur les inconvénients. À son avis, cette compétence favorise le respect de la Constitution, car « [l]e citoyen, qui comparait devant des organismes décisionnels établis pour se prononcer sur ses droits et ses devoirs, devrait pouvoir faire valoir les droits et libertés garantis par la Constitution » (p. 604). Ainsi, une question constitutionnelle devrait être soulevée au début de l'instance, dans le contexte où elle se pose, sans que le demandeur n'ait à la soumettre d'abord à une cour supérieure, ce qui lui coûterait plus cher et prendrait plus de temps que si le seul processus administratif était mis en branle. En outre, une « compétence spécialisée peut être d'une aide inestimable en matière d'interprétation constitutionnelle » (p. 605). Un arbitre ou un organisme spécialisé peut faire le tri des faits et établir rapidement un dossier au bénéfice d'un tribunal d'appel, les parties (et le tribunal d'appel) profitant de son expertise. De la sorte, toutes les questions se rapportant à une affaire peuvent être réglées par le décideur le mieux placé pour le faire. Comme le signale le juge La Forest, « il serait anormal que les tribunaux responsables de l'interprétation de la loi sur cette question ne puissent se prononcer intégralement sur la question, sous réserve du contrôle judiciaire » (p. 599).

[52] En 1991, dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, notre Cour statue que la Commission des relations de travail de l'Ontario pouvait se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition qui privait les ouvriers agricoles des protections offertes par la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228. La question s'était posée dans le cadre d'une demande d'accréditation visant les employés du couvoir de Cuddy Chicks. Le syndicat contestait la validité constitutionnelle de cette exception au

have it declared to be of no force and effect pursuant to s. 52(1).

[53] In rejecting the employer's argument that the superior court, not the Labour Board, should deal with the constitutional question, and drawing on his reasons in *Douglas College*, La Forest J.'s "overarching consideration" was that where administrative bodies like the Labour Board have specialized expertise, that expertise makes them the appropriate forum for assessing *Charter* compliance:

It is apparent, then, that an expert tribunal of the calibre of the Board can bring its specialized expertise to bear in a very functional and productive way in the determination of *Charter* issues which make demands on such expertise. In the present case, the experience of the Board is highly relevant to the *Charter* challenge to its enabling statute, particularly at the s. 1 stage where policy concerns prevail. At the end of the day, the legal process will be better served where the Board makes an initial determination of the jurisdictional issue arising from a constitutional challenge. In such circumstances, the Board not only has the authority but a duty to ascertain the constitutional validity of s. 2(b) of the *Labour Relations Act*. [Emphasis added; p. 18.]

[54] After citing a number of cases in which labour boards were found to have the jurisdiction to consider constitutional questions relating to their own jurisdiction, such as *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031, La Forest J. observed:

What these cases speak to is not only the fundamental nature of the Constitution, but also the legal competence of labour boards and the value of their expertise at the initial stages of complex constitutional deliberations. These practical considerations have compelled the courts to recognize a power, albeit a carefully limited one, in labour tribunals to deal with constitutional issues involving their own jurisdiction. Such considerations are as compelling in the case of *Charter* challenges to a tribunal's enabling statute. Therefore, to extend this "limited but important role" of labour boards to the realm of the *Charter* is simply a natural progression

motif que celle-ci violait les droits garantis à l'al. 2d) et à l'art. 15 de la *Charte* et il demandait qu'elle soit déclarée inopérante suivant le par. 52(1).

[53] Reprenant ses motifs dans l'arrêt *Douglas College*, le juge La Forest rejette la prétention de l'employeur voulant que ce soit la cour supérieure, et non la Commission des relations de travail, qui doive se prononcer sur la question constitutionnelle. Suivant la « considération primordiale » qu'il invoque, lorsqu'un organisme administratif comme la commission est dotée d'une expertise, celle-ci le rend apte à se pencher sur le respect de la *Charte* :

Il est donc évident qu'un tribunal spécialisé du calibre de la Commission peut appliquer son expertise de façon très fonctionnelle et productive à trancher les questions relatives à la *Charte* qui requièrent cette expertise. En l'espèce, l'expérience de la Commission est très pertinente dans une contestation de sa loi habilitante fondée sur la *Charte*, particulièrement à l'étape de l'article premier, où prédominent les considérations de principe. En définitive, le processus judiciaire sera mieux servi si la Commission rend une décision initiale sur la question de la compétence soulevée par une contestation d'ordre constitutionnel. Dans ces circonstances, la Commission a non seulement le pouvoir, mais aussi l'obligation, de s'assurer du caractère constitutionnel de l'al. 2b) de la *Loi sur les relations de travail*. [Je souligne; p. 18.]

[54] Après avoir cité un certain nombre d'arrêts, dont *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, dans lesquels des commissions des relations du travail avaient été jugées compétentes pour examiner des questions constitutionnelles se rapportant à leur propre compétence, le juge La Forest signale :

Ces arrêts traitent non seulement de la nature fondamentale de la Constitution, mais aussi de la compétence décisionnelle des commissions des relations du travail et de la valeur de leur expertise aux étapes initiales de délibérations constitutionnelles complexes. Ces considérations d'ordre pratique ont amené les tribunaux à reconnaître le pouvoir, certes soigneusement restreint, des tribunaux des relations du travail de se prononcer sur des questions constitutionnelles ayant trait à leur propre compétence. Ces considérations sont tout aussi contraignantes dans le cas de la contestation, sur le plan de la *Charte*, de la loi habilitante d'un tribunal

of a well established principle. [Emphasis added; p. 19.]

[55] La Forest J. ultimately concluded that it was within the Board's jurisdiction to consider the constitutionality of its enabling statute since it had the express authority to consider questions of law under the statute.

[56] In *Tétreault-Gadoury*, Ms. Tétreault-Gadoury lost her job shortly after her 65th birthday and applied for unemployment insurance benefits. The Employment and Immigration Commission denied her application because, under s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, a person over 65 was only entitled to a lump sum retirement benefit. Ms. Tétreault-Gadoury appealed the Commission's decision to a Board of Referees, arguing that s. 31 of the Act offended s. 15(1) of the *Charter*. The Board declined to rule on the constitutional question. Rather than appeal to an umpire as directed by the Act, Ms. Tétreault-Gadoury appealed to the Federal Court of Appeal, which concluded that s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* was contrary to s. 15 of the *Charter*.

[57] On appeal, La Forest J., again writing for the Court on the jurisdictional issue, reiterated the principle that an administrative tribunal with the authority to interpret or apply the law is entitled to determine whether a particular statutory provision is unconstitutional. The *Unemployment Insurance Act, 1971* expressly conferred the jurisdiction to consider questions of law on the umpires, not the Board of Referees. This meant that under the legislative scheme, umpires, not the Referees, were authorized to resolve constitutional issues.

[58] In 1996, the constitutional jurisdiction of another statutory body — the Canadian Human

administratif. Par conséquent, l'extension du « rôle restreint, mais important » des commissions des relations du travail au domaine de la *Charte* n'est que la progression naturelle d'un principe bien établi. [Je souligne; p. 19.]

[55] Le juge La Forest conclut finalement qu'il ressortissait à la Commission des relations de travail d'examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante puisque celle-ci lui conférait expressément le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit.

[56] Dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*, la dame du même nom avait perdu son emploi peu après son 65^e anniversaire de naissance et avait demandé des prestations d'assurance-chômage. La Commission de l'emploi et de l'immigration avait rejeté sa demande au motif que, suivant l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, une personne de plus de 65 ans n'avait droit qu'à la somme forfaitaire versée à titre de prestation spéciale de retraite. M^{me} Tétreault-Gadoury avait interjeté appel de la décision devant un conseil arbitral en alléguant que l'art. 31 de la *Loi* portait atteinte aux droits garantis au par. 15(1) de la *Charte*. Le conseil arbitral avait refusé de trancher la question constitutionnelle. Au lieu d'interjeter appel devant un juge-arbitre comme le prévoyait la *Loi*, M^{me} Tétreault-Gadoury avait saisi directement la Cour d'appel fédérale, qui avait alors conclu que l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* allait à l'encontre de l'art. 15 de la *Charte*.

[57] En appel de cette décision, le juge La Forest, s'exprimant encore au nom de notre Cour au sujet de la compétence, confirme le principe selon lequel un tribunal administratif habilité à interpréter ou à appliquer la loi peut statuer sur la constitutionnalité d'une disposition législative. La *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* conférait expressément au juge-arbitre, et non au conseil arbitral, le pouvoir d'examiner des questions de droit. Dès lors, il appartenait au juge-arbitre, et non au conseil arbitral, de trancher une question constitutionnelle.

[58] En 1996, dans l'affaire *Cooper*, notre Cour se penche sur la compétence constitutionnelle

Rights Commission — came under scrutiny in *Cooper*. Two airline pilots filed a human rights complaint with the Commission alleging that the mandatory retirement provision in their collective agreement was discriminatory. Section 15(c) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, permitted the imposition of mandatory retirement if the age set was the “normal age of retirement for employees . . . in [similar] positions”. The complainants challenged the constitutionality of s. 15(c). The issue before the Court was whether the Commission and, in turn, a tribunal appointed by the Commission to hear a complaint, had the power to assess the constitutionality of a provision of the *Canadian Human Rights Act*.

[59] *Cooper*, decided in the same year as *Mooring*, highlighted the conceptual debate in this Court as to the constitutional jurisdiction of administrative tribunals. La Forest J., writing for the majority, again confirmed that if a tribunal has the power to consider questions of law, then it “must be able to address constitutional issues” (para. 46). The Commission, however, lacked statutory authority to decide questions of law. While it was entitled to interpret and apply its enabling statute, this limited legal jurisdiction was insufficient to establish that the Commission could consider general questions of law.

[60] La Forest J. reached the same conclusion with respect to a human rights tribunal. While a tribunal could consider general legal and constitutional questions, “logic” demanded that it lacked the ability to assess the constitutionality of the *Canadian Human Rights Act* (para. 66). The tribunals lacked expertise; any gain in efficiency would be lost through the inevitable judicial review of a tribunal’s constitutional determinations; the tribunals’ loose evidentiary rules were unsuited to constitutional litigation; and constitutional matters would bog down the human rights system, which was intended to provide for efficient and timely adjudication of complaints.

d’un autre organisme d’origine législative — la Commission canadienne des droits de la personne. Deux pilotes de ligne avaient saisi la commission d’une plainte alléguant que la clause sur la retraite obligatoire figurant dans leur convention collective était discriminatoire. L’alinéa 15c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, permettait d’obliger un employé à se retirer à « l’âge de la retraite en vigueur pour ce genre d’emploi », et les plaignants contestaient sa constitutionnalité. La question en litige devant notre Cour était celle de savoir si la commission, de même qu’un tribunal nommé par celle-ci pour entendre une plainte, pouvaient se prononcer sur la constitutionnalité d’une disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[59] Rendu la même année que *Mooring*, l’arrêt *Cooper* met en évidence le débat théorique existant au sein de notre Cour au sujet de la compétence constitutionnelle des tribunaux administratifs. Au nom des juges majoritaires, le juge La Forest confirme encore une fois que le tribunal doté du pouvoir d’examiner des questions de droit « peut se prononcer sur des questions constitutionnelles » (par. 46). Or, la commission n’avait pas le pouvoir de trancher des questions de droit. Elle pouvait interpréter et appliquer sa loi habilitante, mais on ne pouvait en conclure qu’elle jouissait du pouvoir d’examiner des questions de droit générales.

[60] Le juge La Forest tire la même conclusion à l’égard d’un tribunal des droits de la personne, qui peut certes examiner des questions de droit et des questions constitutionnelles d’ordre général, mais qui ne peut « logiquement » être investi du pouvoir de statuer sur la constitutionnalité de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (par. 66). Un tribunal des droits de la personne n’ayant pas l’expertise voulue, les gains en efficacité seraient perdus à cause des inévitables contrôles judiciaires auxquels donneraient lieu ses décisions en matière constitutionnelle. Les règles de preuve souples ne sont pas adaptées aux litiges constitutionnels, et ceux-ci paralysaient le système des droits de la personne, dont l’objectif est d’assurer le traitement efficace et diligent des plaintes.

[61] Lamer C.J. concurred with La Forest J., but wrote separate reasons urging the Court to abandon the principles set out in the *Cuddy Chicks* trilogy. In his view, the principles enunciated in those cases were contrary to the separation of powers and Parliamentary democracy, two fundamental principles of the Canadian Constitution.

[62] In dissent, McLachlin J. (L'Heureux-Dubé J. concurring) concluded that both the Canadian Human Rights Commission and a human rights tribunal were empowered to assess the constitutionality of the *Canadian Human Rights Act*. This result, according to McLachlin J., “best achieves the economical and effective resolution of human rights disputes and best serves the values entrenched in the *Canadian Human Rights Act* and the *Charter*” (para. 73). Like La Forest J., McLachlin J. reinforced the view expressed in the trilogy that “administrative tribunals empowered to decide questions of law may consider *Charter* questions” (para. 81), and once again confirmed that in light of the doctrine of constitutional supremacy,

[c]itizens have the same right to expect that [the *Charter*] will be followed and applied by the administrative arm of government as by legislators, bureaucrats and the police. If the state sets up an institution to exercise power over people, then the people may properly expect that that institution will apply the *Charter*. [para. 78]

In her view, both the Commission and the tribunals could consider whether the *Charter* renders invalid the “‘normal age of retirement’ defence”, since both bodies were empowered to decide questions of law.

[63] In *Martin*, in 2003, the Court sought to resolve the debate over the *Charter* jurisdiction of tribunals. The issue was whether s. 10B of the *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, c. 10, and the *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96, which precluded individuals suffering from chronic pain from receiving workers' compensation

[61] Le juge en chef Lamer souscrit à l'opinion du juge La Forest. Toutefois, dans des motifs distincts, il exhorte la Cour à rompre avec les principes issus de la trilogie *Cuddy Chicks* qui, selon lui, vont à l'encontre de la séparation des pouvoirs et de la démocratie parlementaire — deux principes fondamentaux de la Constitution canadienne.

[62] Dissidente, la juge McLachlin (avec l'appui de la juge L'Heureux-Dubé) conclut que tant la Commission canadienne des droits de la personne qu'un tribunal des droits de la personne ont le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Il s'agit à son sens de la solution qui « permet le mieux de régler les différends en matière de droits de la personne de façon économique et efficace et qui sert le mieux les valeurs inscrites dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et dans la *Charte* » (par. 73). Comme le juge La Forest, elle confirme l'opinion exprimée par notre Cour dans la trilogie, à savoir que « les tribunaux administratifs investis du pouvoir de trancher des questions de droit ont compétence pour examiner des questions relevant de la *Charte* » (par. 81). Elle ajoute que, compte tenu du principe de la primauté de la Constitution,

[l]es citoyens peuvent attendre de l'appareil administratif, tout autant que du législateur, des fonctionnaires ou de la police, qu'ils suivent et appliquent [la *Charte*]. Si l'État crée un organisme doté de pouvoirs touchant les citoyens, ceux-ci peuvent à bon droit escompter que cet organisme appliquera la *Charte*. [par. 78]

À son avis, tant la commission que les tribunaux des droits de la personne pouvaient se prononcer sur la question de savoir si la *Charte* invalidait « le moyen de défense fondé sur “l'âge de la retraite en vigueur” » puisqu'ils avaient tous le pouvoir de trancher des questions de droit.

[63] En 2003, dans l'arrêt *Martin*, notre Cour tente de mettre fin à son désaccord sur la compétence des tribunaux administratifs liée à l'application de la *Charte*. La question était celle de savoir si l'art. 10B de la *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, ch. 10, et le *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96, qui empêchaient une personne souffrant de

benefits, were contrary to s. 15(1) of the *Charter*. As a threshold issue, it was necessary to decide whether the Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal had the jurisdiction to consider whether the benefits provisions of its enabling statute were constitutional.

[64] Gonthier J., writing for a unanimous Court, expressly rejected the 1996 *ratio* in *Cooper*, particularly insofar as it distinguished between limited and general questions of law and insofar as it suggested that an adjudicative function was a prerequisite for a tribunal's constitutional jurisdiction. He also expressly rejected Lamer C.J.'s contention that the *Cuddy Chicks* trilogy was inconsistent with the separation of powers and Parliamentary democracy.

[65] Instead, Gonthier J. affirmed and synthesized the main principles emerging from the trilogy. The first was the principle of constitutional supremacy, which provides that any law that is inconsistent with the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force and effect. No government actor can apply an unconstitutional law, he observed, and, subject to an express contrary intention, a government agency given statutory authority to consider questions of law is presumed to have the jurisdiction to assess related constitutional questions.

[66] As a further corollary, Gonthier J. echoed the views expressed over the years by McLachlin J., Major J., La Forest J., and McIntyre J. confirming that "Canadians should be entitled to assert the rights and freedoms that the Constitution guarantees them in the most accessible forum available, without the need for parallel proceedings before the courts". Explaining that this "accessibility concern" was "particularly pressing given that many administrative tribunals have exclusive initial jurisdiction over disputes relating to their enabling legislation", Gonthier J. concluded that "forcing litigants to refer *Charter* issues to the courts would

douleur chronique de toucher les prestations versées à un accidenté du travail, portaient atteinte aux droits garantis au par. 15(1) de la *Charte*. Il fallait en outre déterminer à titre préliminaire si le Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse avait le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des dispositions de sa loi habilitante relatives aux prestations.

[64] Au nom de la Cour, le juge Gonthier rejette expressément le fondement de l'arrêt *Cooper* datant de 1996, particulièrement en ce qui concerne la distinction entre les questions de droit générales et les questions de droit limitées et la condition préalable — pour qu'un tribunal administratif ait compétence en matière constitutionnelle — que serait l'exercice d'une fonction juridictionnelle. De plus, il se dissocie expressément du point de vue du juge en chef Lamer selon lequel la trilogie *Cuddy Chicks* était incompatible avec le principe de la séparation des pouvoirs et la démocratie parlementaire.

[65] Le juge Gonthier confirme plutôt les principes fondamentaux dégagés dans la trilogie et il en fait la synthèse. Le premier est celui de la primauté de la Constitution, qui rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre loi. Il fait remarquer qu'aucun représentant de l'État ne peut appliquer une loi inconstitutionnelle et, sauf intention contraire expresse du législateur, un organisme gouvernemental auquel la loi confère le pouvoir d'examiner des questions de droit est présumé avoir compétence à l'égard des questions constitutionnelles connexes.

[66] À titre corollaire également, le juge Gonthier fait siens les avis exprimés au fil des ans par les juges McLachlin, Major, La Forest et McIntyre et confirme que « les Canadiens doivent pouvoir faire valoir les droits et libertés que leur garantit la Constitution devant le tribunal le plus accessible, sans devoir engager des procédures judiciaires parallèles ». Expliquant que ce « souci d'accessibilité » est « d'autant plus pressant qu'au départ bon nombre de tribunaux administratifs ont compétence exclusive pour trancher les différends relatifs à leur loi habilitante », le juge Gonthier conclut qu'« obliger les parties à ces différends à saisir une cour de

result in costly and time-consuming bifurcation of proceedings” (para. 29).

[67] In his view, a tribunal’s factual findings and the record it compiles when considering a constitutional question are of invaluable assistance in constitutional determinations. The tribunal provides the reviewing court with the most well-informed, expert view of the issues at stake:

It must be emphasized that the process of *Charter* decision making is not confined to abstract ruminations on constitutional theory. In the case of *Charter* matters which arise in a particular regulatory context, the ability of the decision maker to analyze competing policy concerns is critical. . . . The informed view of the Board, as manifested in a sensitivity to relevant facts and an ability to compile a cogent record, is also of invaluable assistance. [para. 30, citing *Cuddy Chicks*, at pp. 16-17]

[68] Based on these principles, Gonthier J. concluded that the following determines whether it is within an administrative tribunal’s jurisdiction to subject a legislative provision to *Charter* scrutiny:

- Under the tribunal’s enabling statute, does the administrative tribunal have jurisdiction, explicit or implied, to decide questions of law arising under a legislative provision? If so, the tribunal is presumed to have the jurisdiction to determine the constitutional validity of that provision under the *Charter*.
- Does the tribunal’s enabling statute clearly demonstrate that the legislature intended to exclude the *Charter* from the tribunal’s jurisdiction? If so, the presumption in favour of *Charter* jurisdiction is rebutted.

[69] Applying this approach, Gonthier J. noted that the Workers’ Compensation Appeals Tribunal was explicitly authorized to “determine all questions of fact and law”. Further, the Tribunal’s

justice de toute question liée à la *Charte* leur imposerait un long et coûteux détour » (par. 29).

[67] Selon lui, les conclusions de fait que tire un tribunal administratif et le dossier qu’il établit dans l’examen d’une question constitutionnelle sont extrêmement utiles aux fins de statuer en matière constitutionnelle. Le tribunal administratif met à la disposition de la cour de révision le point de vue d’expert le plus éclairé concernant les questions en jeu :

Il faut souligner que le processus consistant à rendre des décisions à la lumière de la *Charte* ne se limite pas à des ruminations abstraites sur la théorie constitutionnelle. Lorsque des questions relatives à la *Charte* sont soulevées dans un contexte de réglementation donné, la capacité du décisionnaire d’analyser des considérations de principe opposées est fondamentale. [. . .] Le point de vue éclairé de la Commission, qui se traduit par l’attention qu’elle accorde aux faits pertinents et sa capacité de compiler un dossier convaincant, est aussi d’une aide inestimable. [par. 30, citant *Cuddy Chicks*, p. 16-17]

[68] Partant de ces principes, le juge Gonthier conclut que les considérations suivantes déterminent si un tribunal administratif a le pouvoir d’examiner une disposition législative au regard de la *Charte* :

- Le tribunal administratif a-t-il expressément ou implicitement compétence, suivant sa loi habilitante, pour trancher une question de droit découlant d’une disposition législative? Dans l’affirmative, il est présumé avoir le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition au regard de la *Charte*.
- L’intention du législateur de soustraire la *Charte* au champ de compétence du tribunal administratif ressort-elle clairement de la loi constituant ce dernier? Dans l’affirmative, la présomption de compétence constitutionnelle est réfutée.

[69] Recourant à cette méthode, le juge Gonthier relève que le Workers’ Compensation Appeals Tribunal est expressément autorisé à [TRADUCTION] « trancher [. . .] toute question de droit ou de fait ».

decisions could be appealed “on any question of law”. This confirmed that the Tribunal was entitled to decide legal questions which triggered the presumption that the Tribunal was authorized to decide *Charter* questions.

[70] The adjudicative nature of the Tribunal was also relevant. It was independent of the Workers’ Compensation Board, could establish its own procedural rules, consider all relevant evidence, record any oral evidence for future reference, exercise powers under the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 372, and extend time limits for decisions when necessary. In addition, its members had been called to the bar and the Attorney General could intervene in proceedings involving constitutional questions. In his view, therefore, even if the Tribunal had lacked express authority to decide questions of law, an implied grant of authority would have been found. The legislature clearly intended to create a comprehensive scheme for resolving workers’ compensation disputes. Nothing in the *Workers’ Compensation Act* rebutted the presumption.

[71] Moreover, allowing the Tribunal to apply the *Charter* furthered the policy objectives of allowing courts to “benefit from a full record established by a specialized tribunal fully apprised of the policy and practical issues relevant to the *Charter* claim”. It also permitted workers to “have their *Charter* rights recognized within the relatively fast and inexpensive adjudicative scheme created by the Act” rather than having to pursue separate proceedings in the courts in addition to a compensation claim before the administrative tribunal (para. 56).

[72] Gonthier J. concluded that the Workers’ Compensation Board too, like the Appeals Tribunal, had the jurisdiction to review the constitutional validity of its enabling statute, since both statutory bodies had the same authority to decide questions of law.

De plus, il peut être interjeté appel d’une décision du tribunal [TRADUCTION] « sur une question de droit », ce qui confirme le pouvoir du tribunal d’appel de se prononcer sur des questions de droit et fait ainsi naître la présomption de compétence en matière constitutionnelle.

[70] La fonction juridictionnelle du tribunal d’appel importe aussi. Il est indépendant de la commission (la Workers’ Compensation Board), il peut établir ses propres règles de procédure, examiner tout élément de preuve pertinent, enregistrer tout témoignage pour consultation future, exercer les pouvoirs que confère la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 372, et proroger un délai s’il l’estime nécessaire. En outre, ses membres appartiennent à un barreau, et le procureur général peut intervenir dans une instance où est soulevée une question constitutionnelle. Le juge Gonthier opine donc, même si le tribunal d’appel n’a pas le pouvoir exprès de trancher des questions de droit, qu’il faut conclure qu’il y est tacitement habilité. Le législateur avait manifestement l’intention de créer un régime complet de règlement des différends relatifs à l’indemnisation des accidentés du travail. Aucune disposition de la *Workers’ Compensation Act* ne réfutait la présomption.

[71] Par ailleurs, permettre au tribunal d’appel d’appliquer la *Charte* favorisait la réalisation des objectifs de politique générale, à savoir permettre aux cours de justice de « bénéficier d’un dossier complet constitué par un tribunal spécialisé bien au fait des questions de politique générale et d’ordre pratique que soulève la demande fondée sur la *Charte* ». Les travailleurs pouvaient également « faire reconnaître les droits que leur garantit la *Charte* dans le cadre du régime juridictionnel relativement rapide et peu coûteux établi par la Loi, au lieu d’avoir à assortir de procédures judiciaires distinctes leur demande d’indemnisation déposée devant le tribunal administratif » (par. 56).

[72] Le juge Gonthier conclut que, tout comme le tribunal d’appel, la Workers’ Compensation Board a compétence pour examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante, les deux organismes d’origine législative ayant le même pouvoir de trancher des questions de droit.

[73] *Martin* was released with *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*. Paul was charged with a breach of s. 96 of the *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159, which was a general prohibition against cutting Crown timber. Paul conceded that he cut the prohibited timber, but asserted that as an aboriginal person, he had a right to do so under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The issue on appeal was whether the provincial Forest Appeals Commission had the authority to entertain Paul's constitutional argument.

[74] Bastarache J., writing for the Court, applied the methodology in *Martin* to determine whether the Commission was authorized to consider and apply s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The issue therefore was whether the enabling statute either expressly or by implication granted the Commission the jurisdiction to interpret or decide questions of law.

[75] The *Forest Practices Code* stated that any party to a proceeding before the Commission could make submissions as to fact, law and jurisdiction and could appeal a Commission's decision on a question of law or jurisdiction. These provisions made it impossible to conclude that the Commission's mandate was limited to purely factual matters, and the Court accordingly concluded that the Forest Appeals Commission was empowered to decide questions of law, including whether s. 35 of the *Constitution Act, 1982* applied.

[76] In the case of *Okwuobi*, the issue was the jurisdiction of the Administrative Tribunal of Québec to hear rights claims for minority language education under the *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11, and the *Canadian Charter*. Based on *Martin* and *Paul*, the Court concluded:

As will become clear, the fact that the ATQ is vested with the ability to decide questions of law is crucial, and is determinative of its jurisdiction to apply the *Canadian Charter* in this appeal. The quasi-judicial structure of the ATQ, discussed briefly above, may be indicative of

[73] L'arrêt *Martin* a été rendu de pair avec l'arrêt *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, dans lequel M. Paul avait été accusé d'avoir contrevenu à l'art. 96 du *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 159, qui interdisait généralement l'abattage d'arbres sur les terres de la Couronne. M. Paul avait reconnu avoir coupé des arbres visés par l'interdiction, mais prétendu en avoir le droit en tant qu'Autochtone, invoquant l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il s'agissait de déterminer si la Forest Appeals Commission de la province avait le pouvoir de considérer sa prétention constitutionnelle.

[74] Au nom de la Cour, le juge Bastarache applique la méthode établie dans l'arrêt *Martin* pour déterminer si la commission avait le pouvoir d'examiner et d'appliquer l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il s'agissait donc de savoir si la loi habilitante de la commission lui accordait expressément ou implicitement le pouvoir d'interpréter le droit ou de trancher des questions s'y rapportant.

[75] Le *Forest Practices Code* prévoyait qu'une partie à une instance devant la commission pouvait présenter des observations concernant les faits, le droit et la compétence, de même qu'interjeter appel d'une décision de la commission sur une question de droit ou de compétence. On ne pouvait donc conclure que le mandat de la commission se limitait à l'examen de simples questions de fait, de sorte que notre Cour a statué que la Forest Appeals Commission avait le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit, dont celle de l'application de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[76] Dans l'affaire *Okwuobi*, le litige portait sur la compétence du Tribunal administratif du Québec de statuer sur une demande d'enseignement dans la langue de la minorité sous le régime de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, et celui de la *Charte canadienne*. S'appuyant sur les arrêts *Martin* et *Paul*, notre Cour conclut :

Comme on le constatera facilement, l'attribution au TAQ du pouvoir de trancher des questions de droit est cruciale pour définir sa compétence à l'égard de l'application de la *Charte canadienne* en l'espèce. Bien qu'elle ne joue pas un rôle déterminant pour apprécier

a legislative intention that constitutional questions be considered and decided by the ATQ, but the structure of the ATQ is not determinative. This is evidenced by the recent decisions of this Court in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, and *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55. [para. 28]

In *Okwuobi*, the Administrative Tribunal of Québec was found to have the jurisdiction to decide questions of law. The presumption in favour of constitutional jurisdiction was therefore triggered and was not rebutted.

[77] These cases confirm that administrative tribunals with the authority to decide questions of law and whose *Charter* jurisdiction has not been clearly withdrawn have the corresponding authority — and duty — to consider and apply the Constitution, including the *Charter*, when answering those legal questions. As McLachlin J. observed in *Cooper*:

[E]very tribunal charged with the duty of deciding issues of law has the concomitant power to do so. The fact that the question of law concerns the effect of the *Charter* does not change the matter. The *Charter* is not some holy grail which only judicial initiates of the superior courts may touch. The *Charter* belongs to the people. All law and law-makers that touch the people must conform to it. Tribunals and commissions charged with deciding legal issues are no exception. Many more citizens have their rights determined by these tribunals than by the courts. If the *Charter* is to be meaningful to ordinary people, then it must find its expression in the decisions of these tribunals. [para. 70]

The Merger

[78] The jurisprudential evolution leads to the following two observations: first, that administrative tribunals with the power to decide questions of law, and from whom constitutional jurisdiction has not been clearly withdrawn, have the authority to resolve constitutional questions that are linked to matters properly before them. And secondly,

l'étendue de la compétence de cet organisme, la structure quasi judiciaire du TAQ, déjà abordée brièvement, peut témoigner de la volonté du législateur de conférer au TAQ le pouvoir d'examiner et de trancher les questions constitutionnelles. Cette conclusion se dégage de l'examen des arrêts récents de notre Cour *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, et dans *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55. [par. 28]

Dans l'arrêt *Okwuobi*, notre Cour arrive à la conclusion que le Tribunal administratif du Québec avait le pouvoir de trancher des questions de droit. Par conséquent, la compétence constitutionnelle était présumée, et cette présomption n'était pas réfutée.

[77] Ces arrêts confirment que le tribunal administratif investi du pouvoir de trancher des questions de droit et dont la compétence pour appliquer la *Charte* n'est pas clairement écartée a le pouvoir — et le devoir — correspondant d'examiner et d'appliquer la Constitution, y compris la *Charte*, pour se prononcer sur ces questions de nature juridique. Comme le fait observer la juge McLachlin dans l'arrêt *Cooper* :

[T]out tribunal qui est appelé à trancher des questions de droit dispose des pouvoirs afférents à cette tâche. Le fait que la question de droit porte sur les effets de la *Charte* ne change rien. La *Charte* n'est pas un texte sacré que seuls les initiés des cours supérieures peuvent aborder. C'est un document qui appartient aux citoyens, et les lois ayant des effets sur les citoyens ainsi que les législateurs qui les adoptent doivent s'y conformer. Les tribunaux administratifs et les commissions qui ont pour tâche de trancher des questions juridiques ne sont pas soustraits à cette règle. Ces organismes déterminent les droits de beaucoup plus de justiciables que les cours de justice. Pour que les citoyens ordinaires voient un sens à la *Charte*, il faut donc que les tribunaux administratifs en tiennent compte dans leurs décisions. [par. 70]

La fusion

[78] L'évolution de la jurisprudence appelle les deux observations suivantes. D'abord, un tribunal administratif possédant le pouvoir de trancher des questions de droit et dont la compétence constitutionnelle n'est pas clairement écartée peut résoudre une question constitutionnelle se rapportant à une affaire dont il est régulièrement saisi. En second

they must act consistently with the *Charter* and its values when exercising their statutory functions. It strikes me as somewhat unhelpful, therefore, to subject every such tribunal from which a *Charter* remedy is sought to an inquiry asking whether it is “competent” to grant a particular remedy within the meaning of s. 24(1).

[79] Over two decades of jurisprudence has confirmed the practical advantages and constitutional basis for allowing Canadians to assert their *Charter* rights in the most accessible forum available, without the need for bifurcated proceedings between superior courts and administrative tribunals (*Douglas College*, at pp. 603-4; *Weber*, at para. 60; *Cooper*, at para. 70; *Martin*, at para. 29). The denial of early access to remedies is a denial of an appropriate and just remedy, as Lamer J. pointed out in *Mills*, at p. 891. And a scheme that favours bifurcating claims is inconsistent with the well-established principle that an administrative tribunal is to decide all matters, including constitutional questions, whose essential factual character falls within the tribunal’s specialized statutory jurisdiction (*Weber*; *Regina Police Assn.*; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*; *Quebec (Human Rights Tribunal)*; *Vaughan*; *Okwuobi*. See also *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 49.).

[80] If, as in the *Cuddy Chicks* trilogy, expert and specialized tribunals with the authority to decide questions of law are in the best position to decide constitutional questions when a remedy is sought under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, there is no reason why such tribunals are not also in the best position to assess constitutional questions when a remedy is sought under s. 24(1) of the *Charter*. As McLachlin J. said in *Weber*, “[i]f an arbitrator can find a law violative of the *Charter*, it would seem he or she can determine whether conduct in the administration of the collective agreement violates the *Charter* and likewise grant remedies”

lieu, il doit agir conformément à la *Charte* et aux valeurs qui la sous-tendent en s’acquittant de ses fonctions légales. Il m’apparaît donc quelque peu inutile de soumettre tout tribunal de ce type auquel réparation est demandée sur le fondement de la *Charte* à un examen visant à déterminer s’il est « compétent » au sens du par. 24(1) pour accorder la réparation sollicitée.

[79] Depuis plus de deux décennies, la jurisprudence confirme les avantages pratiques et le fondement constitutionnel de la solution qui consiste à permettre aux Canadiens de faire valoir les droits et les libertés que leur garantit la *Charte* devant le tribunal qui est le plus à leur portée sans qu’ils aient à fractionner leur recours et saisir à la fois une cour supérieure et un tribunal administratif (*Douglas College*, p. 603-604; *Weber*, par. 60; *Cooper*, par. 70; *Martin*, par. 29). Comme le signale le juge Lamer dans l’arrêt *Mills*, empêcher le demandeur d’obtenir rapidement réparation équivaut à lui refuser une réparation convenable et juste (p. 891). Et le régime qui favorise le fractionnement des recours est incompatible avec le principe bien établi selon lequel un tribunal administratif se prononce sur toutes les questions, y compris celles de nature constitutionnelle, dont le caractère essentiellement factuel relève de la compétence spécialisée que lui confère la loi (*Weber*; *Regina Police Assn.*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*; *Québec (Tribunal des droits de la personne)*; *Vaughan*; *Okwuobi*. Voir également l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 49.).

[80] Si, comme dans les affaires de la trilogie *Cuddy Chicks*, le tribunal spécialisé doté du pouvoir de se prononcer sur des questions de droit est le mieux placé pour trancher une question constitutionnelle lorsque réparation est sollicitée sur le fondement de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, rien ne s’oppose à ce qu’il soit également le mieux placé pour se pencher sur une question constitutionnelle lorsque réparation est demandée en application du par. 24(1) de la *Charte*. Dans l’arrêt *Weber*, la juge McLachlin dit que « [s]i un arbitre peut conclure qu’une loi porte atteinte à la *Charte*, il semble qu’il puisse déterminer si un

(para. 61). I agree with the submission of both the Ontario Review Board and the British Columbia Review Board that in both types of cases, the analysis is the same.

[81] Building on the jurisprudence, therefore, when a remedy is sought from an administrative tribunal under s. 24(1), the proper initial inquiry is whether the tribunal can grant *Charter* remedies generally. To make this determination, the first question is whether the administrative tribunal has jurisdiction, explicit or implied, to decide questions of law. If it does, and unless it is clearly demonstrated that the legislature intended to exclude the *Charter* from the tribunal's jurisdiction, the tribunal is a court of competent jurisdiction and can consider and apply the *Charter* — and *Charter* remedies — when resolving the matters properly before it.

[82] Once the threshold question has been resolved in favour of *Charter* jurisdiction, the remaining question is whether the tribunal can grant the particular remedy sought, given the relevant statutory scheme. Answering this question is necessarily an exercise in discerning legislative intent. On this approach, what will always be at issue is whether the remedy sought is the kind of remedy that the legislature intended would fit within the statutory framework of the particular tribunal. Relevant considerations in discerning legislative intent will include those that have guided the courts in past cases, such as the tribunal's statutory mandate, structure and function (*Dunedin*).

Application to This Case

[83] The question before the Court is whether the Ontario Review Board is authorized to provide certain remedies to Mr. Conway under s. 24(1) of the *Charter*. Before the Board, Mr. Conway sought an absolute discharge. At the hearing before this Court, and for the first time, he requested additional remedies dealing with his conditions of detention: an

comportement dans l'administration de la convention collective viole la *Charte* et également accorder des réparations » (par. 61). Je conviens avec la Commission ontarienne d'examen et la commission d'examen de la Colombie-Britannique que, dans les deux cas, l'analyse est la même.

[81] Au vu de la jurisprudence, lorsque réparation est demandée à un tribunal administratif en application du par. 24(1), il convient donc de déterminer initialement si le tribunal peut accorder des réparations sur le fondement de la *Charte* en général. À cette fin, il faut d'abord se demander si le tribunal administratif a le pouvoir exprès ou tacite de trancher une question de droit. Si tel est le cas et qu'il n'est pas clairement établi que le législateur a voulu soustraire l'application de la *Charte* à la compétence du tribunal en cause, ce dernier est un tribunal compétent et peut examiner et appliquer la *Charte*, y compris les réparations qu'elle prévoit, lorsqu'il statue dans une affaire dont il est régulièrement saisi.

[82] Une fois tranchée cette question préliminaire et reconnue la compétence fondée sur la *Charte*, il reste à déterminer si le tribunal administratif peut accorder la réparation précise demandée eu égard au régime législatif applicable. Il est alors nécessaire de cerner l'intention du législateur. Dès lors, la question qui se pose toujours est celle de savoir si la réparation demandée est de celles que le législateur a voulu que le tribunal administratif en cause puisse accorder eu égard au cadre législatif établi. Les éléments pertinents à considérer pour déterminer l'intention du législateur englobent ceux retenus par les tribunaux dans le passé, dont le mandat légal, la structure et la fonction du tribunal administratif (*Dunedin*).

Application aux faits de l'espèce

[83] Notre Cour doit déterminer si la Commission ontarienne d'examen a le pouvoir d'accorder certaines réparations à M. Conway en application du par. 24(1) de la *Charte*. M. Conway a demandé sa libération inconditionnelle à la Commission. À l'audience devant notre Cour, il a sollicité pour la première fois d'autres mesures de réparation

order directing CAMH to provide him with access to psychotherapy, and an order prohibiting CAMH from housing him near a construction site.

[84] The first inquiry is whether the Board is a court of competent jurisdiction. In my view, it is. The Board is a quasi-judicial body with significant authority over a vulnerable population. It is unquestionably authorized to decide questions of law. It was established by, and operates under, Part XX.1 of the *Criminal Code* as a specialized statutory tribunal with ongoing supervisory jurisdiction over the treatment, assessment, detention and discharge of those accused who have been found not criminally responsible by reason of mental disorder (“NCR patient”). Section 672.72(1) provides that any party may appeal a board’s disposition on any ground of appeal that raises a question of law, fact or mixed fact and law. Further, s. 672.78(1) authorizes an appellate court to allow an appeal against a review board’s disposition where the court is of the opinion that the board’s disposition was based on a wrong decision on a question of law. I agree with the conclusion of Lang J.A. and the submission of the British Columbia Review Board that, as in *Martin and Paul*, this language is indicative of the Board’s power to decide legal questions. And there is nothing in Part XX.1 of the *Criminal Code* — the Board’s statutory scheme — which permits us to conclude that Parliament intended to withdraw *Charter* jurisdiction from the scope of the Board’s mandate. It follows that the Board is entitled to decide constitutional questions, including *Charter* questions, that arise in the course of its proceedings.

[85] The question for the Court to decide therefore is whether the particular remedies sought by Mr. Conway are the kinds of remedies that Parliament appeared to have anticipated would fit within the statutory scheme governing the Ontario Review Board. This requires us to consider the scope and nature of the Board’s statutory mandate and functions.

relatives aux conditions de sa détention, à savoir une ordonnance enjoignant au CTSM de lui permettre de bénéficier d’une psychothérapie et une autre interdisant à l’établissement de le loger près d’un chantier de construction.

[84] La première question qui se pose est celle de savoir si la Commission est un tribunal compétent. À mon avis, c’est le cas. La Commission est un organisme quasi judiciaire exerçant un grand pouvoir sur des gens vulnérables. Elle est incontestablement admise à trancher des questions de droit. Constituée et régie par la partie XX.1 du *Code criminel*, il s’agit d’un tribunal spécialisé d’origine législative possédant un pouvoir de surveillance continu à l’égard du traitement, de l’évaluation, de la détention et de la libération des accusés qui ont été déclarés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux (les « patients non responsables criminellement »). Le paragraphe 672.72(1) dispose que toute partie aux procédures peut interjeter appel de la décision d’une commission d’examen pour un motif de droit, de fait ou mixte de droit et de fait. De plus, le par. 672.78(1) dispose que la cour d’appel peut accueillir l’appel si elle est d’avis que la commission d’examen a commis une erreur de droit. Je conviens avec la juge Lang, de la Cour d’appel, et la commission d’examen de la Colombie-Britannique que le libellé de cette disposition — comme celui en cause dans les arrêts *Martin et Paul* — permet de conclure que la Commission a le pouvoir de trancher des questions juridiques. Et aucune disposition de la partie XX.1 du *Code criminel* — le régime législatif auquel est assujettie la Commission — ne permet de conclure que le législateur a voulu soustraire l’application de la *Charte* à la compétence de la Commission. Il s’ensuit que la Commission peut statuer sur les questions constitutionnelles soulevées devant elle, y compris celles liées à l’application de la *Charte*.

[85] Notre Cour doit donc décider si les réparations précises demandées par M. Conway sont de celles que le législateur paraît avoir voulu que la Commission ontarienne d’examen puisse accorder eu égard à son régime législatif. À cette fin, il lui faut examiner l’étendue et la nature du mandat et des attributions de la Commission.

[86] Part XX.1 of the *Criminal Code* was enacted after this Court struck down the traditional regime for dealing with mentally ill offenders as contrary to s. 7 of the *Charter* in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933. The traditional system subjected offenders with mental illness to automatic and indefinite detention at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council (*Criminal Code*, s. 614(2) (formerly s. 542(2)) (repealed S.C. 1991, c. 43, s. 3); *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625). Part XX.1 was designed to address the concerns raised in *Swain* and was intended to highlight that offenders with a mental illness must be “treated with the utmost dignity and afforded the utmost liberty compatible with [their] situation” (*Winko*, at para. 42; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498, at para. 22).

[87] Part XX.1 introduced a new verdict — “not criminally responsible on account of mental disorder” — into the traditional guilt/innocence dichotomy. This verdict is neither an acquittal nor a conviction; rather, it diverts offenders to a special stream that provides individualized assessment and treatment for those found to be a significant danger to the public (*Winko*, at para. 21; *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779, at para. 90; *Penetanguishene*, at para. 21). Those NCR patients who are not a significant danger to the public must be unconditionally released.

[88] The Ontario Board manages and supervises the assessment and treatment of each NCR patient in Ontario by holding annual hearings and making dispositions for each patient (ss. 672.38(1), 672.54, 672.81(1) and 672.83(1); *Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 SCC 7, [2006] 1 S.C.R. 326, at para. 29). It is well established that the review board regime is intended to reconcile the “twin goals” of protecting the public from dangerous offenders, and treating NCR patients fairly and appropriately (*Winko*, at para. 20; House of Commons, *Minutes*

[86] La partie XX.1 du *Code criminel* a été adoptée après que notre Cour eut, dans l’arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, invalidé pour cause d’incompatibilité avec l’art. 7 de la *Charte* le régime traditionnellement applicable à l’accusé souffrant d’aliénation mentale. Auparavant, cette personne était automatiquement condamnée à une détention d’une durée indéterminée selon le bon plaisir du lieutenant-gouverneur en conseil (*Code criminel*, par. 614(2) (qui a remplacé le par. 542(2)) (abrogé par L.C. 1991, ch. 43, art. 3); *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625). La partie XX.1 visait à répondre aux préoccupations soulevées dans l’arrêt *Swain* et à faire ressortir que l’accusé atteint de maladie mentale devait être « traité avec la plus grande dignité et joui[r] de la plus grande liberté possible, compte tenu de son état » (*Winko*, par. 42; *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498, par. 22).

[87] La partie XX.1 a ajouté le nouveau verdict de « non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux » à la dichotomie traditionnelle opposant culpabilité et innocence. Il ne s’agit ni d’un acquittement ni d’une déclaration de culpabilité. L’accusé qui représente un danger important pour le public fait plutôt l’objet d’une procédure spéciale lui assurant une évaluation et un traitement individualisés (*Winko*, par. 21; *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779, par. 90; *Penetanguishene*, par. 21). Le patient non responsable criminellement qui ne représente pas un danger important pour le public doit être libéré inconditionnellement.

[88] La Commission ontarienne encadre et surveille l’évaluation et le traitement des patients non responsables criminellement en Ontario. Chaque année, elle tient une audience et rend une décision pour chacun d’eux (par. 672.38(1), art. 672.54, par. 672.81(1) et 672.83(1); *Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326, par. 29). Il est bien établi que le système des commissions d’examen vise à concilier le « double objectif » de protéger le public face aux personnes dangereuses et de traiter de façon juste et

of *Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General*, No. 7, 3rd Sess., 34th Parl., October 9, 1991, at p. 6). While public safety is the paramount concern, an NCR patient's liberty interest has been held to be the Board's "major preoccupation" within the fence posts staked by public safety (*Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528, at para. 19). The Board fulfills its "primary purpose" therefore by protecting the public while minimizing incursions on patients' liberty and treating patients fairly (*Mazzei*, at para. 32; *Winko*, at paras. 64-71; *Penetanguishene*, at para. 51).

[89] Section 672.54 of the *Criminal Code* sets out the remedial jurisdiction of review boards, stating:

Where a court or Review Board makes a disposition under subsection 672.45(2) or section 672.47 or 672.83, it shall, taking into consideration the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused, make one of the following dispositions that is the least onerous and least restrictive to the accused:

- (a) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;
- (b) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or
- (c) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

Accordingly, at a disposition hearing regarding an NCR patient, the Ontario Review Board is authorized to make one of three dispositions: an absolute discharge, a conditional discharge or a detention order. When making its disposition, the Board

appropriée les patients non responsables criminellement (*Winko*, par. 20; Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général*, n° 7, 3^e sess., 34^e lég., 9 octobre 1991, p. 6). Bien que la sécurité du public soit la considération primordiale, le droit à la liberté du patient non responsable criminellement demeure une « préoccupation fondamentale » de la Commission dans les limites que lui impose la protection du public (*Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528, par. 19). La Commission respecte donc son « objectif principal » lorsqu'elle protège le public tout en réduisant le plus possible les atteintes au droit à la liberté des patients et en traitant ceux-ci de façon équitable (*Mazzei*, par. 32; *Winko*, par. 64-71; *Penetanguishene*, par. 51).

[89] Voici le texte de l'art. 672.54 du *Code criminel* conférant à une commission d'examen son pouvoir en matière de réparation :

Pour l'application du paragraphe 672.45(2) ou des articles 672.47 ou 672.83, le tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale :

- a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;
- b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;
- c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

Par conséquent, lors de l'audition visant un patient non responsable criminellement, la Commission ontarienne d'examen peut ordonner l'une des trois mesures suivantes : la libération inconditionnelle, la libération sous réserve de modalités ou la

must consider the four statutory criteria: the need to protect the public from dangerous persons, the patient's mental condition, the reintegration of the patient into society and the patient's other needs.

[90] The Board has a “necessarily broad” discretion to consider a large range of evidence in order to fulfill this mandate (*Winko*, at para. 61). The Board's assessment of the evidence must “take place in an environment respectful of the NCR accused's constitutional rights, free from the negative stereotypes that have too often in the past prejudiced the mentally ill who come into contact with the justice system” (*Winko*, at para. 61). Upon considering the evidence, if the Board is not of the opinion that the patient is a significant threat to public safety, it must direct that the patient be discharged absolutely (s. 672.54(a); *Winko*, at para. 62). On the other hand, if the Board finds that the patient is, as in Mr. Conway's case, a significant threat to public safety, an absolute discharge is not statutorily available as a disposition (s. 672.54; *Winko*, at para. 62).

[91] A patient is not a significant threat to public safety unless he or she is a “real risk of physical or psychological harm to members of the public that is serious in the sense of going beyond the merely trivial or annoying” (*Winko*, at para. 62). The conduct giving rise to the harm must be criminal in nature (*Winko*, at paras. 57 and 62).

[92] Once a patient is absolutely discharged, he or she is no longer subject to the criminal justice system or to the Board's jurisdiction (*Mazzei*, at para. 34). However, pending an absolute discharge, NCR patients are subject to a detention or conditional discharge order. The Board is entitled to include appropriate conditions in its orders (s. 672.54(b) and (c)). The appropriateness of conditions is tied, at least in part, to the framework for making the least onerous and least restrictive disposition consistent with public safety, the patient's mental condition and other needs, and the patient's reintegration into the community

détention. Sa décision doit tenir compte des quatre considérations énoncées dans la loi : la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, l'état mental du patient, la nécessité de sa réinsertion sociale et ses autres besoins.

[90] Le pouvoir discrétionnaire de la Commission de considérer un large éventail d'éléments de preuve pour s'acquitter de son mandat a « nécessairement une large portée » (*Winko*, par. 61). L'examen de la preuve doit se « dérouler dans un environnement qui respecte les droits constitutionnels de l'accusé, indépendamment des stéréotypes négatifs qui, par le passé, ont trop souvent porté préjudice aux malades mentaux ayant eu des démêlés avec la justice » (*Winko*, par. 61). Lorsque la Commission n'en conclut pas que le patient représente un risque important pour la sécurité du public, elle doit ordonner sa libération inconditionnelle (al. 672.54a); *Winko*, par. 62). Par contre, lorsqu'elle estime, comme dans le cas de M. Conway, que le patient représente un risque important pour la sécurité du public, il ne lui est pas légalement loisible d'ordonner sa libération inconditionnelle (art. 672.54; *Winko*, par. 62).

[91] Un patient ne représente un risque important pour la sécurité du public que s'il existe « un risque véritable qu'un préjudice physique ou psychologique soit infligé aux membres de la collectivité, risque qui est grave dans le sens où le préjudice potentiel est plus qu'ennuyeux ou insignifiant » (*Winko*, par. 62). La conduite préjudiciable doit être de nature criminelle (*Winko*, par. 57 et 62).

[92] Le patient libéré inconditionnellement cesse de relever du système de justice criminelle ou de la compétence de la Commission (*Mazzei*, par. 34). Toutefois, tant qu'il n'est pas libéré inconditionnellement, le patient non responsable criminellement peut être détenu ou libéré sous conditions. La Commission a le pouvoir d'assortir son ordonnance des modalités qu'elle juge indiquées (al. 672.54b) et c)). Le caractère indiqué des modalités est lié, du moins en partie, à l'obligation de rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté compte tenu de la sécurité du public, de l'état mental du patient et de ses besoins, et de la

(s. 672.54(b) and (c); *Penetanguishene*, at paras. 51 and 56).

[93] The Board is not entitled to include any conditions that prescribe or impose treatment on an NCR patient (s. 672.55; *Mazzei*) and any conditions must withstand *Charter* scrutiny (*Slaight*). In addition, disposition orders, including any conditions, are subject to appeal. The Court of Appeal is entitled to allow an appeal against a disposition if it is unreasonable, cannot be supported by the evidence, is based on a wrong decision on a question of law, or gives rise to a miscarriage of justice (s. 672.78(1); *Owen*).

[94] Subject to these limits, the content of the conditions included in a disposition is at the Board's discretion. In this way, the Board has the statutory tools to supervise the treatment and detention of dangerous NCR patients in a responsive, *Charter*-compliant fashion and has a broad power to attach flexible, individualized, creative conditions to the discharge and detention orders it devises for dangerous NCR patients.

[95] The Board's task calls for "significant expertise" (*Owen*, at paras. 29-30) and the Board's membership, which sits in five-member panels comprised of the chairperson (a judge or a person qualified for or retired from appointment to the bench), a second legal member, a psychiatrist, a second psychiatrist or psychologist and one public member (ss. 672.39 and 672.4(1)), guarantees that the requisite experts perform the Board's challenging task (*Owen*, at para. 29; s. 672.39). Further, as almost one-quarter of NCR patients and accused found unfit to stand trial spend at least 10 years in the review board system, with some, like Mr. Conway, spending significantly longer (Jeff Latimer and Austin Lawrence, *Research Report — The Review Board Systems in Canada: Overview of Results from the Mentally Disordered Accused Data Collection Study* (Department of Justice Canada, January 2006, at p. v), review boards become intimately familiar with the patients under their supervision. In light of this expertise, the appellate courts are "not [to] be too quick to overturn" a review board's

nécessité de sa réinsertion sociale (al. 672.54b) et c); *Penetanguishene*, par. 51 et 56).

[93] Il n'est pas loisible à la Commission de prescrire ou d'imposer un traitement à un patient non responsable criminellement (art. 672.55; *Mazzei*), et toutes les conditions qu'elle fixe doivent résister à un examen fondé sur la *Charte* (*Slaight*). De plus, ses ordonnances, y compris toute modalité, sont susceptibles d'appel. La cour d'appel peut infirmer une décision lorsque celle-ci est déraisonnable ou ne peut s'appuyer sur la preuve, lorsqu'il s'agit d'une erreur de droit ou qu'il y a eu erreur judiciaire (par. 672.78(1); *Owen*).

[94] Sauf dans ces cas, la Commission a toute latitude pour assortir une ordonnance des modalités qui lui paraissent indiquées. La loi lui permet donc de surveiller le traitement et la détention des patients déclarés non responsables criminellement, mais jugés dangereux, d'une manière adaptée et conforme à la *Charte*. Elle possède en outre un pouvoir étendu d'assortir ses ordonnances de libération ou de détention de conditions flexibles, individualisées et créatives.

[95] L'exécution du mandat de la Commission fait appel à une « grande expertise » (*Owen*, par. 29-30). Sa composition — elle siège en comité composé de cinq membres, dont le président (un juge ou un juge à la retraite, ou une personne qui remplit les conditions de nomination à un tel poste), un autre juriste, un psychiatre, un autre psychiatre ou un psychologue, et un représentant du public (art. 672.39 et par. 672.4(1)) —, garantit que des personnes ayant l'expertise voulue s'acquittent de son exigeante fonction (*Owen*, par. 29; art. 672.39). De plus, étant donné que près du quart des patients non responsables criminellement et des accusés déclarés inaptes à subir leur procès demeurent assujettis pendant au moins dix ans au système des commissions d'examen et que certains d'entre eux, comme M. Conway, y demeurent soumis bien plus longtemps (Jeff Latimer et Austin Lawrence, *Les systèmes de commissions d'examen au Canada : Survol des résultats de l'étude de la collecte de données sur les accusés atteints de troubles mentaux* (Ministère de la Justice Canada, janvier 2006,

“expert opinion” on how best to manage a patient’s risk to the public (*Owen*, at para. 69; *Winko*, at para. 61).

[96] Mr. Conway submits that, pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, and notwithstanding the Board’s finding that he is a significant threat to public safety, he is entitled to an absolute discharge or, in the absence of a discharge, an order directing CAMH to provide him with alternative treatment and/or an order directing CAMH to ensure that he can access psychotherapy. Mr. Conway admits that these remedies are outside the Board’s statutory jurisdiction, but asserts that s. 24(1) of the *Charter* frees the Board from statutory limits on its jurisdiction.

[97] I disagree. Part XX.1 of the *Code* provides the Board with “wide latitude” in the exercise of its powers (*Winko*, at para. 27; *Mazzei*, at para. 43). However, Parliament did not imbue the Board with free remedial rein, and in fact withdrew certain remedies from the Board’s statutory arsenal. As noted above, Part XX.1 of the *Code* precludes the Board from granting either an absolute discharge to an NCR patient found to be dangerous or an order directing that a hospital authority provide an NCR patient with particular treatment (ss. 672.54(a) and 672.55; *Winko*; *Mazzei*). Parliament was entitled to withdraw these powers from the Board and, barring a constitutional challenge to the legislation, no judicial fiat can overrule Parliament’s clear expression of intent.

[98] Granting the Board the jurisdiction to unconditionally release a dangerous patient without the requisite treatment to resolve the dangerousness would frustrate the Board’s mandate to supervise the special needs of those who are found

p. viii), les commissions d’examen en viennent à très bien connaître les patients placés sous leur surveillance. Au vu de cette expertise, les cours d’appel se « garde[nt] d’infirmier à la légère la décision d’expert rendue » par une commission d’examen quant à la façon dont il convient de gérer le risque qu’un patient représente pour la sécurité du public (*Owen*, par. 69; *Winko*, par. 61).

[96] M. Conway fait valoir que, suivant le par. 24(1) de la *Charte*, et malgré la conclusion de la Commission selon laquelle il représente un risque important pour la sécurité du public, il a droit à une libération inconditionnelle ou, à défaut, à une ordonnance enjoignant au CTSM de modifier le traitement qui lui est prodigué ou de lui permettre de bénéficier d’une psychothérapie, ou les deux. M. Conway reconnaît que ces réparations échappent à la compétence légale de la Commission, mais il soutient que le par. 24(1) de la *Charte* permet à celle-ci de faire abstraction des limitations que la loi apporte à sa compétence.

[97] Je ne peux faire droit à sa prétention. La partie XX.1 du *Code criminel* confère à la Commission une « grande latitude » dans l’exercice de ses pouvoirs (*Winko*, par. 27; *Mazzei*, par. 43). Toutefois, le législateur ne lui donne pas carte blanche en ce qui concerne les réparations et écarte en fait certaines mesures qu’elle aurait pu prendre légalement. Rappelons que la partie XX.1 du *Code criminel* empêche la Commission d’accorder une libération inconditionnelle à un patient non responsable criminellement jugé dangereux ou d’ordonner au responsable de l’hôpital de soumettre un tel patient à un traitement particulier (al. 672.54a) et art. 672.55; *Winko*; *Mazzei*). Il était loisible au législateur de retirer ces pouvoirs à la Commission et, sauf contestation constitutionnelle des dispositions législatives en cause, une ordonnance judiciaire ne saurait écarter son intention clairement exprimée.

[98] Accorder à la Commission le pouvoir de libérer inconditionnellement un patient dangereux en l’absence de tout traitement pour mettre fin à la dangerosité irait à l’encontre du mandat consistant à encadrer la prestation des soins particuliers que

to require the treatment/assessment regime (*Winko*, at paras. 39-42). It would also undermine the balance required by s. 672.54: it not only threatens public safety, it jeopardizes the interests of the NCR patient by failing to adequately prepare him or her for reintegration and, as a result, creating a substantial risk of re-offending and re-entry into the Part XX.1 regime (*Winko*, at paras. 39-41). As McLachlin J. wrote in *Winko*, at paras. 39-41:

Treatment . . . is necessary to stabilize the mental condition of a dangerous NCR accused and reduce the threat to public safety created by that condition. . . .

Part XX.1 protects society. If society is to be protected on a long-term basis, it must address the cause of the offending behaviour — the mental illness. . . .

Part XX.1 also protects the NCR offender. The assessment-treatment model introduced by Part XX.1 of the *Criminal Code* is fairer to the NCR offender than the traditional common law model. The NCR offender is not criminally responsible, but ill. Providing opportunities to receive treatment, not imposing punishment, is the just and appropriate response.

[99] The Board's duty to protect public safety, its statutory authority to grant absolute discharges only to non-dangerous NCR patients, and its mandate to assess and treat NCR patients with a view to reintegration rather than recidivism, all point to Parliament's intent not to permit NCR patients who are dangerous to have access to absolute discharges as a remedy. These factors are determinative in this case and lead to the conclusion that it would not be appropriate and just in Mr. Conway's current circumstances for the Board to grant him an absolute discharge.

[100] The same is true of Mr. Conway's request for a treatment order. Allowing the Board to

requièrent ceux dont on estime qu'ils ont besoin du système d'évaluation et de traitement (*Winko*, par. 39-42). Un tel pouvoir minerait également l'équilibre que commande l'application de l'art. 672.54. Non seulement il mettrait la sécurité du public en péril, mais il compromettrait également les intérêts du patient non responsable criminellement en ne le préparant pas suffisamment à sa réinsertion sociale et en créant ainsi un risque substantiel qu'il récidive et qu'il soit à nouveau assujéti au régime de la partie XX.1 (*Winko*, par. 39-41). La juge McLachlin écrit dans l'arrêt *Winko* (par. 39-41) :

Des soins [. . .] s'imposent pour stabiliser l'état mental d'un accusé non responsable criminellement qui est dangereux et pour diminuer le risque que celui-ci représente pour la sécurité du public en raison de son état. . . .

La partie XX.1 protège la société. Si la société veut assurer sa sécurité à long terme, elle doit s'attaquer à la cause du comportement fautif — la maladie mentale. . . .

La partie XX.1 protège également le contrevenant non responsable criminellement. Le système d'évaluation et de traitement établi en application de la partie XX.1 du *Code criminel* est plus équitable pour ce dernier que le système traditionnel issu de la common law. Ce contrevenant n'est pas criminellement responsable, mais souffre d'une maladie. Lui fournir la possibilité de recevoir un traitement, et non le punir, constitue l'intervention juste qui s'impose.

[99] L'obligation de la Commission de protéger le public, son pouvoir légal d'accorder une libération inconditionnelle, mais uniquement à un patient non dangereux, et son mandat consistant à évaluer et à traiter les patients non responsables criminellement dans la perspective d'une réinsertion, et non d'une récidive, témoignent de l'intention du législateur d'empêcher qu'un patient non responsable criminellement, mais dangereux, bénéficie d'une libération inconditionnelle à titre de réparation. Déterminants en l'espèce, ces éléments mènent à la conclusion qu'il ne saurait être convenable et juste, eu égard à la situation actuelle de M. Conway, que la Commission le libère inconditionnellement.

[100] Il en est de même pour la demande de M. Conway visant à obtenir une ordonnance de

prescribe or impose treatment is not only expressly prohibited by the *Criminal Code* (s. 672.55), it is also inconsistent with the constitutional division of powers (*Mazzei*). The authority to make treatment decisions lies exclusively within the mandate of provincial health authorities in charge of the hospital where an NCR patient is detained, pursuant to various provincial laws governing the provision of medical services. “It would be an inappropriate interference with provincial legislative authority (and with hospitals’ treatment plans and practices) for Review Boards to require hospital authorities to administer particular courses of medical treatment for the benefit of an NCR accused” (*Mazzei*, at para. 31).

[101] A finding that the Board is entitled to grant Mr. Conway an absolute discharge despite its conclusion that he is a significant threat to public safety, or to direct CAMH to provide him with a particular treatment, would be a clear contradiction of Parliament’s intent. Given the statutory scheme and the constitutional considerations, the Board cannot grant these remedies to Mr. Conway.

[102] Finally, Mr. Conway complains about where his room is located and seeks an order under s. 24(1) prohibiting CAMH from housing him near a construction site. Neither the validity of this complaint, nor, obviously, the propriety of any redress, has yet been determined by the Board.

[103] Remedies granted to redress *Charter* wrongs are intended to meaningfully vindicate a claimant’s rights and freedoms (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 55; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 30). Yet, it is not the case that effective, vindicatory remedies for harm flowing from unconstitutional conduct are available only through separate and distinct *Charter* applications (*R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at

traitement. Permettre à la Commission de prescrire ou d’imposer un traitement est non seulement expressément interdit par le *Code criminel* (art. 672.55), mais aussi incompatible avec le partage constitutionnel des compétences (*Mazzei*). Le pouvoir de prendre des décisions d’ordre thérapeutique relève exclusivement des autorités sanitaires provinciales responsables de l’hôpital où est détenu le patient non responsable criminellement, conformément aux différentes lois provinciales régissant la prestation de services médicaux. « Il serait inapproprié que les commissions d’examen empiètent sur le pouvoir législatif provincial (et sur les programmes et procédures de traitement des hôpitaux) en exigeant des autorités de l’hôpital qu’elles administrent certains traitements médicaux dans l’intérêt d’un accusé non responsable criminellement » (*Mazzei*, par. 31).

[101] Conclure que la Commission peut accorder à M. Conway une libération inconditionnelle même si elle estime qu’il représente un risque important pour la sécurité du public, ou ordonner au CTSM de lui prodiguer un traitement particulier irait manifestement à l’encontre de l’intention du législateur. Compte tenu du régime législatif et des considérations d’ordre constitutionnel, la Commission ne peut accorder pareilles réparations à M. Conway.

[102] Enfin, M. Conway se plaint de l’emplacement de sa chambre et demande, sur le fondement du par. 24(1), une ordonnance interdisant au CTSM de le loger à proximité d’un chantier de construction. La Commission ne s’est encore prononcée ni sur la validité de ce grief ni, manifestement, sur l’opportunité de cette réparation.

[103] La réparation accordée par suite d’une atteinte à un droit garanti par la *Charte* vise à défendre utilement les droits et libertés du demandeur (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 55; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 30). Toutefois, ce n’est pas seulement au moyen d’une demande distincte fondée sur la *Charte* que peut être utilement réparé le préjudice découlant d’un acte inconstitutionnel (*R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC

para. 2). *Charter* rights can be effectively vindicated through the exercise of statutory powers and processes (*Nasogaluak; Dagenais; Okwuobi*). In this case, it may well be that the substance of Mr. Conway's complaint about where his room is located can be fully addressed within the framework of the Board's statutory mandate and the exercise of its discretion in accordance with *Charter* values. If that is what the Board ultimately concludes to be the case, resort to s. 24(1) of the *Charter* may not add either to the Board's capacity to address the substance of the complaint or to provide appropriate redress.

[104] I would dismiss the appeal. In accordance with the request of the parties, there will be no order for costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

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

Solicitors for the respondent the Person in charge of the Centre for Addiction and Mental Health: Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Ontario Review Board: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the interveners the Mental Health Legal Committee and the Mental Health Legal Advocacy Coalition: Hiltz Szigeti, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Review Board: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitor for the interveners the Criminal Lawyers' Association and the David Asper Centre

6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 2). Les droits garantis par la *Charte* peuvent être bien défendus par le recours aux pouvoirs et aux processus prévus par la loi (*Nasogaluak; Dagenais; Okwuobi*). Dans la présente affaire, il se peut fort bien qu'il ressortisse au mandat légal de la Commission et à son pouvoir discrétionnaire exercé dans le respect des valeurs de la *Charte* de statuer sur le fond de la demande de M. Conway relative à l'emplacement de sa chambre. Si la Commission conclut finalement en ce sens, le recours au par. 24(1) de la *Charte* ne peut accroître son pouvoir de statuer sur le fond de la demande ou d'accorder la réparation demandée.

[104] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. À la demande des parties, aucune ordonnance n'est rendue quant aux dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé le Responsable du Centre de toxicomanie et de santé mentale : Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante la Commission ontarienne d'examen : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs des intervenants Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition : Hiltz Szigeti, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Review Board : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureur des intervenants Criminal Lawyers' Association et David Asper Centre for

*for Constitutional Rights: University of Toronto,
Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Community
Legal Assistance Society: Community Legal
Assistance Society, Vancouver.*

*Constitutional Rights : Université de Toronto,
Toronto.*

*Procureur de l'intervenante Community Legal
Assistance Society : Community Legal Assistance
Society, Vancouver.*

**Ministry of Public Safety and Security
(Formerly Solicitor General) and Attorney
General of Ontario** *Appellants*

v.

Criminal Lawyers' Association *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of Quebec, Attorney General of
Nova Scotia, Attorney General of New
Brunswick, Attorney General of Manitoba,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Newfoundland and
Labrador, Tom Mitchinson, Assistant
Commissioner, Office of the Information
and Privacy Commissioner of Ontario,
Canadian Bar Association, Information
Commissioner of Canada, Federation of Law
Societies of Canada, Canadian Newspaper
Association, Ad IDEM/Canadian Media
Lawyers' Association, Canadian Association
of Journalists and British Columbia Civil
Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: ONTARIO (PUBLIC SAFETY AND
SECURITY) v. CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION**

2010 SCC 23

File No.: 32172.

2008: December 11; 2010: June 17.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish,
Abella, Charron and Rothstein JJ.

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom
of expression — Access to information — Exemptions —
Minister refusing to disclose records relating to murder
case, claiming exemptions under s. 14 (law enforcement)
and s. 19 (solicitor-client privilege) of Ontario Freedom
of Information and Protection of Privacy Act — Whether*

**Ministère de la Sûreté et de la Sécurité
publique (auparavant Solliciteur général) et
procureur général de l'Ontario** *Appellants*

c.

Criminal Lawyers' Association *Intimée*

et

**Procureur général du Canada, procureur
général du Québec, procureur général de
la Nouvelle-Écosse, procureur général du
Nouveau-Brunswick, procureur général
du Manitoba, procureur général de la
Colombie-Britannique, procureur général de
Terre-Neuve-et-Labrador, Tom Mitchinson,
Commissaire adjoint, Bureau du commissaire
à l'information et à la protection de la vie
privée de l'Ontario, Association du Barreau
canadien, Commissaire à l'information du
Canada, Fédération des ordres professionnels
de juristes du Canada, Association
canadienne des journaux, Ad IDEM/
Canadian Media Lawyers' Association,
Association canadienne des journalistes
et Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ONTARIO (SÛRETÉ ET SÉCURITÉ
PUBLIQUE) c. CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION**

2010 CSC 23

N° du greffe : 32172.

2008 : 11 décembre; 2010 : 17 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,
LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté
d'expression — Accès à l'information — Exceptions —
Refus du ministre de divulguer des documents relatifs
à une cause pour meurtre, invoquant les exceptions
prévues à l'art. 14 (exécution de la loi) et à l'art. 19
(secret professionnel de l'avocat) de la Loi sur l'accès*

s. 23 of Act violates guarantee of freedom of expression by failing to extend “public interest” balancing to exemptions found in ss. 14 and 19 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 14, 19, 23.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Scope — Access to government held information — Whether freedom of expression protects access to information — If so, in what circumstances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Access to information — Access to records — Exemptions — Minister refusing to disclose records relating to murder case, claiming exemptions under freedom of information legislation — Whether constitutional guarantee of freedom of expression protects access to information — If so, in what circumstances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 14, 19, 23.

The trial judge ordered a stay of proceedings in a murder trial, finding many instances of abusive conduct by state officials. The Ontario Provincial Police investigated and exonerated the police of misconduct without giving reasons for their finding. Concerned about the disparity between the findings at trial and the conclusion of the police investigation, the Criminal Lawyers' Association (“CLA”) made a request under the Ontario *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* (“FIPPA”) to the responsible Minister for disclosure of records relating to the investigation. The records at issue were a lengthy police report and two documents containing legal advice. FIPPA exempts various categories of documents from disclosure, some of which may be disclosed pursuant to a discretionary ministerial decision, including law enforcement records under s. 14 and solicitor-client privileged records under s. 19. Some records in the ministerial discretion category, but not those under ss. 14 and 19, are subject to a further review to determine whether a compelling public interest in disclosure clearly outweighs the purpose of the exemption under s. 23 of FIPPA.

à l'information et la protection de la vie privée de l'Ontario — L'article 23 de la Loi porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression parce qu'il n'étend pas l'exercice de mise en balance fondé sur « l'intérêt public » aux exceptions figurant aux art. 14 et 19? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14, 19, 23.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Portée — Accès aux renseignements détenus par le gouvernement — La liberté d'expression protège-t-elle l'accès à l'information? — Si oui, dans quelles circonstances? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Accès à l'information — Accès à des documents — Exceptions — Refus du ministre de divulguer des documents relatifs à une cause pour meurtre, invoquant des exceptions prévues par la loi sur l'accès à l'information — Le droit à la liberté d'expression garanti par la Constitution protège-t-il l'accès à l'information? — Si oui, dans quelles circonstances? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14, 19, 23.

Le juge du procès a ordonné l'arrêt des procédures dans un procès pour meurtre, ayant relevé plusieurs situations où les représentants de l'État ont agi de manière abusive. La Police provinciale de l'Ontario a mené une enquête et a conclu n'avoir rien à reprocher aux corps de police, sans motiver sa conclusion. Préoccupée par l'écart entre les conclusions tirées lors du procès et celles découlant de l'enquête policière, la Criminal Lawyers' Association (« CLA ») a présenté, en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* de l'Ontario (« LAIPVP ») au ministre responsable, une demande d'accès aux documents relatifs à l'enquête. Les documents en cause étaient un volumineux rapport de police et deux documents où figuraient des avis juridiques. La LAIPVP soustrait diverses catégories de documents à la divulgation, dont certains qui peuvent être divulgués par suite de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ministériel, notamment les documents dressés au cours d'une enquête visant l'exécution de la loi visés par l'art. 14 et les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat visés par l'art. 19. En vertu de l'art. 23 de la LAIPVP, certains documents compris dans la catégorie de ceux assujettis à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le ministre, mais pas ceux visés par les art. 14 et 19, peuvent faire l'objet d'un examen supplémentaire visant à déterminer si la nécessité manifeste de les divulguer dans l'intérêt public l'emporte sans conteste sur la fin visée par l'exception.

The Minister refused to disclose any of the records without explanation, claiming exemptions under, among other provisions, ss. 14 and 19 of *FIPPA*. On review, the Assistant Information and Privacy Commissioner held, without inquiring into the Minister's exercise of discretion, that the impugned records qualified for exemption under a number of sections of the Act, including ss. 14(2)(a) and 19. He noted that s. 23 did not apply to these two provisions of *FIPPA*, and accordingly, did not determine whether there was a compelling public interest at play. He also concluded that the omission of ss. 14 and 19 from the public interest override in s. 23 did not constitute a breach of the CLA's right to freedom of expression guaranteed under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Divisional Court upheld the decision not to disclose the documents and agreed with the conclusion that the exclusion of ss. 14 and 19 from s. 23 did not violate s. 2(b) of the *Charter*. In a majority decision, the Court of Appeal allowed the CLA's appeal, concluding that the exemption scheme violated the *Charter*.

Held: The appeal should be allowed. The Assistant Commissioner's order confirming the constitutionality of s. 23 of *FIPPA* should be restored. The documents protected by s. 19 of *FIPPA* dealing with solicitor-client privilege should be exempted from disclosure. The claim under the law enforcement provision, s. 14 of *FIPPA*, should be returned to the Commissioner for reconsideration.

The real constitutional issue before the Court is whether the failure to extend the s. 23 public interest override to documents for which law enforcement or solicitor-client privilege are claimed violates the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. Section 2(b) of the *Charter* guarantees freedom of expression, but it does not guarantee access to all documents in government hands. Determining whether s. 2(b) of the *Charter* protects such access is essentially a question of how far s. 2(b) protection extends. It asks whether s. 2(b) is engaged at all and is best approached by building on the methodology set out in *Irwin Toy*.

To demonstrate that there is expressive content in accessing these documents, a claimant must establish

Le ministre a refusé de divulguer chacun de ces documents, sans donner d'explications, fondant sa décision sur des exceptions prévues par la *LAIPVP*, entre autres aux art. 14 et 19. En procédant au réexamen, et ce, sans s'être penché sur l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire, le commissaire adjoint à l'accès à l'information et à la protection de la vie privée a jugé que les documents en question étaient soustraits à la divulgation en vertu de plusieurs dispositions de la loi, dont l'al. 14(2)a) et l'art. 19. Il a signalé que ces deux dispositions de la *LAIPVP* n'étaient pas assujetties à l'art. 23 et, par conséquent, il n'a pas examiné s'il existait un intérêt public qui l'emportait sans conteste dans le contexte. Il a aussi conclu que le fait d'avoir soustrait les art. 14 et 19 de la portée de l'examen fondé sur le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ne portait pas atteinte au droit à la liberté d'expression de la CLA garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour divisionnaire a maintenu la décision de ne pas divulguer les documents et a souscrit à la conclusion portant que le fait d'avoir soustrait les art. 14 et 19 de la portée de l'art. 23 ne violait pas l'al. 2b) de la *Charte*. Dans une décision majoritaire, la Cour d'appel a accueilli le pourvoi de la CLA, concluant que le régime d'exception violait la *Charte*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance du commissaire adjoint confirmant la constitutionnalité de l'art. 23 de la *LAIPVP* est rétablie. Les documents protégés par l'art. 19 de la *LAIPVP*, qui traite du secret professionnel de l'avocat, sont soustraits à la divulgation. La demande visée par l'art. 14 de la *LAIPVP*, disposition relative à l'exécution de la loi, est renvoyée au commissaire pour réexamen.

La véritable question constitutionnelle sur laquelle la Cour est appelée à statuer est celle de savoir si le fait que le principe de la primauté des raisons d'intérêt public consacré par l'art. 23 ne s'applique pas aux documents à l'égard desquels on invoque le secret professionnel de l'avocat ou le privilège rattaché aux écrits relatifs à l'exécution de la loi viole le droit à la liberté d'expression protégé par l'al. 2b) de la *Charte*. L'alinéa 2b) de la *Charte* garantit la liberté d'expression, mais il ne garantit pas l'accès à tous les documents détenus par le gouvernement. Déterminer si l'al. 2b) de la *Charte* garantit un tel accès revient essentiellement à juger jusqu'où s'étend la protection conférée par cette disposition. Cela suppose de se demander si l'al. 2b) est même en cause et il est préférable d'aborder la question en se fondant sur la méthode énoncée dans *Irwin Toy*.

Pour démontrer que l'accès à ces documents donnera accès à un contenu expressif, un demandeur doit établir

that the denial of access effectively precludes meaningful public discussion on matters of public interest. If this necessity is established, a *prima facie* case for production is made out, but the claimant must go on to show that there are no countervailing considerations inconsistent with production. A claim for production may be defeated, for example, if the documents are protected by a privilege, as privileges are recognized as appropriate derogations from the scope of protection offered by s. 2(b) of the *Charter*. It may also be that a particular government function is incompatible with access to certain documents, and these documents may remain exempt from disclosure because it would impact the proper functioning of affected institutions. If the claim survives this second step, then the claimant establishes that s. 2(b) is engaged, and the only remaining question is whether the government action infringes that protection.

The legislature's decision not to make documents under ss. 14 and 19 subject to the s. 23 public interest override does not violate the right to free expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. The CLA has not demonstrated that meaningful public discussion of the handling of the investigation and prosecution of the murder cannot take place under the current legislative scheme. Even if the first step were met, the CLA would face the further challenge of demonstrating that access to ss. 14 and 19 documents, obtained through the s. 23 override, would not impinge on privileges or impair the proper functioning of relevant government institutions. Sections 14 and 19 are intended to protect documents from disclosure on these very grounds.

On the record before us, it is not established that the CLA could satisfy the requirements of the framework and, as a result, s. 2(b) is not engaged. In any event, the impact of the absence of a s. 23 public interest override in relation to documents under ss. 14 and 19 is so minimal that even if s. 2(b) were engaged it would not be breached. The ultimate answer to the CLA's claim is that the absence of a second-stage review, provided by the s. 23 override for documents within ss. 14 and 19, does not significantly impair any hypothetical right to access government documents given that those sections, properly interpreted, already incorporate considerations of the public interest. The CLA therefore would not meet the test because it could not show that the state has infringed its rights to freedom of expression.

que le refus d'y donner accès empêche en réalité la tenue d'un débat public significatif sur des questions d'intérêt public. Si l'existence de cette nécessité est démontrée, il est établi *prima facie* que les documents devraient être divulgués. Toutefois, le demandeur doit ensuite démontrer que la protection n'est pas écartée par des considérations compensatoires incompatibles avec la divulgation. Une demande de divulgation peut échouer, par exemple, si les documents sont protégés par un privilège, puisqu'il est admis que les privilèges échappent à juste titre à la portée de la protection offerte par l'al. 2b) de la *Charte*. Une fonction gouvernementale particulière peut aussi être incompatible avec l'accès à certains documents et ces documents peuvent être soustraits à la divulgation parce que celle-ci nuirait au bon fonctionnement des institutions touchées. Si la demande survit à cette deuxième étape, le demandeur établit que l'al. 2b) est en cause et il ne reste alors qu'à déterminer si la mesure prise par le gouvernement porte atteinte à cette protection.

La décision du législateur d'avoir soustrait les documents visés par les art. 14 et 19 à l'application du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ne porte pas atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. La CLA n'a pas démontré qu'il est impossible de discuter de manière significative de la gestion de l'enquête sur le meurtre ainsi que de la poursuite sous le régime législatif actuel. Même si elle satisfaisait à la première exigence, la CLA aurait un obstacle supplémentaire à surmonter, soit celui de démontrer que l'accès aux documents visés par les art. 14 et 19, grâce au principe de la primauté consacré par l'art. 23, n'empiéterait pas sur des privilèges ou n'entraverait pas le bon fonctionnement des institutions gouvernementales visées. Les articles 14 et 19 visent à soustraire des documents à la divulgation pour ces motifs précis.

Sur la foi du dossier dont nous sommes saisis, il n'est pas prouvé que la CLA pourrait satisfaire aux exigences du cadre d'analyse et, en conséquence, l'al. 2b) n'est pas en cause. Quoiqu'il en soit, l'incidence du fait que le principe de la primauté de l'intérêt public prévu à l'art. 23 ne s'applique pas aux documents visés par les art. 14 et 19 est si minime que même si l'al. 2b) était en cause, il ne serait pas porté atteinte au droit qu'il garantit. La réponse ultime à la demande de la CLA est la suivante : l'absence du réexamen découlant du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 pour les documents visés par les art. 14 et 19 n'entrave pas considérablement un droit hypothétique d'accès aux documents gouvernementaux, puisque ces dispositions, bien interprétées, tiennent déjà compte de l'intérêt public. La CLA ne satisferait donc pas au test parce qu'elle ne pourrait pas démontrer que l'État a porté atteinte à sa liberté d'expression.

In reviewing the Minister's decision not to disclose the records, the Commissioner must determine whether the exemptions were properly claimed and, if so, whether the Minister's exercise of discretion was reasonable. In this case, the order pertaining to the claim under s. 14 of *FIPPA* should be returned to the Commissioner for reconsideration. The Commissioner upheld the Minister's decision without reviewing the Minister's exercise of discretion under ss. 14 and 19 of *FIPPA* because s. 23 did not apply to these sections. The absence of reasons and the failure of the Minister to order disclosure of any part of the voluminous documents sought raise concerns which should have been investigated by the Commissioner. Had the Commissioner conducted an appropriate review of the Minister's decision, he might well have reached a different conclusion as to whether the Minister's discretion under s. 14 was properly exercised.

The Commissioner's decision on the s. 19 claim, however, should be upheld. It is difficult to see how these records could have been disclosed under the established rules on solicitor-client privilege and based on the facts and interests at stake.

Cases Cited

Applied: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; **referred to:** *R. v. Court* (1995), 23 O.R. (3d) 321; *R. v. Court* (1997), 36 O.R. (3d) 263; *Ontario (Ministry of Finance) v. Ontario (Inquiry Officer)* (1998), 5 Admin. L.R. (3d) 175, rev'd (1999), 13 Admin. L.R. (3d) 1; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673; *Ontario (Attorney General) v. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1

En réexaminant la décision du ministre de ne pas divulguer les documents, le commissaire doit décider si les exceptions ont été invoquées à bon droit et, le cas échéant, si le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire raisonnablement. En l'espèce, l'ordonnance relative à la demande visée par l'art. 14 de la *LAIPVP* est renvoyée au commissaire pour réexamen. Le commissaire a confirmé la décision du ministre de ne pas divulguer les documents demandés, et ce, sans examiner l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les art. 14 et 19 de la *LAIPVP* parce que l'art. 23 ne s'applique pas à eux. L'absence de motifs et l'omission par le ministre d'ordonner la divulgation de quelque passage que ce soit des volumineux documents auxquels l'accès a été demandé soulèvent des préoccupations sur lesquelles le commissaire aurait dû se pencher. Si ce dernier avait réexaminé adéquatement la décision du ministre, il aurait très bien pu conclure autrement quant au caractère adéquat de l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 14.

Par contre, la décision du commissaire quant à la demande visée par l'art. 19 est maintenue. Il est difficile de concevoir comment ces documents auraient pu être divulgués compte tenu des règles établies en matière de secret professionnel de l'avocat ainsi que des faits et des intérêts en cause.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; **arrêts mentionnés :** *R. c. Court* (1995), 23 O.R. (3d) 321; *R. c. Court* (1997), 36 O.R. (3d) 263; *Ontario (Ministry of Finance) c. Ontario (Inquiry Officer)* (1998), 5 Admin. L.R. (3d) 175, inf. par (1999), 13 Admin. L.R. (3d) 1; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; *Ontario (Attorney General) c. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *R. c. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817;

S.C.R. 821; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. Brown*, 2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185; *Ontario (Minister of Finance) v. Higgins* (1999), 118 O.A.C. 108, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xvi; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) v. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Freedom of Information and Protection of Privacy Act Adjudicator)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 11(b), (d).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 10, 14, 19, 23, 50(1)(a).

Authors Cited

Brandeis, Louis D. "What Publicity Can Do", *Harper's Weekly*, vol. 58, December 20, 1913, 10.
 Mitchinson, Tom. "'Public Interest' and Ontario's *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*". Speech to Law Society of British Columbia, February 16, 2001.
 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.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Juriansz, MacFarland and LaForme J.J.A.), 2007 ONCA 392, 86 O.R. (3d) 259, 224 O.A.C. 236, 280 D.L.R. (4th) 193, 60 Admin. L.R. (4th) 279, 220 C.C.C. (3d) 343, 58 C.P.R. (4th) 298, 156 C.R.R. (2d) 1, [2007] O.J. No. 2038 (QL); 2007 CarswellOnt 3218, setting aside a decision of Blair R.S.J. and Gravely and Epstein JJ. (2004), 70 O.R.

Solosky c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 821; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185; *Ontario (Minister of Finance) c. Higgins* (1999), 118 O.A.C. 108, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xvi; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) c. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395; *Ontario (Attorney General) c. Ontario (Freedom of Information and Protection of Privacy Act Adjudicator)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 11b), d).
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 10, 14, 19, 23, 50(1)a).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 39.

Doctrine citée

Brandeis, Louis D. « What Publicity Can Do », *Harper's Weekly*, vol. 58, 20 décembre 1913, 10.
 Mitchinson, Tom. « "Public Interest" and Ontario's *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* ». Speech to Law Society of British Columbia, February 16, 2001.
 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.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Juriansz, MacFarland et LaForme), 2007 ONCA 392, 86 O.R. (3d) 259, 224 O.A.C. 236, 280 D.L.R. (4th) 193, 60 Admin. L.R. (4th) 279, 220 C.C.C. (3d) 343, 58 C.P.R. (4th) 298, 156 C.R.R. (2d) 1, [2007] O.J. No. 2038 (QL); 2007 CarswellOnt 3218, qui a infirmé une décision des juges Blair, Gravely et Epstein (2004), 70 O.R.

(3d) 332, 237 D.L.R. (4th) 525, 184 O.A.C. 223, 13 Admin. L.R. (4th) 26, 30 C.P.R. (4th) 267, 116 C.R.R. (2d) 323, [2004] O.J. No. 1214 (QL), 2004 CarswellOnt 1172. Appeal allowed.

Daniel Guttman, Sophie Nunnolley and Don Fawcett, for the appellants.

David Stratas, Brad Elberg, Trevor Guy and Ryan Teschner, for the respondent.

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

Dominique A. Jobin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Edward A. Gores, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Nathaniel Carnegie and Deborah Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Allan Seckel, Q.C., and *Deanna Billo*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Barbara Barrowman, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

William S. Challis, Stephen McCammon and Allison Knight, for the intervener Tom Mitchinson, Assistant Commissioner, Office of the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

Mahmud Jamal and Karim Renno, for the intervener the Canadian Bar Association.

Marlys Edwardh, Daniel Brunet and Jessica Orkin, for the intervener the Information Commissioner of Canada.

Guy J. Pratte and Nadia Effendi, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

(3d) 332, 237 D.L.R. (4th) 525, 184 O.A.C. 223, 13 Admin. L.R. (4th) 26, 30 C.P.R. (4th) 267, 116 C.R.R. (2d) 323, [2004] O.J. No. 1214 (QL), 2004 CarswellOnt 1172. Pourvoi accueilli.

Daniel Guttman, Sophie Nunnolley et Don Fawcett, pour les appelants.

David Stratas, Brad Elberg, Trevor Guy et Ryan Teschner, pour l'intimé.

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

Dominique A. Jobin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Edward A. Gores, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Nathaniel Carnegie et Deborah Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Allan Seckel, c.r., et *Deanna Billo*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Barbara Barrowman, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

William S. Challis, Stephen McCammon et Allison Knight, pour l'intervenant Tom Mitchinson, Commissaire adjoint, Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

Mahmud Jamal et Karim Renno, pour l'intervenant l'Association du Barreau canadien.

Marlys Edwardh, Daniel Brunet et Jessica Orkin, pour l'intervenant le Commissaire à l'information du Canada.

Guy J. Pratte et Nadia Effendi, pour l'intervenant la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Paul B. Schabas and Ryder Gilliland, for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association and the Canadian Association of Journalists.

Catherine Beagan Flood and Iris Fischer, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND ABELLA J. —

1. Overview

[1] 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. Some information in the hands of those institutions is, however, entitled to protection in order to prevent the impairment of those very principles and promote good governance.

[2] Both openness and confidentiality are protected by Ontario's freedom of information legislation, the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31 ("FIPPA" or the "Act"). The relationship between them under this scheme is at the heart of this appeal. At issue is the balance struck by the Ontario legislature in exempting certain categories of documents from disclosure.

[3] The Act exempts various categories of documents from disclosure. This case concerns records that *may* be disclosed pursuant to a discretionary ministerial decision. More particularly, this case concerns records prepared in the course of law enforcement investigations (s. 14) and records protected by solicitor-client privilege (s. 19). The Act provides that some records in the ministerial discretion category are subject to a further review to determine whether a compelling public interest in disclosure clearly outweighs the purpose of the exemption under s. 23 of FIPPA. The Act does not

Paul B. Schabas et Ryder Gilliland, pour les intervenantes l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association et l'Association canadienne des journalistes.

Catherine Beagan Flood et Iris Fischer, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE ABELLA —

1. Aperçu

[1] 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. Certains renseignements détenus par ces institutions doivent toutefois être protégés pour empêcher une atteinte à ces mêmes principes et promouvoir une bonne gouvernance.

[2] La loi ontarienne en matière d'accès à l'information, la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31 (« LAIPVP » ou la « Loi »), protège à la fois l'ouverture et la confidentialité. Le rapport entre ces valeurs, pour l'application de ce régime législatif, est au cœur du présent pourvoi qui porte sur l'équilibre établi par le législateur ontarien en prévoyant pour certaines catégories de documents des exceptions à la divulgation.

[3] La Loi soustrait diverses catégories de documents à la divulgation. La présente affaire traite de documents qui *peuvent* être divulgués par suite de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ministériel. Plus particulièrement, la présente affaire concerne des documents dressés au cours d'une enquête visant l'exécution de la loi (art. 14) et des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat (art. 19). L'article 23 de la LAIPVP prévoit que certains documents compris dans la catégorie de ceux assujettis à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le ministre peuvent faire l'objet d'un

require this additional public interest review for solicitor-client records or law enforcement records.

[4] The Criminal Lawyers' Association ("CLA") is an advocacy group representing members of the criminal defence bar in Ontario. It is seeking records in the hands of the Crown relating to a murder case which gave rise to judicial expressions of concern: two documents containing legal advice and a 318-page report looking into alleged police misconduct. The Minister refused to disclose either the report or related documents, stating that the exemptions in the Act for solicitor-client privilege and law enforcement privilege covered all the material. On review, the Assistant Information and Privacy Commissioner held, without inquiring into the Minister's exercise of discretion, that the impugned records qualified for exemption under a number of sections of the Act, including ss. 14(2)(a) and 19. He noted that s. 23 did not apply to these two provisions of the Act and, as such, he did not determine whether there was a compelling public interest at play here in the context of ss. 14 and 19.

[5] Section 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees freedom of expression, but it does not guarantee access to all documents in government hands. Access to documents in government hands is constitutionally protected only where it is shown to be a necessary precondition of meaningful expression, does not encroach on protected privileges, and is compatible with the function of the institution concerned.

[6] The CLA argues that the Act's failure in s. 23 to include a public interest review for solicitor-client and law enforcement privileged documents

examen supplémentaire visant à déterminer si la nécessité manifeste de les divulguer dans l'intérêt public l'emporte sans conteste sur la fin visée par l'exception. La Loi n'exige la tenue d'un tel examen additionnel de l'intérêt public ni pour les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et ni pour ceux relatifs à l'exécution de la loi.

[4] La Criminal Lawyers' Association (« CLA ») représente les intérêts des avocats de la défense de l'Ontario. Elle demande l'accès à deux documents où figurent des avis juridiques et à un rapport de 318 pages sur des allégations d'inconduite de la police, des documents détenus par le ministère public et qui concernent une cause pour meurtre qui a donné lieu à des expressions de préoccupation judiciaire. Le ministre a refusé de divulguer tant le rapport que les documents qui y étaient liés, énonçant que les exceptions prévues à la Loi relativement au secret professionnel de l'avocat et à l'exécution de la loi visaient tous les documents. En procédant au réexamen, et ce, sans s'être penché sur l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire, le commissaire adjoint à l'accès à l'information et à la protection de la vie privée a jugé que les documents en question étaient soustraits à la divulgation en vertu de plusieurs dispositions de la Loi, dont l'al. 14(2)a) et l'art. 19. Il a signalé que ces deux dispositions n'étaient pas assujetties à l'art. 23 et, par conséquent, il n'a pas examiné s'il existait, en l'espèce, un intérêt public qui l'emportait sans conteste dans le contexte de l'application des art. 14 et 19.

[5] L'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit la liberté d'expression, mais il ne garantit pas l'accès à tous les documents détenus par le gouvernement. En effet, l'accès à ces documents n'est protégé, sur le plan constitutionnel, que lorsqu'il est démontré qu'il s'agit d'une condition qui doit nécessairement être réalisée pour qu'il soit possible de s'exprimer de manière significative, qu'il n'empiète pas sur des privilèges protégés, et qu'il est compatible avec la fonction de l'institution en cause.

[6] Selon la CLA, le fait que l'art. 23 ne prévoit pas de réexamen au regard de l'intérêt public relativement aux documents visés par le secret

violates freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. For the reasons that follow, we conclude that there is no such violation.

[7] This said, it is not clear on the material before us that the Assistant Commissioner, in applying the Act, fully considered the scope of his discretion under s. 14, the law enforcement provision. We therefore remit this matter to the Commissioner for reconsideration to determine whether any or all of the report should be disclosed.

2. Background

[8] This case arises out of the murder of Domenic Racco in 1983, for which four men (Anthony Musitano, Domenic Musitano, Guiseppe Avignone, and William Rankin) were originally charged. They pled guilty to lesser charges in 1985. In 1990, two other individuals, Graham Rodney Court and Peter Dennis Monaghan, were alleged to have been hired to kill Racco. Court and Monaghan were convicted after a jury trial in 1991.

[9] In 1995, the Ontario Court of Appeal ordered a new trial for Monaghan on the basis, *inter alia*, of fresh evidence (*R. v. Court* (1995), 23 O.R. (3d) 321). It was evidence that had been lost before trial, but the police did not reveal its loss to the defence until two-and-a-half years after the trial. A new trial was also ordered, for both Monaghan and Court, based on inadequate jury instructions at trial.

[10] Both men applied for a stay of proceedings in 1997 on the grounds of a breach of their *Charter* rights. Glithero J. concluded that their rights under ss. 7, 11(b) and 11(d) of the *Charter* had been violated to such a degree that the proceedings should be stayed, stating:

professionnel de l'avocat ou à ceux relatifs à l'exécution de la loi porte atteinte à la liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte*. Pour les motifs qui suivent, nous concluons à l'absence d'une telle atteinte.

[7] Cela étant dit, il n'est pas clair, selon les renseignements dont nous disposons, que lorsqu'il a appliqué la Loi le commissaire adjoint a pris en considération toute la portée du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 14, soit la disposition relative à l'application de la loi. Nous renvoyons donc cette question au commissaire pour réexamen afin qu'il détermine si certains passages du rapport ou sa totalité devraient être divulgués.

2. Contexte

[8] La présente affaire découle du meurtre de Domenic Racco en 1983, à l'égard duquel quatre hommes (Anthony Musitano, Domenic Musitano, Guiseppe Avignone et William Rankin) ont été initialement accusés. En 1985, ces hommes ont plaidé coupables à des accusations moindres. En 1990, il a été allégué que deux autres individus, Graham Rodney Court et Peter Dennis Monaghan, avaient été engagés pour tuer M. Racco. Après avoir subi un procès devant jury, M. Court et M. Monaghan ont été déclarés coupables en 1991.

[9] En 1995, la Cour d'appel de l'Ontario a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour M. Monaghan compte tenu, entre autres, de l'existence de nouveaux éléments de preuve (*R. c. Court* (1995), 23 O.R. (3d) 321). Ceux-ci avaient été perdus avant le procès, mais ce n'est que deux ans et demi après ce procès que la police a révélé cette perte à la défense. La tenue d'un nouveau procès a également été ordonnée, tant pour M. Monaghan que pour M. Court, en raison de directives inadéquates données au jury lors du procès.

[10] En 1997, les deux hommes ont demandé l'arrêt des procédures pour cause d'atteinte aux droits que leur garantit la *Charte*. Le juge Glithero a conclu que les droits que leur garantissent l'art. 7 et les al. 11b) et d) de la *Charte* avaient été violés à un point tel que l'instance devait être arrêtée. Voici comment il s'est exprimé :

... I have found many instances of abusive conduct by state officials, involving deliberate non-disclosure, deliberate editing of useful information, negligent breach of the duty to maintain original evidence, improper cross-examination and jury addresses during the first trial. That prejudice is completed. The improper cross-examinations and jury address would not be repeated at a new trial and the completed prejudice with respect to those issues would not therefore be perpetuated in a new trial. The effects or prejudice caused by the abusive conduct in systematic non-disclosure, deliberate revision of materials so as to exclude useful information to the defence, and the unexplained loss, or breach of the duty to preserve, of so much original evidence would be perpetuated through a future trial in that the defence cannot be put back into the position they would originally have been, and which in my view they were entitled to maintain throughout the trial process. That evidence is gone, either entirely or to the extent of severely diminishing the utility of the evidence, and the prejudice thereby occasioned has only been exaggerated by the passage of time since the 1991 trial and prior to the belated disclosure of this information in 1996. [Emphasis added.]

(*R. v. Court* (1997), 36 O.R. (3d) 263 (Gen. Div.), p. 300)

[11] As a result of Glithero J.'s rebuke, the Ontario Provincial Police ("OPP") undertook an investigation into the conduct of the Halton Regional Police, the Hamilton-Wentworth Regional Police, and the Crown Attorney in the case. In a terse press release on April 3, 1998, the OPP exonerated the police on the grounds that there was "no evidence that the officers attempted to obstruct justice by destroying or withholding a vital piece of evidence" and "no evidence that information withheld from defence was done deliberately and with the intent to obstruct justice". Despite the clear public interest in knowing why the misconduct found by Glithero J. did not merit criminal charges, the OPP offered no explanation for its conclusions.

[TRADUCTION] ... j'ai relevé plusieurs situations où les représentants de l'État ont agi de manière abusive, notamment en dissimulant délibérément certains renseignements, en modifiant délibérément des renseignements utiles, en manquant par négligence à l'obligation de conserver des éléments de preuve originaux, en effectuant des contre-interrogatoires inappropriés et en donnant un exposé incorrect au jury durant le premier procès. Le préjudice découlant de ces situations est réalisé. La tenue d'un nouveau procès permettrait de corriger les contre-interrogatoires et exposés inappropriés et ne perpétuerait donc pas le préjudice découlant de ces situations. Par contre, les conséquences ou le préjudice découlant du comportement abusif lié à la non-divuligation systématique, à la modification délibérée de documents visant à soustraire des renseignements utiles à la connaissance de la défense et la perte non expliquée d'autant d'éléments de preuve originaux, ou le manquement à l'obligation de les conserver seraient perpétués dans un procès futur puisque la défense ne peut être remise dans la situation qui aurait été la sienne initialement et qu'elle avait le droit, selon moi, de conserver tout au long du procès. Ces éléments de preuve ont disparu, soit dans leur totalité soit dans une telle mesure que leur utilité est sérieusement réduite, et le préjudice découlant de cet abus n'a pu que s'aggraver avec l'écoulement du temps entre le procès de 1991 et la divulgation tardive de cette information en 1996. [Nous soulignons.]

(*R. c. Court* (1997), 36 O.R. (3d) 263 (Div. gén.), p. 300)

[11] En raison du blâme formulé par le juge Glithero, la Police provinciale de l'Ontario (« PPO ») a mené une enquête sur la conduite de la police régionale de Halton, de la police régionale de Hamilton-Wentworth et du procureur de la Couronne dans l'affaire. Dans son communiqué de presse laconique du 3 avril 1998, la PPO a affirmé n'avoir rien trouvé à reprocher aux corps de police puisque [TRADUCTION] « rien ne démontrait que les policiers avaient tenté d'entraver la justice en détruisant ou en dissimulant des éléments de preuve cruciaux » et que « rien n'établissait que les renseignements n'ayant pas été communiqués à la défense avaient été dissimulés délibérément dans le but d'entraver la justice ». Bien qu'il soit manifestement dans l'intérêt public de savoir pourquoi la conduite répréhensible constatée par le juge Glithero ne méritait pas de faire l'objet d'accusations criminelles, la PPO n'a aucunement motivé ses conclusions.

[12] Concerned about the disparity between the findings of Glithero J. and the conclusions reached by the OPP, the CLA made a request under *FIPPA* to the Minister of the Solicitor General and Correctional Services (later the Minister of Public Safety and Security and now the Minister of Community Safety and Correctional Services) for disclosure of records relating to the OPP investigation. The records at issue were a 318-page police report detailing the results of the OPP's investigation; a March 12, 1998 memorandum from a Crown Attorney to the Regional Director of Crown Operations containing legal advice with respect to the police report; and a March 24, 1998 letter from the Regional Director of Crown Operations to a police official also containing legal advice on the OPP investigation.

[13] The Minister refused to disclose any of these records, claiming several exemptions under the Act, including: s. 14 (law enforcement), s. 19 (solicitor-client privilege), s. 20 (danger to health and safety), and s. 21 (personal privacy). He did not explain how or why each of these exemptions applied to the material in question and did not address the possibility of partial disclosure.

[14] The CLA appealed the Minister's decision not to disclose the records to the Commissioner pursuant to s. 50(1)(a) of *FIPPA*.

[15] The Minister's decision was reviewed by the Assistant Information and Privacy Commissioner, Tom Mitchinson. Reliance on the s. 20 exemption was withdrawn. On May 5, 2000, Mr. Mitchinson upheld the propriety of the Minister's decision not to disclose the records (IPC Order PO-1779). He found that the public interest in disclosure "clearly outweigh[ed]" the purpose of the exemption on the facts of this case, and would have applied the s. 23 override with respect to the s. 21 personal privacy exemption; however, he upheld the Minister's

[12] Préoccupée par l'écart entre les conclusions du juge Glithero et celles de la PPO, la CLA a présenté, en vertu de la *LAIPVP* au ministre du Solliciteur général et des Services correctionnels (plus tard ministre de la Sûreté et de la Sécurité publique et aujourd'hui ministre de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels), une demande d'accès aux documents relatifs à l'enquête de la PPO. Les documents en cause étaient les suivants : un rapport de police de 318 pages exposant en détail les résultats de l'enquête de la PPO; un mémoire daté du 12 mars 1998, rédigé par un procureur de la Couronne à l'intention du directeur régional des Opérations de la Couronne et contenant des avis juridiques concernant le rapport de police; ainsi qu'une lettre, datée du 24 mars 1998, du directeur régional des Opérations de la Couronne adressée à un responsable de la police et contenant également des avis juridiques concernant l'enquête menée par la PPO.

[13] Le ministre a refusé de divulguer chacun de ces documents. Il a fondé sa décision sur plusieurs exceptions prévues par la Loi, notamment à l'art. 14 (exécution de la loi), à l'art. 19 (secret professionnel de l'avocat), à l'art. 20 (menace à la santé et à la sécurité) et à l'art. 21 (vie privée). Il n'a pas expliqué comment ni pourquoi chacune de ces exceptions s'appliquait aux documents en question et il n'a pas traité de la possibilité d'une divulgation partielle.

[14] La CLA a interjeté appel devant le commissaire, en vertu de l'al. 50(1)a) de la *LAIPVP*, de la décision du ministre de ne pas divulguer les documents.

[15] La décision du ministre a été réexaminée par Tom Mitchinson, commissaire adjoint à l'information et à la protection de la vie privée. Le ministre ne se fondait alors plus sur l'exception prévue à l'art. 20. Le 5 mai 2000, M. Mitchinson a confirmé le bien-fondé de la décision du ministre de ne pas divulguer les documents (CAIPVP, ordonnance PO-1779). Il a conclu que la nécessité de divulguer les documents dans l'intérêt public [TRADUCTION] « l'emport[ait] sans conteste » sur la fin visée par l'exception compte tenu des faits de l'espèce et il

refusal because the other claimed exemptions (ss. 14 and 19) are not included within the s. 23 override. He was also asked to consider whether the omission of ss. 14 and 19 from the public interest override constituted a breach of the CLA's *Charter* right to freedom of expression. He concluded that it did not.

[16] At the Divisional Court, Blair R.S.J. upheld the decision not to disclose the documents and agreed with the conclusion that the *FIPPA* exemption scheme did not violate s. 2(b) of the *Charter*: (2004), 70 O.R. (3d) 332.

[17] The appeal was allowed by the Court of Appeal: 2007 ONCA 392, 86 O.R. (3d) 259. LaForme J.A., for the majority, concluded that the exemption scheme in *FIPPA* violated the *Charter*. Juriansz J.A. dissented, concluding that there was no *Charter* violation, and questioned whether expression was genuinely at issue at all.

[18] The Minister appealed the matter to this Court on the issue of the constitutionality of s. 23, given the exclusion of ss. 14 and 19 from its scope. Before this Court, and before the Court of Appeal for that matter, the CLA based its attack on the constitutionality of the statutory scheme and not on the Minister's exercise of discretion under either s. 14 or s. 19.

3. The Legislative Scheme

[19] The Act provides for limited access to information in the government's hands. Section 10(1) provides for general rights of access to information, subject to a limited number of statutory exemptions:

10.—(1) Every person has a right of access to a record or a part of a record in the custody or under the control of an institution unless,

aurait appliqué le principe de la primauté des raisons d'intérêt public consacrée par l'art. 23 pour écarter l'exception relative à la vie privée créée par l'art. 21. Il a toutefois maintenu le refus du ministre parce que les autres exceptions invoquées (celles prévues aux art. 14 et 19) ne sont pas assujetties à cette primauté consacrée par l'art. 23. On lui a également demandé d'examiner si le fait d'avoir soustrait les art. 14 et 19 de la portée de l'art. 23 portait atteinte au droit à la liberté d'expression de la CLA garanti par la *Charte*. M. Mitchinson a conclu par la négative.

[16] Le juge principal régional Blair, de la Cour divisionnaire, a maintenu la décision de ne pas divulguer les documents et a souscrit à la conclusion portant que le régime d'exception de la *LAIPVP* ne violait pas l'al. 2b) de la *Charte* : (2004), 70 O.R. (3d) 332.

[17] L'appel a été accueilli par la Cour d'appel : 2007 ONCA 392, 86 O.R. (3d) 259. Le juge LaForme, au nom des juges majoritaires, a conclu que le régime d'exception de la *LAIPVP* violait la *Charte*. Le juge Juriansz, dissident, a conclu qu'il n'y avait pas de violation de la *Charte*, tout en mettant en doute le fait que la liberté d'expression soit même en cause en l'espèce.

[18] Le ministre a interjeté appel devant notre Cour quant à la question de la constitutionnalité de l'art. 23, du fait que cette disposition ne s'applique pas aux art. 14 et 19. Devant notre Cour, de même d'ailleurs que devant la Cour d'appel, la CLA a fondé sa contestation sur l'inconstitutionnalité du régime législatif et non sur l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire en application de l'art. 14 ou de l'art. 19.

3. Le régime législatif

[19] La Loi prévoit un droit limité d'accès à l'information détenue par le gouvernement. Le paragraphe 10(1) prévoit un droit général d'accès à l'information, sous réserve de certaines exceptions prévues à la Loi :

10 (1) Chacun a un droit d'accès à un document ou une partie de celui-ci dont une institution a la garde ou le contrôle, sauf dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- (a) the record or the part of the record falls within one of the exemptions under sections 12 to 22; or
- (b) the head is of the opinion on reasonable grounds that the request for access is frivolous or vexatious.

[20] The exemptions include Cabinet records (s. 12); advice to government (s. 13); law enforcement records (s. 14); records relating to relations with other governments (s. 15); defence records (s. 16); third-party information (s. 17); records related to Ontario's economic and other interests (s. 18); records to which solicitor-client privilege applies (s. 19); records whose disclosure might reasonably be expected to seriously threaten the safety or health of an individual (s. 20); personal information (s. 21); records putting species at risk (s. 21.1); and information already or soon to be publicly available (s. 22).

[21] There is no discretion, and disclosure must be refused in the case of some categories of exemptions, including Cabinet records, records containing certain third-party information, and records containing personal information. Other categories of exemptions are discretionary. They include the exemptions at issue in this case: law enforcement records under s. 14 and solicitor-client privileged records under s. 19.

[22] Section 14, dealing with law enforcement records, states:

14.—(1) A head may refuse to disclose a record where the disclosure could reasonably be expected to,

- (a) interfere with a law enforcement matter;

- a) le document ou la partie du document fait l'objet d'une exception aux termes des articles 12 à 22;
- b) la personne responsable est d'avis, fondé sur des motifs raisonnables, que la demande d'accès est frivole ou vexatoire.

[20] Les exceptions comprennent, entre autres, les documents du cabinet (art. 12), les conseils au gouvernement (art. 13), les documents concernant l'exécution de la loi (art. 14), les documents relatifs aux rapports avec d'autres autorités gouvernementales (art. 15), les documents relatifs à la défense (art. 16), les renseignements concernant des tiers (art. 17), les documents relatifs aux intérêts économiques et autres de l'Ontario (art. 18), les documents qui sont protégés par le secret professionnel de l'avocat (art. 19), les documents dont il est raisonnable de s'attendre à ce que la divulgation ait pour effet de compromettre gravement la santé ou la sécurité d'un particulier (art. 20), les renseignements personnels (art. 21), les documents dont la divulgation risquerait de mettre des espèces en péril (art. 21.1) et les renseignements déjà publiés ou bientôt accessibles au public (art. 22).

[21] Il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire et la divulgation de documents visés par certaines de ces exceptions doit être refusée, notamment dans le cas des exceptions qui visent les documents du cabinet, les documents contenant certains renseignements concernant des tiers et les documents contenant des renseignements personnels. La divulgation des documents visés par les autres catégories d'exceptions fait l'objet d'une décision discrétionnaire. Ces autres exceptions comprennent celles en cause en l'espèce, soit celle visant les documents relatifs à l'exécution de la loi dont il est question à l'art. 14 et celle relative aux dossiers protégés par le secret professionnel de l'avocat dont fait état l'art. 19.

[22] L'article 14, qui traite des documents relatifs à l'exécution de la loi, prévoit ce qui suit :

14 (1) La personne responsable peut refuser de divulguer un document si la divulgation devrait avoir pour effet probable, selon le cas :

- a) de faire obstacle à une question qui concerne l'exécution de la loi;

- | | |
|---|---|
| <p>(b) interfere with an investigation undertaken with a view to a law enforcement proceeding or from which a law enforcement proceeding is likely to result;</p> <p>(c) reveal investigative techniques and procedures currently in use or likely to be used in law enforcement;</p> <p>(d) disclose the identity of a confidential source of information in respect of a law enforcement matter, or disclose information furnished only by the confidential source;</p> <p>(e) endanger the life or physical safety of a law enforcement officer or any other person;</p> <p>(f) deprive a person of the right to a fair trial or impartial adjudication;</p> <p>(g) interfere with the gathering of or reveal law enforcement intelligence information respecting organizations or persons;</p> <p>(h) reveal a record which has been confiscated from a person by a peace officer in accordance with an Act or regulation;</p> <p>(i) endanger the security of a building or the security of a vehicle carrying items, or of a system or procedure established for the protection of items, for which protection is reasonably required;</p> <p>(j) facilitate the escape from custody of a person who is under lawful detention;</p> <p>(k) jeopardize the security of a centre for lawful detention; or</p> <p>(l) facilitate the commission of an unlawful act or hamper the control of crime.</p> <p>(2) <u>A head may refuse to disclose a record,</u></p> <p>(a) <u>that is a report prepared in the course of law enforcement, inspections or investigations by an agency which has the function of enforcing and regulating compliance with a law;</u></p> <p>(b) that is a law enforcement record where the disclosure would constitute an offence under an Act of Parliament;</p> <p>(c) that is a law enforcement record where the disclosure could reasonably be expected to expose</p> | <p>b) de faire obstacle à l'enquête menée préalablement à une instance judiciaire ou qui y aboutira vraisemblablement;</p> <p>c) de révéler des techniques et procédés d'enquête qui sont présentement ou qui seront vraisemblablement en usage dans l'exécution de la loi;</p> <p>d) de divulguer l'identité d'une source d'information confidentielle reliée à l'exécution de la loi ou de divulguer des renseignements obtenus uniquement de cette source;</p> <p>e) de constituer une menace à la vie ou à la sécurité physique d'un agent d'exécution de la loi ou d'une autre personne;</p> <p>f) de priver une personne de son droit à un procès équitable ou à un jugement impartial;</p> <p>g) de faire obstacle à l'obtention de renseignements secrets reliés à l'exécution de la loi à l'égard de certaines organisations ou de certaines personnes ou de les révéler;</p> <p>h) de révéler un document qui a été confisqué à une personne par un agent de la paix, conformément à une loi ou à un règlement;</p> <p>i) de compromettre la sécurité d'un immeuble ou d'un véhicule servant au transport de certains articles ou au système ou mode de protection de ces articles, dont la protection est normalement exigée;</p> <p>j) de faciliter l'évasion d'une personne légalement détenue;</p> <p>k) de compromettre la sécurité d'un centre de détention légale;</p> <p>l) de faciliter la perpétration d'un acte illégal ou d'entraver la répression du crime.</p> <p>(2) <u>La personne responsable peut refuser de divulguer un document, selon le cas :</u></p> <p>a) <u>qui constitue un rapport dressé au cours de l'exécution de la loi, de l'inspection ou de l'enquête menées par un organisme chargé d'assurer et de réglementer l'observation de la loi;</u></p> <p>b) qui est relié à l'exécution de la loi et dont la divulgation constituerait une infraction à une loi du Parlement;</p> <p>c) qui est relié à l'exécution de la loi et dont la divulgation donnerait raisonnablement lieu de</p> |
|---|---|

the author of the record or any person who has been quoted or paraphrased in the record to civil liability; or

- (d) that contains information about the history, supervision or release of a person under the control or supervision of a correctional authority.

(3) A head may refuse to confirm or deny the existence of a record to which subsection (1) or (2) apply.

(4) Despite clause (2) (a), a head shall disclose a record that is a report prepared in the course of routine inspections by an agency where that agency is authorized to enforce and regulate compliance with a particular statute of Ontario.

(5) Subsections (1) and (2) do not apply to a record on the degree of success achieved in a law enforcement program including statistical analyses unless disclosure of such a record may prejudice, interfere with or adversely affect any of the matters referred to in those subsections.

Section 19 deals with solicitor-client privilege. At the material time, it stated:

19. A head may refuse to disclose a record that is subject to solicitor-client privilege or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation.

[23] The Minister asserting the exemption has the burden of demonstrating that it applies. Any decision made by a Minister is subject to review by the Commissioner. In reviewing ministerial decisions made pursuant to certain exemptions, the Commissioner considers the public interest pursuant to s. 23, the “public interest override”:

23. An exemption from disclosure of a record under sections 13 [advice to government], 15 [relations with other governments], 17 [third-party information], 18 [economic and other interests of Ontario], 20 [danger to safety or health], 21 [personal privacy] and 21.1 [species

craindre que son auteur, la personne qui est citée ou dont les mots ont été paraphrasés dans le document, ne soit l’objet de poursuites civiles;

- d) où figurent les renseignements reliés aux antécédents, à la surveillance ou à la mise en liberté d’une personne confiée au contrôle ou à la surveillance d’une administration correctionnelle.

(3) La personne responsable peut refuser de confirmer ou de nier l’existence du document visé au paragraphe (1) ou (2).

(4) Malgré l’alinéa (2) a), la personne responsable divulgue le document qui constitue un rapport dressé dans le cadre d’inspections de routine effectuées par un organisme autorisé à assurer et à réglementer l’observation d’une loi particulière de l’Ontario.

(5) Les paragraphes (1) et (2) ne s’appliquent pas au document qui a trait au degré de succès atteint dans le cadre d’un programme d’exécution de la loi, y compris les analyses statistiques, sauf si la divulgation de ce document est susceptible de nuire, de faire obstacle ou de porter atteinte à la poursuite des objectifs visés à ces paragraphes.

L’article 19 traite des documents visés par le secret professionnel de l’avocat. Au moment en cause, il prévoyait ce qui suit :

19 La personne responsable peut refuser de divulguer un document protégé par le secret professionnel de l’avocat. Il en est de même d’un document élaboré par l’avocat-conseil de la Couronne, ou pour son compte, qui l’utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l’occasion ou en prévision d’une instance.

[23] Lorsque le ministre se fonde sur une exception pour refuser de divulguer un document, il a le fardeau de démontrer qu’elle s’applique. En outre, toutes les décisions prises par un ministre peuvent être portées en appel devant le commissaire. En réexaminant les décisions ministérielles prises en application de certaines exceptions, le commissaire tient compte de l’intérêt public visé à l’art. 23, c’est-à-dire de la « primauté des raisons d’intérêt public » :

23 L’exception à la divulgation visée aux articles 13 [conseils au gouvernement], 15 [rapports avec d’autres autorités gouvernementales], 17 [renseignements concernant des tiers], 18 [intérêts économiques et autres de l’Ontario], 20 [menace à la santé ou à la sécurité],

at risk] does not apply where a compelling public interest in the disclosure of the record clearly outweighs the purpose of the exemption.

[24] The s. 23 public interest override does not apply to documents exempted from disclosure for law enforcement (s. 14) and solicitor-client privilege (s. 19). The main issue in this case, as it was argued before us, is whether this renders s. 23 unconstitutional.

[25] When an exemption is invoked by the head of an institution (the Minister) under ss. 13, 15, 17, 18, 20, 21 and 21.1, the effect of s. 23 is to require the Commissioner to not only review whether the exemption was validly claimed, but whether the public interest in the disclosure of the record “clearly outweighs the purpose of the exemption” (*Ontario (Ministry of Finance) v. Ontario (Inquiry Officer)* (1998), 5 Admin. L.R. (3d) 175 (Ont. Div. Ct.), rev’d (1999), 13 Admin. L.R. (3d) 1 (C.A.)).

[26] This public interest override was a late addition to the legislation. The Attorney General took the position that it would undermine the context of the Act:

You are just saying to them, ignore the standards of the Act that the Legislature has set up and do what you please by looking at the public interest.

[27] Nevertheless, a public interest provision was eventually introduced for some but not all categories of exemptions on the insistence of some of the members of the legislature. This was despite the fact that the Williams Commission Report on which the Act was based had not specifically recommended its adoption (Ontario, *Public Government for Private People: The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy* (1980) (the “Williams Commission” Report); Speech by Tom Mitchinson, Assistant Commissioner, Ontario Information and Privacy Commissioner, “Public

21 [vie privée] et 21.1 [espèces en péril] 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.

[24] La primauté des raisons d’intérêt public consacrée par l’art. 23 ne s’applique pas aux documents qui sont soustraits à la divulgation parce qu’ils concernent l’exécution de la loi (art. 14) ou parce qu’ils sont visés par le secret professionnel de l’avocat (art. 19). La principale question à trancher en l’espèce, telle qu’elle a été plaidée devant nous, est celle de savoir si l’art. 23 est de ce fait inconstitutionnel.

[25] Lorsque la personne responsable d’une institution (le ministre) se fonde sur une des exceptions prévues aux art. 13, 15, 17, 18, 20, 21 et 21.1 pour refuser de divulguer un document, l’art. 23 exige du commissaire qu’il réexamine non seulement si l’exception a été invoquée à bon droit, mais également si l’intérêt public à ce que le document soit divulgué [TRADUCTION] « l’emporte sans conteste sur la fin visée par l’exception » (*Ontario (Ministry of Finance) c. Ontario (Inquiry Officer)* (1998), 5 Admin. L.R. (3d) 175 (C. div. Ont.), inf. par (1999), 13 Admin. L.R. (3d) 1 (C.A.)).

[26] Ce principe de la primauté des raisons d’intérêt public a été ajouté tardivement dans la Loi. Le procureur général était d’avis qu’il en minerait l’esprit :

[TRADUCTION] Vous leur dites tout simplement, ignorez les normes fixées par la Loi et établies par le législateur et faites ce que vous voulez en regardant l’intérêt public.

[27] Quoi qu’il en soit, en définitive, une disposition relative à l’intérêt public qui ne s’appliquait qu’à certaines catégories d’exceptions a été ajoutée à la Loi par suite de l’insistance de certains députés. Le législateur a procédé à cet ajout en dépit du fait que le rapport de la Commission Williams sur lequel la Loi était fondée n’avait pas spécifiquement recommandé son adoption (Ontario, *Public Government for Private People : The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy* (1980) (le rapport de la « Commission Williams »); Discours de Tom Mitchinson, commissaire adjoint,

Interest” and Ontario’s Freedom of Information and Protection of Privacy Act, February 16, 2001).

[28] This review of the general statutory scheme brings us to the specific challenge before us. The CLA argued that s. 23 of *FIPPA* infringes s. 2(b) of the *Charter* by failing to extend the “public interest” balancing to the exemptions found in ss. 14 and 19 concerning law enforcement and solicitor-client privileged records.

4. Is the Legislation Constitutional?

[29] It is essential to correctly frame the real constitutional issue before the Court. That issue is whether the failure to extend the s. 23 public interest override to documents for which law enforcement or solicitor-client privilege are claimed violates the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*.

(a) *Access to Information Under Section 2(b) of the Charter*

[30] The first question to be addressed is whether s. 2(b) protects access to information and, if so, in what circumstances. For the reasons that follow, we conclude that s. 2(b) does not guarantee access to all documents in government hands. Section 2(b) guarantees freedom of expression, not access to information. Access is a derivative right which may arise where it is a necessary precondition of meaningful expression on the functioning of government.

[31] Determining whether s. 2(b) of the *Charter* requires access to documents in government hands in a particular case is essentially a question of how far s. 2(b) protection extends. A question arises as to how the issue should be approached. The courts

Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario, « *Public Interest* » and Ontario’s Freedom of Information and Protection of Privacy Act, 16 février 2001).

[28] Ce survol du régime législatif nous amène à la contestation spécifique dont nous sommes saisis. La CLA a soutenu que l’art. 23 de la *LAIPVP* viole l’al. 2b) de la *Charte* parce qu’il n’étend pas l’exercice de mise en balance fondé sur « l’intérêt public » aux exceptions figurant aux art. 14 et 19 qui concernent les documents relatifs à l’exécution de la loi et ceux visés par le secret professionnel de l’avocat.

4. La Loi est-elle constitutionnelle?

[29] Il est essentiel de bien circonscrire la véritable question constitutionnelle sur laquelle la Cour est appelée à statuer. Il s’agit de savoir si le fait que le principe de la primauté des raisons d’intérêt public consacré par l’art. 23 ne s’applique pas aux documents à l’égard desquels on invoque le secret professionnel de l’avocat ou le privilège rattaché aux écrits relatifs à l’exécution de la loi viole le droit à la liberté d’expression protégé par l’al. 2b) de la *Charte*.

a) *L’accès à l’information dans le contexte de l’application de l’al. 2b) de la Charte*

[30] Il faut d’abord décider si l’al. 2b) garantit l’accès à l’information et, si oui, dans quelles circonstances. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que l’al. 2b) ne garantit pas l’accès à tous les documents détenus par le gouvernement. Il garantit la liberté d’expression, pas l’accès à l’information. L’accès est un droit dérivé qui peut intervenir lorsqu’il constitue une condition qui doit nécessairement être réalisée pour qu’il soit possible de s’exprimer de manière significative sur le fonctionnement du gouvernement.

[31] Déterminer si l’exercice du droit garanti à l’al. 2b) de la *Charte* suppose l’accès à des documents détenus par le gouvernement dans un cas en particulier revient essentiellement à juger jusqu’où s’étend la protection conférée par cette disposition.

below were divided on whether the analysis should follow the model adopted in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016. In their argument before this Court, some of the parties also placed reliance on *Dunmore* and on this Court's subsequent decision in *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673. In our view, nothing would be gained by furthering this debate. Rather, it is our view that the question of access to government information is best approached by building on the methodology set in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 967-68, and in *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141. The main question in this case is whether s. 2(b) is engaged at all. We conclude that the scope of the s. 2(b) protection includes a right to access to documents only where access is necessary to permit meaningful discussion on a matter of public importance, subject to privileges and functional constraints. We further conclude, as discussed more fully below, that in this case these requirements are not satisfied. As a result, s. 2(b) is not engaged.

[32] The *Irwin Toy* framework involves three inquiries: (1) Does the activity in question have expressive content, thereby bringing it within the reach of s. 2(b)? (2) Is there something in the method or location of that expression that would remove that protection? (3) If the activity is protected, does the state action infringe that protection, either in purpose or effect? These steps were developed in *Montréal (City)* (at para. 56) in the context of expressive activities, but the principles animating them equally apply to determining whether s. 2(b) requires the production of government documents.

[33] This leads us to more detailed comments on the scope of s. 2(b) protection where the issue is access to documents in government hands. To

Comment faut-il aborder cette question? Les tribunaux d'instances inférieures étaient divisés quant à savoir si l'analyse devrait suivre le modèle adopté dans *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016. Dans leurs observations devant la Cour, certaines parties se sont aussi fondées sur *Dunmore* et sur la décision subséquente de la Cour dans *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673. Selon nous, il n'y aurait aucun avantage à poursuivre ce débat. Nous croyons, en effet, qu'il serait préférable d'aborder la question de l'accès aux renseignements gouvernementaux en se fondant sur la méthode énoncée dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 967-968, et dans *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141. La question principale, en l'espèce, est celle de savoir si l'al. 2b) est même en cause. Nous concluons que la protection conférée par l'al. 2b) comporte notamment un droit d'accès à certains documents, seulement si l'accès est nécessaire à la tenue d'une discussion significative sur une question d'importance pour le public, et ce, sous réserve de privilèges et de contraintes fonctionnelles. Nous concluons, de plus, comme nous l'étayerons ultérieurement que, en l'espèce, il n'est pas satisfait à ces exigences. Par conséquent, l'al. 2b) n'est pas en cause.

[32] Le cadre d'analyse prescrit par *Irwin Toy* s'articule autour de trois questions : (1) L'activité en question a-t-elle un contenu expressif nécessaire pour entrer dans le champ d'application de la protection offerte par l'al. 2b)? (2) Y a-t-il quelque chose dans le lieu ou le mode d'expression ayant pour effet d'écarter cette protection? (3) Si l'activité est protégée, la mesure prise par l'État porte-t-elle atteinte, par son objet ou par son effet, au droit protégé? Ces étapes ont été élaborées dans *Montréal (Ville)* (par. 56), dans le contexte d'activités expressives, mais les principes qui les animent peuvent tout aussi bien s'appliquer à la question de savoir si l'al. 2b) contraint le gouvernement à divulguer des documents.

[33] Cela nous conduit à commenter plus en détail la portée de la protection offerte par l'al. 2b) lorsque la question porte sur l'accès à des documents

demonstrate that there is expressive content in accessing such documents, the claimant must establish that the denial of access effectively precludes meaningful commentary. If the claimant can show this, there is a *prima facie* case for the production of the documents in question. But even if this *prima facie* case is established, the claim may be defeated by factors that remove s. 2(b) protection, e.g. if the documents sought are protected by privilege or if production of the documents would interfere with the proper functioning of the governmental institution in question. If the claim survives this second step, then the claimant establishes that s. 2(b) is engaged. The only remaining question is whether the government action infringes that protection.

[34] The first inquiry into expressive content asks whether the demand for access to information furthers the purposes of s. 2(b). In the case of demands for government documents, the relevant s. 2(b) purpose is usually the furtherance of discussion on matters of public importance.

[35] Not every demand for government information serves this purpose. Thus the jurisprudence holds that there is no general right of access to information. The position is well put in *Ontario (Attorney General) v. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197 (Div. Ct.), *per Adams J.*:

By contrast, our political access makes government bureaucracy accountable to elected officials who, in turn, conduct their business in the context of public elections and legislatures and where the media, again, play a fundamental reporting role. . . . Against this tradition, it is not possible to proclaim that s. 2(b) entails a general constitutional right of access to all information under the control of government and this is particularly so in the context of an application relating to an active criminal investigation. [Emphasis added; p. 204.]

[36] To show that access would further the purposes of s. 2(b), the claimant must establish that access is necessary for the meaningful exercise

détenus par le gouvernement. Pour démontrer que l'accès à de tels documents donnera accès à un contenu expressif, le demandeur doit établir que le refus d'y donner accès empêche en réalité de formuler des commentaires significatifs. S'il y parvient, il aura établi *prima facie* que les documents en question doivent être divulgués. Cependant, la demande peut malgré tout échouer en raison de l'existence de facteurs qui écartent la protection prévue à l'al. 2b) soit, par exemple, si les documents auxquels on demande l'accès sont protégés par un privilège ou si leur divulgation interférerait avec le bon fonctionnement de l'institution gouvernementale en cause. Si la demande survit à cette deuxième étape, le demandeur établit que l'al. 2b) est en cause. Il ne reste alors qu'à déterminer si la mesure prise par le gouvernement porte atteinte à cette protection.

[34] La première étape de l'examen du contenu expressif vise à répondre à la question de savoir si la demande d'accès à l'information réalise l'objet de l'al. 2b). Dans le cas de demandes visant des documents gouvernementaux, l'objet pertinent de l'al. 2b) est habituellement d'alimenter la discussion sur des questions d'importance pour le public.

[35] Ce ne sont pas toutes les demandes visant des renseignements gouvernementaux qui servent cette fin. Ainsi, selon la jurisprudence, il n'existe pas de droit général d'accès à l'information. Ce point de vue est bien exprimé par le juge Adams dans *Ontario (Attorney General) c. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197 (C. div.) :

[TRADUCTION] Par contre, l'accès au gouvernement dont nous disposons rend la bureaucratie responsable envers les élus qui, à leur tour, mènent leurs affaires dans le contexte d'élections et de législatures et où les médias, à nouveau, jouent le rôle fondamental de rapporter les faits. [. . .] Compte tenu de cette tradition, il n'est pas possible d'affirmer que l'al. 2b) confère un droit constitutionnel général d'accès à tous les renseignements que contrôle le gouvernement. Cela est particulièrement vrai dans le contexte d'une demande relative à une enquête criminelle en cours. [Nous soulignons; p. 204.]

[36] Pour démontrer que l'accès réaliserait l'objet de l'al. 2b), le demandeur doit établir que l'accès est nécessaire pour qu'on puisse s'exprimer librement

of free expression on matters of public or political interest: see *Irwin Toy*, at pp. 976 and 1008; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. On this basis, the Court has recognized access to information under s. 2(b) in the judicial context: “members of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts” (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1339). The “open courts” principle is “inextricably tied to the rights guaranteed by s. 2(b)” because it “permits the public to discuss and put forward opinions and criticisms of court practices and proceedings” (*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 23, per La Forest J.).

[37] In sum, there is a *prima facie* case that s. 2(b) may require disclosure of documents in government hands where it is shown that, without the desired access, meaningful public discussion and criticism on matters of public interest would be substantially impeded. As Louis D. Brandeis famously wrote in his 1913 article in *Harper's Weekly* entitled “What Publicity Can Do”: “Sunlight is said to be the best of disinfectants” 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.

[38] If this necessity is established, a *prima facie* case for production is made out. However, the claimant must go on to show that the protection is not removed by countervailing considerations inconsistent with production.

[39] Privileges are recognized as appropriate derogations from the scope of the protection offered by s. 2(b) of the *Charter*. The common law privileges, like solicitor-client privilege, generally represent

de manière significative sur des questions d'intérêt public ou politique : voir *Irwin Toy*, p. 976 et 1008; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. En se fondant sur ce principe, la Cour a reconnu l'accès à l'information comme composante de l'al. 2b) dans le contexte judiciaire, statuant que « le public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux » (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1339). « Le principe de la publicité des débats en justice est inextricablement lié aux droits garantis à l'al. 2b). Grâce à ce principe, le public [. . .] [peut] ensuite [. . .] discuter des pratiques des tribunaux et des procédures qui s'y déroulent, et [. . .] émettre des opinions et des critiques à cet égard » (*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 23, le juge La Forest).

[37] En somme, il est établi *prima facie* que l'al. 2b) peut contraindre le gouvernement à divulguer les documents qu'il détient lorsqu'il est démontré que, sans l'accès souhaité, les discussions publiques significatives sur des questions d'intérêt public et les critiques à leur égard seraient considérablement entravées. Comme l'a écrit Louis D. Brandeis dans son célèbre article de 1913 publié dans le *Harper's Weekly* et intitulé « What Publicity Can Do » : [TRADUCTION] « La lumière du soleil est le meilleur des désinfectants . . . ». 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.

[38] Si l'existence de cette nécessité est démontrée, il est établi *prima facie* que les documents devraient être divulgués. Toutefois, le demandeur doit ensuite démontrer que la protection n'est pas écartée par des considérations compensatoires incompatibles avec la divulgation.

[39] Il est admis que les privilèges échappent à juste titre à la portée de la protection offerte par l'al. 2b) de la *Charte*. Les privilèges reconnus par la common law, comme le secret professionnel de

situations where the public interest in confidentiality outweighs the interests served by disclosure. This is also the rationale behind common law privileges that have been cast in statutory form, like the privilege relating to confidences of the Queen's Privy Council under s. 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. Since the common law and statutes must conform to the *Charter*, assertions of particular categories of privilege are in principle open to constitutional challenge. However, in practice, the outlines of these privileges are likely to be well settled, providing predictability and certainty to what must be produced and what remains protected.

[40] It may also be that a particular government function is incompatible with access to certain documents. For example, it might be argued that while the open court principle requires that court hearings and judgments be open and available for public scrutiny and comment, memos and notes leading to a judicial decision are not subject to public access. This would impair the proper functioning of the court by preventing full and frank deliberation and discussion at the pre-judgment stage. The principle of Cabinet confidence for internal government discussions offers another example. The historic function of a particular institution may assist in determining the bounds of institutional confidentiality, as discussed in *Montréal (City)*, at para. 22. In that case, this Court acknowledged that certain government functions and activities require privacy (para. 76). This applies to demands for access to information in government hands. Certain types of documents may remain exempt from disclosure because disclosure would impact the proper functioning of affected institutions.

l'avocat, correspondent généralement à des situations où l'intérêt public à ce que les renseignements restent confidentiels l'emporte sur les intérêts que servirait la divulgation. C'est également la logique qui explique l'existence des privilèges de common law désormais consignés dans la législation, comme le privilège relatif aux renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine codifié à l'art. 39 de la *Loi sur la preuve du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. Puisque tant la common law que les lois doivent être conformes à la *Charte*, la création de catégories particulières de privilèges peut en principe faire l'objet de contestations fondées sur la *Constitution*. Cependant, en pratique, ces privilèges seront vraisemblablement bien circonscrits, ce qui offre une prévisibilité et une certitude quant à ce qui doit être divulgué et à ce qui reste protégé.

[40] Une fonction gouvernementale particulière peut aussi être incompatible avec l'accès à certains documents. Par exemple, on pourrait plaider que si le principe de la publicité des débats judiciaires suppose que les audiences soient ouvertes au public et que les jugements soient rendus publics pour qu'ils fassent les unes et les autres l'objet d'un examen et de commentaires publics, les notes de service préparées dans le cadre de l'élaboration d'un jugement n'ont pas à être rendues publiques. En effet, leur divulgation nuirait au bon fonctionnement de la cour puisque les juges ne pourraient pas délibérer et discuter pleinement et franchement avant de rendre leurs décisions. Le principe de la confidentialité des délibérations du cabinet quant à des discussions gouvernementales internes en est un autre exemple. Comme l'illustre l'arrêt *Montréal (Ville)*, au par. 22, l'historique de la fonction d'une institution en particulier peut aussi aider à déterminer le degré de confidentialité dont elle devrait bénéficier. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu que certaines fonctions et activités gouvernementales requièrent un certain isolement (par. 76). Ce principe s'applique aux demandes d'accès à l'information détenue par le gouvernement. Certains types de documents peuvent être soustraits à la divulgation parce que celle-ci nuirait au bon fonctionnement des institutions touchées.

(b) *The Constitutionality of Section 23*

[41] The CLA argues that the failure of the legislature to make the s. 23 public interest override applicable to the exemptions in ss. 14 and 19 denies it access to the documents it seeks and thus violates s. 2(b) of the *Charter*. The CLA argues that if the override were applicable, the CLA would be entitled to the records in question due to their public interest nature.

[42] We first address the question of the extent to which the absence of a s. 23 public interest override impairs the ability to obtain documents protected by ss. 14 and 19 of the Act. Against this background, we ask whether s. 2(b) is engaged in the case at bar, and if so, whether it is breached.

(i) The Impact of the Absence of the Section 23 Public Interest Override in This Case

[43] In our view, it is not established that the absence of a s. 23 review for public interest significantly impairs the CLA's access to documents it would otherwise have had. Law enforcement privilege and solicitor-client privilege already take public interest considerations into account and, moreover, confer a discretion to disclose the information on the Minister. For the reasons that follow, we conclude that the public interest override contained in s. 23 would add little to what is already provided for in ss. 14 and 19 of the Act.

[44] We turn first to records prepared in the course of law enforcement, which are dealt with under s. 14 of the Act. As jurisprudence surrounding concepts such as informer privilege and prosecutorial discretion attests, there is a strong public interest in protecting documents related to law enforcement: *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.), at p. 769, cited in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R.

b) *La constitutionnalité de l'art. 23*

[41] Pour la CLA, le fait que le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ne s'applique pas aux exceptions visées par les art. 14 et 19 lui bloque l'accès aux documents qu'elle cherche à obtenir et, par conséquent, enfreint l'al. 2b) de la *Charte*. La CLA allègue que, si ce principe s'appliquait, elle aurait le droit d'obtenir les documents en cause parce qu'ils sont d'intérêt public.

[42] Nous traiterons d'abord de la question du degré auquel l'absence du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 entrave l'obtention des documents protégés par les art. 14 et 19 de la Loi. À la lumière de cette réflexion, nous nous demanderons si l'al. 2b) est en cause en l'espèce et, le cas échéant, s'il a été porté atteinte au droit qui y est garanti.

(i) L'incidence de l'absence du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 en l'espèce

[43] Selon nous, il n'est pas prouvé que l'absence du réexamen en fonction de l'intérêt public prévu à l'art. 23 entrave considérablement l'accès pour la CLA à des documents qu'elle aurait autrement obtenus. Le privilège relatif à l'exécution de la loi et le secret professionnel de l'avocat tiennent déjà compte de l'intérêt public et, qui plus est, confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de divulguer les renseignements qu'ils visent. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ajouterait bien peu à ce qui est déjà prévu aux art. 14 et 19 de la Loi.

[44] Tout d'abord, examinons les documents préparés dans le cadre de l'exécution de la loi, soit ceux qui sont visés par l'art. 14 de la Loi. Comme en atteste la jurisprudence relative à des notions comme celles du privilège de l'indicateur de police et du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, il est clairement dans l'intérêt public de protéger les documents relatifs à l'exécution de la loi : *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *R. c. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*,

565, at para. 33; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 623, *per* L'Heureux-Dubé J.; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 64, *per* LeBel J.; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at para. 32; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, at para. 48, *per* Charron J. Section 14 of the Act reflects this. The legislature in s. 14(1) has in effect declared that disclosure of records described in subsets (a) to (l) would be so detrimental to the public interest that it presumptively cannot be countenanced.

[45] However, by stipulating that “[a] head may refuse to disclose” a record in this category, the legislature has also left room for the head to order disclosure of particular records. This creates a discretion in the head.

[46] A discretion conferred by statute must be exercised consistently with the purposes underlying its grant: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paras. 53, 56 and 65. It follows that to properly exercise this discretion, the head must weigh the considerations for and against disclosure, including the public interest in disclosure.

[47] By way of example, we consider s. 14(1)(a) where a head “may refuse to disclose a record where the disclosure could reasonably be expected to . . . interfere with a law enforcement matter”. The main purpose of the exemption is clearly to protect the public interest in effective law enforcement. However, the need to consider other interests, public and private, is preserved by the word “may” which confers a discretion on the head to make the decision whether or not to disclose the information.

[48] In making the decision, the first step the head must take is to determine whether disclosure

[1968] 1 All E.R. 763 (C.A.), p. 769, cité dans *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 33; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 623, la juge L'Heureux-Dubé; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 64, le juge LeBel; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 32; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, par. 48, la juge Charron. L'article 14 de la Loi en est le reflet. En fait, au par. 14(1), le législateur a déclaré que la divulgation des documents décrits aux al. a) à l) serait à ce point susceptible de nuire à l'intérêt public qu'on ne peut présumer qu'elle est tolérée.

[45] Toutefois, en prescrivant que « [l]a personne responsable peut refuser de divulguer » un document qui appartient à cette catégorie, le législateur a aussi donné à cette personne la latitude d'ordonner la divulgation de documents particuliers. Elle dispose ainsi d'un pouvoir discrétionnaire.

[46] Un pouvoir discrétionnaire conféré par une loi doit être exercé en conformité avec les objectifs sous-jacents à son octroi : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 53, 56 et 65. Ainsi, pour exercer comme il se doit ce pouvoir discrétionnaire, la personne responsable doit soupeser les considérations favorables et défavorables à la divulgation, y compris l'intérêt public à ce qu'il y ait divulgation.

[47] Prenons par exemple l'al. 14(1)a), selon lequel la personne responsable « peut refuser de divulguer un document si la divulgation devait avoir pour effet probable [. . .] de faire obstacle à une question qui concerne l'exécution de la loi ». Le principal objectif de l'exception est clairement de protéger l'intérêt public envers l'exécution efficace de la loi. Cependant, l'obligation de tenir compte d'autres intérêts, publics et privés, est garantie par l'utilisation du mot « peut », qui confère un pouvoir discrétionnaire à la personne responsable de décider de divulguer ou non les renseignements.

[48] Pour trancher cette question, une personne responsable doit avant tout déterminer si la

could reasonably be expected to interfere with a law enforcement matter. If the determination is that it may, the second step is to decide whether, having regard to the significance of that risk and other relevant interests, disclosure should be made or refused. These determinations necessarily involve consideration of the public interest in open government, public debate and the proper functioning of government institutions. A finding at the first stage that disclosure may interfere with law enforcement is implicitly a finding that the public interest in law enforcement may trump public and private interests in disclosure. At the second stage, the head must weigh the public and private interests in disclosure and non-disclosure, and exercise his or her discretion accordingly.

[49] The public interest override in s. 23 would add little to this process. Section 23 simply provides that exemptions from disclosure do not apply “where a compelling public interest in the disclosure of the record clearly outweighs the purpose of the exemption”. But a proper interpretation of s. 14(1) requires that the head consider whether a compelling public interest in disclosure outweighs the purpose of the exemption, to prevent interference with law enforcement. If the head, acting judicially, were to find that such an interest exists, the head would exercise the discretion conferred by the word “may” and order disclosure of the document.

[50] The same rationale applies to the other exemptions under s. 14(1) as well as to those under s. 14(2). Section 14(2)(a) is particularly relevant in the case at bar. It provides that a head “may refuse to disclose a record . . . that is a report prepared in the course of law enforcement, inspections or investigations by an agency which has the function of enforcing and regulating compliance with a law”. The main purpose of this section is to protect

divulgarion pourrait vraisemblablement faire obstacle à une question qui concerne l'exécution de la loi. Si oui, elle doit ensuite décider si, compte tenu de ce risque et des autres intérêts pertinents, la divulgation doit être accordée ou refusée. Ces décisions exigent nécessairement d'examiner l'intérêt public à ce que le gouvernement œuvre en toute transparence, à ce qu'il soit possible de tenir un débat public et à ce que les institutions gouvernementales fonctionnent adéquatement. Décider à la première étape de ce raisonnement que la divulgation peut faire obstacle à l'exécution de la loi constitue une conclusion implicite que l'intérêt public relatif à l'exécution de la loi peut l'emporter sur les intérêts publics et privés favorables à la divulgation. À la deuxième étape, la personne responsable doit mettre en balance les intérêts privés et publics relatifs à la divulgation et à la non-divulgation et exercer son pouvoir discrétionnaire en conséquence.

[49] L'application du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ajouterait bien peu à ce processus. En effet, cette disposition énonce simplement que les exceptions à la divulgation ne s'appliquent pas « si la nécessité manifeste de divulguer le document dans l'intérêt public l'emporte sans conteste sur la fin visée par l'exception ». Or, une interprétation adéquate du par. 14(1) exige que la personne responsable examine si la nécessité manifeste de divulguer le document dans l'intérêt public l'emporte sur la fin visée par l'exception, soit d'éviter les interférences avec l'application de la loi. Si la personne responsable, agissant de manière judiciaire, conclut à l'existence d'une telle nécessité, elle exerce le pouvoir discrétionnaire conféré par le mot « peut » et ordonne la divulgation du document.

[50] Le même raisonnement s'applique aux autres exceptions prévues au par. 14(1), ainsi qu'à celles décrites au par. 14(2). L'alinéa 14(2)a) est particulièrement pertinent en l'espèce. Il prévoit qu'une personne responsable « peut refuser de divulguer un document [. . .] qui constitue un rapport dressé au cours de l'exécution de la loi, de l'inspection ou de l'enquête menées par un organisme chargé d'assurer et de réglementer l'observation de la loi ».

the public interest in getting full and frank disclosure in the course of investigating and reporting on matters involving the administration of justice; an expectation of confidentiality may further the goal of getting at the truth of what really happened. At the same time, the discretion conferred by the word “may” recognizes that there may be other interests, whether public or private, that outweigh this public interest in confidentiality. Again, an additional review under s. 23 would add little, if anything, to this process.

[51] This interpretation is confirmed by the established practice for review of s. 14 claims which proceeds on the basis that, even in the absence of the s. 23 public interest override, the head has a wide discretion. The proper review of discretion under s. 14 has been explained as follows:

The absence of section 14 from the list of exemptions that can be overridden under section 23 does not change the fact that the exemption is discretionary, and discretion should be exercised on a case-by-case basis. The LCBO’s submission suggests that it would never be appropriate to disclose such records in the public interest, or in order to promote transparency and accountability, in the context of the exercise of discretion. I disagree, and in my view, such a position would be inconsistent with the requirement to exercise discretion based on the facts and circumstances of every case.

(IPC Order PO-2508-I/September 27, 2006, at p. 6, *per* Senior Adjudicator John Higgins)

[52] We therefore conclude that s. 14 already provides for adequate consideration of the public interest in the disclosure of the records. In reviewing a claim for an exemption under s. 14, the Commissioner, as discussed more fully below, focuses on the exercise of discretion under that

Cette disposition vise principalement à protéger l’intérêt public à obtenir une exposition franche et complète des renseignements dans le contexte d’enquêtes et de la rédaction de rapports sur des questions qui concernent l’administration de la justice; des attentes en matière de confidentialité peuvent contribuer à atteindre l’objectif consistant à découvrir la vérité sur ce qui s’est réellement passé. Cela étant dit, grâce au pouvoir discrétionnaire conféré par le mot « peut », on reconnaît qu’il peut y avoir d’autres intérêts en jeu, qu’ils soient publics ou privés, pouvant l’emporter sur l’intérêt public justifiant la confidentialité. Encore une fois, s’il ajoutait quoi que ce soit à ce processus, un réexamen supplémentaire autorisé par l’art. 23 y ajouterait bien peu.

[51] Cette interprétation est confirmée par la pratique établie en matière de réexamen des demandes visées par l’art. 14 selon laquelle, même sans avoir appliqué le principe de la primauté de l’intérêt public consacrée par l’art. 23, la personne responsable dispose d’un large pouvoir discrétionnaire. La façon appropriée de contrôler le pouvoir discrétionnaire conféré par l’art. 14 a été expliquée comme suit :

[TRADUCTION] L’absence de l’art. 14 de la liste des exceptions pouvant être écartées en application de l’art. 23 ne change pas le fait que l’exception est discrétionnaire et que le pouvoir discrétionnaire que confère l’art. 14 doit être exercé en tenant compte des circonstances de chaque cas. La position de la LCBO laisse sous-entendre qu’il ne serait jamais approprié, dans le contexte de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, de divulguer de tels documents, que ce soit dans l’intérêt public ou pour favoriser la transparence et la responsabilité. Je ne suis pas d’accord et, à mon avis, une telle position serait incompatible avec l’obligation d’exercer le pouvoir discrétionnaire en tenant compte des faits et des circonstances de chaque cas.

(CAIPVP Ordonnance PO-2508-I / 27 septembre 2006, p. 6, John Higgins, arbitre principal)

[52] Nous concluons donc que l’art. 14 tient déjà adéquatement compte de l’intérêt public à ce que les documents soient divulgués. En réexaminant un refus de divulguer fondé sur une exception prévue à l’art. 14, le commissaire, comme nous le verrons plus en détail ultérieurement, se concentre sur l’exercice

section. A further consideration under s. 23 would add essentially another level of review.

[53] The same analysis applies, perhaps even more strongly, to the exemption for documents protected by solicitor-client privilege. Section 19 of the Act provides that a head “may refuse to disclose a record that is subject to solicitor-client privilege or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation”. The purpose of this exemption is clearly to protect solicitor-client privilege, which has been held to be all but absolute in recognition of the high public interest in maintaining the confidentiality of the solicitor-client relationship: *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 836; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875; *Campbell*, at para. 49; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at paras. 35 and 41; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at paras. 36-37; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574. The only exceptions recognized to the privilege are the narrowly guarded public safety and right to make full answer and defence exceptions: *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. Brown*, 2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185.

[54] Given the near-absolute nature of solicitor-client privilege, it is difficult to see how the s. 23 public interest override could ever operate to require disclosure of a protected document. This is particularly so given that the use of the word “may” would permit and, if relevant, require the head to

du pouvoir discrétionnaire conféré par cette disposition. Un examen additionnel mené en application de l’art. 23 ajouterait essentiellement une étape supplémentaire de réexamen.

[53] La même analyse s’applique, peut-être de façon encore plus convaincante, à l’exception relative aux documents protégés par le secret professionnel de l’avocat. L’article 19 de la Loi prévoit qu’une personne responsable « peut refuser de divulguer un document protégé par le secret professionnel de l’avocat. Il en est de même d’un document élaboré par l’avocat-conseil de la Couronne, ou pour son compte, qui l’utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l’occasion ou en prévision d’une instance ». Cette exception vise clairement à protéger le secret professionnel de l’avocat, qui a été jugé presque absolu puisqu’il est fortement dans l’intérêt public de maintenir la confidentialité de la relation entre un avocat et son client : *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 836; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 875; *Campbell*, par. 49; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 35 et 41; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 36-37; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574. Les seules exceptions reconnues au secret professionnel sont la sécurité publique et le droit pour un accusé de présenter une défense pleine et entière, deux exceptions qui sont jalousement protégées : *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185.

[54] Compte tenu de la nature quasi absolue du secret professionnel de l’avocat, il est difficile de concevoir comment le principe de la primauté de l’intérêt public consacré par l’art. 23 pourrait commander la divulgation d’un document protégé. Cela est d’autant plus vrai du fait de la présence du mot

consider the overwhelming public interest in disclosure. Once again, the public interest override in s. 23 would add little to the decision-making process.

[55] The conclusion that the s. 23 override in the case of the law enforcement and solicitor-client exemptions adds little more than a second level of review is consistent with the legislative history of the Act. The Williams Commission Report, on which the Act was based, did not recommend a public interest override, presumably not finding such an override necessary. The Minister who spoke to the legislation resisted suggestions for a public interest override. It was tacked on by amendment, but made applicable only to certain exemptions. These are generally exemptions of a political or personal nature — advice to government; third-party information; economic and other interests of Ontario; danger to health and safety; personal privacy; and species at risk. These exemptions reflect a legislative choice that is not at issue in this appeal. But by way of comparison, it may be possible to argue that the s. 23 public interest override might serve a purpose with respect to these issues, since they may not inherently raise the need to balance all conflicting interests, raising the risk that the public interest in disclosure might be overlooked. But that cannot be said of the law enforcement and solicitor-client exemptions.

[56] We conclude that the CLA has failed to establish that the inapplicability of the s. 23 public interest override significantly impairs its ability to obtain the documents it seeks. Sections 14 and 19 already incorporate, by necessity, the public interest to the extent it may be applicable.

« peut » qui suppose que la personne responsable a le pouvoir et, le cas échéant, l'obligation d'examiner la nécessité manifeste de divulguer le document dans l'intérêt public. Encore une fois, le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ajouterait bien peu au processus de décision.

[55] La conclusion selon laquelle le principe de la primauté consacré par l'art. 23 n'ajoute pour ainsi dire rien de plus qu'une deuxième étape de réexamen en ce qui concerne les exceptions relatives à l'exécution de la loi et au secret professionnel de l'avocat est conforme à l'historique de l'élaboration de la Loi. Le rapport de la Commission Williams, sur lequel est fondée la Loi, n'a pas recommandé l'adoption du principe de la primauté de l'intérêt public, ne le jugeant probablement pas nécessaire. De plus, le ministre qui s'est exprimé au sujet de cette Loi a résisté aux suggestions d'inclure une appréciation de l'intérêt public. Cette suggestion a été intégrée à la Loi au moyen d'un amendement, mais la disposition qui en a émané ne s'applique qu'à certaines exceptions qui sont généralement de nature politique ou personnelle — soit, les conseils au gouvernement, les renseignements concernant des tiers, les intérêts économiques et autres de l'Ontario, le danger pour la santé ou la sécurité, la vie privée et les espèces en péril. Ces exceptions sont le reflet d'un choix du législateur, choix qui n'est pas en cause dans le présent pourvoi. Par comparaison, on pourrait soutenir que l'application du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 peut être utile quant à ces questions, puisqu'elles n'entraînent pas forcément intrinsèquement la nécessité d'apprécier tous les intérêts opposés, augmentant ainsi le risque de négliger l'intérêt public à ce que les documents soient divulgués. On ne peut toutefois en dire autant quant aux exceptions relatives à l'application de la loi et au secret professionnel de l'avocat.

[56] Nous concluons que la CLA n'a pas établi que l'inapplicabilité du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 porte atteinte, de manière significative, à sa capacité d'obtenir les documents auxquels elle a demandé l'accès. Les articles 14 et 19 tiennent déjà compte par nécessité de l'intérêt public, dans la mesure où il est applicable.

(ii) Is the Section 23 Public Interest Override Constitutionally Required?

[57] Having examined the impact of the legislature's decision not to make documents under ss. 14 and 19 subject to the s. 23 public interest override, we are in a position to address the ultimate question: Does this decision violate the right to free expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*? To answer this question, we must return to our earlier discussion of when disclosure of documents in government hands may be constitutionally required under the *Irwin Toy* framework.

[58] The first question is whether any access to documents that might result from applying the s. 23 public interest override in this case would enhance s. 2(b) expression. This is only established if the access is necessary to permit meaningful debate and discussion on a matter of public interest. If not, then s. 2(b) is not engaged.

[59] In our view, the CLA has not demonstrated that meaningful public discussion of the handling of the investigation into the murder of Domenic Racco, and the prosecution of those suspected of that murder, cannot take place under the current legislative scheme. Much is known about those events. In granting the stay against the two accused, Glithero J. stated:

... I have found many instances of abusive conduct by state officials, involving deliberate non-disclosure, deliberate editing of useful information, negligent breach of the duty to maintain original evidence, improper cross-examination and jury addresses during the first trial. [p. 300]

The record supporting these conclusions is already in the public domain. The further information sought relates to the internal investigation of the conduct of the Halton Regional Police,

(ii) Le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 est-il requis sur le plan constitutionnel?

[57] Après avoir examiné l'incidence de la décision du législateur d'avoir soustrait les documents visés par les art. 14 et 19 à l'application du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23, nous pouvons maintenant traiter de l'ultime question à trancher : cette décision porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*? Pour répondre à cette question, nous devons revenir sur notre précédente analyse quant à la question de savoir quand la divulgation de documents détenus par le gouvernement peut être obligatoire sur le plan constitutionnel selon le cadre d'analyse énoncé dans *Irwin Toy*.

[58] Il faut d'abord se demander si tout accès à des documents par suite de l'application du principe de la primauté de l'intérêt public énoncé à l'art. 23 favoriserait l'expression dont il est question à l'al. 2b). Cela ne sera établi que si l'accès est nécessaire à la tenue d'une discussion et d'un débat significatifs sur une question d'intérêt public. Si ce n'est pas le cas, l'al. 2b) n'est pas en cause.

[59] Selon nous, la CLA n'a pas démontré qu'il est impossible de discuter de manière significative de la gestion de l'enquête sur le meurtre de Domenic Racco ainsi que de la poursuite des suspects sous le régime législatif actuel. On en sait beaucoup sur les événements en question. En accordant l'arrêt des procédures intentées contre les deux accusés, le juge Glithero a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] ... j'ai relevé plusieurs situations où les représentants de l'État ont agi de manière abusive, notamment en dissimulant délibérément certains renseignements, en modifiant délibérément des renseignements utiles, en manquant par négligence à l'obligation de conserver des éléments de preuve originaux, en effectuant des contre-interrogatoires inappropriés et en donnant un exposé incorrect au jury durant le premier procès. [p. 300]

Les renseignements sur lesquels se fondent ces conclusions sont déjà dans le domaine public. Les autres renseignements demandés portent sur l'enquête interne quant à la conduite du service

the Hamilton-Wentworth Regional Police and the Crown Attorney in this case. It may be that this report should have been produced under the terms of the Act, as discussed below. However, the CLA has not established that it is necessary for meaningful public discussion of the problems in the administration of justice relating to the Racco murder.

[60] If necessity were established, the CLA, under the framework set out above (para. 33) would face the further challenge of demonstrating that access to ss. 14 and 19 documents, obtained through the s. 23 override, would not impinge on privileges or impair the proper functioning of relevant government institutions. As discussed, ss. 14 and 19 are intended to protect documents from disclosure on these very grounds. On the record before us, it is not established that the CLA could satisfy the requirements of the above framework.

[61] It is unnecessary to pursue this inquiry further because, in any event, the impact of the absence of a s. 23 public interest override in relation to documents under ss. 14 and 19 is so minimal that even if s. 2(b) were engaged, it would not be breached. The ultimate answer to the CLA's claim is that the absence of the second-stage review, provided by the s. 23 override for documents within ss. 14 and 19, does not significantly impair any hypothetical right to access government documents, given that those sections, properly interpreted, already incorporate consideration of the public interest. The CLA would not meet the test because it could not show that the state has infringed its rights to freedom of expression.

5. Exercise of the Discretion Under the Act

[62] Having decided that s. 23 of the Act itself is constitutional, our focus shifts now to determining

régional de police de Halton, du service régional de police de Hamilton-Wentworth et du procureur de la Couronne en l'espèce. La Loi exigeait peut-être que ce rapport soit divulgué, comme nous le mentionnerons ultérieurement. Cependant, la CLA n'a pas établi que l'accès à ce document est nécessaire pour que se tiennent des discussions publiques significatives sur les problèmes relatifs à l'administration de la justice quant au meurtre Racco.

[60] Si la nécessité était prouvée, selon le cadre d'analyse énoncé précédemment (par. 33), la CLA aurait un obstacle supplémentaire à surmonter, soit celui de démontrer que l'accès aux documents visés par les art. 14 et 19, grâce au principe de la primauté consacré par l'art. 23, n'empiéterait pas sur des privilèges ou n'entraverait pas le bon fonctionnement des institutions gouvernementales visées. Comme nous en avons discuté, les art. 14 et 19 visent à soustraire des documents à la divulgation pour ces motifs précis. Sur la foi du dossier dont nous sommes saisis, il n'est pas prouvé que la CLA pourrait satisfaire aux exigences du cadre d'analyse décrit précédemment.

[61] Il est inutile de poursuivre le présent examen parce que, quoi qu'il en soit, l'incidence du fait que le principe de la primauté de l'intérêt public prévue à l'art. 23 ne s'applique pas aux documents visés par les art. 14 et 19 est si minime que même si l'al. 2b) était en cause, il ne serait pas porté atteinte au droit qu'il garantit. La réponse ultime à la demande de la CLA est la suivante : l'absence du réexamen découlant du principe de primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 pour les documents visés par les art. 14 et 19 n'entrave pas considérablement un droit hypothétique d'accès aux documents gouvernementaux, puisque ces dispositions, bien interprétées, tiennent déjà compte de l'intérêt public. La CLA ne satisferait pas au test parce qu'elle ne pourrait pas démontrer que l'État a porté atteinte à sa liberté d'expression.

5. L'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi

[62] Ayant décidé que l'art. 23 de la Loi est constitutionnel, nous nous penchons maintenant sur la

whether the decisions of the Minister (the head) and the Commission complied with the statutory framework established by the Act.

(a) *The Decisions*

[63] The Minister's decision not to disclose the records in question was conveyed to the CLA in a letter dated November 27, 1998, citing a number of statutory exemptions as the reason for the denial, including s. 21 (the personal privacy exemption), s. 19, and a number of subsections of s. 14. The letter provided no explanation for applying these exemptions; nor did it explain why no part of the records sought would be disclosed.

[64] On review, the Assistant Commissioner recognized that the documents contained personal information about people involved in the case, including police officers, Crown counsel, witnesses, the victim, the accused and others. He concluded, however, that there was "a compelling public interest" in disclosure that "clearly outweigh[ed]" the interest in non-disclosure. Therefore, if only the s. 21 personal privacy exemption were at issue, he would have ordered disclosure pursuant to the s. 23 override.

[65] The Assistant Commissioner also determined that the discretionary exemptions in ss. 14 and 19 could be applied to the records at issue. Because s. 23 does not apply to ss. 14 and 19, he upheld the Minister's decision not to disclose without reviewing the Minister's exercise of discretion under ss. 14 and 19 of the Act.

(b) *The Duty of the "Head" (or Minister)*

[66] As discussed above, the "head" making a decision under ss. 14 and 19 of the Act has a

question de savoir si les décisions du ministre (la personne responsable) et de la Commission étaient conformes au cadre législatif établi par la Loi.

a) *Les décisions*

[63] La décision du ministre de ne pas divulguer les documents en cause a été transmise à la CLA dans une lettre datée du 27 novembre 1998. Le ministre y citait un certain nombre d'exceptions prévues par la Loi pour motiver son refus, notamment celles décrites à l'art. 21 (exception relative à la vie privée), à l'art. 19 et à certains alinéas de l'art. 14. Dans sa lettre, le ministre n'a pas expliqué pourquoi ces exceptions s'appliquaient, ni la raison pour laquelle aucune partie des documents demandés ne serait divulguée.

[64] Lorsqu'il a examiné la décision du ministre, le commissaire adjoint a reconnu que les documents contenaient des renseignements personnels relatifs à des personnes liées à la cause, notamment des policiers, des avocats du ministère public, des témoins, la victime et l'accusé. Il a cependant conclu qu'il y avait une « nécessité manifeste de divulguer [les documents] » qui « l'emport[ait] sans conteste » sur l'intérêt qu'il y avait à ne pas les divulguer. Par conséquent, si l'exception relative à la vie privée prévue à l'art. 21 avait été la seule en cause, il aurait ordonné la divulgation en application du principe de la primauté des raisons d'intérêt public consacré par l'art. 23.

[65] Le commissaire adjoint a également conclu que les exceptions assujetties à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire prévues aux art. 14 et 19 s'appliquaient bel et bien aux documents en cause. Comme l'art. 23 ne s'applique pas aux art. 14 et 19, il a confirmé la décision du ministre de ne pas divulguer les documents demandés, et ce, sans examiner l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les art. 14 et 19 de la Loi.

b) *Les obligations de la « personne responsable » (ou ministre)*

[66] Comme nous l'avons déjà mentionné, la « personne responsable » qui prend une décision

discretion whether to order disclosure or not. This discretion is to be exercised with respect to the purpose of the exemption at issue and all other relevant interests and considerations, on the basis of the facts and circumstances of the particular case. The decision involves two steps. First, the head must determine whether the exemption applies. If it does, the head must go on to ask whether, having regard to all relevant interests, including the public interest in disclosure, disclosure should be made.

[67] The head must consider individual parts of the record, and disclose as much of the information as possible. Section 10(2) provides that where an exemption is claimed, “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”.

(c) *The Duty of the Reviewing Commissioner*

[68] The Commissioner’s review, like the head’s exercise of discretion, involves two steps. First, the Commissioner determines whether the exemption was properly claimed. If so, the Commissioner determines whether the head’s exercise of discretion was reasonable.

[69] In IPC Order P-58/May 16, 1989, Information and Privacy Commissioner Linden explained the scope of his authority in reviewing this exercise of discretion:

In my view, the head’s exercise of discretion must be made in full appreciation of the facts of the case, and upon proper application of the applicable principles of law. It is my responsibility as Commissioner to ensure that the head has exercised the discretion he/she has under the Act. While it may be that I do not have the authority to substitute my discretion for that of the head,

en application des art. 14 et 19 de la Loi dispose du pouvoir discrétionnaire de décider d’ordonner ou non la divulgation. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé à la lumière de la fin visée par l’exception en cause ainsi que de toutes les autres considérations et de tous les autres intérêts pertinents, en tenant compte des faits et des circonstances de l’affaire dont il est question. La décision se prend en deux étapes. Premièrement, la personne responsable doit déterminer si l’exception s’applique. Le cas échéant, elle doit ensuite se demander si, compte tenu de tous les intérêts pertinents, y compris l’intérêt public à ce qu’il y ait divulgation, il devrait y avoir divulgation.

[67] La personne responsable doit examiner séparément les différentes parties des documents et divulguer le plus de renseignements possibles. Selon le par. 10(2), lorsqu’une exception est invoquée, « la personne responsable [. . .] divulgue la partie du document qui peut raisonnablement en être extraite sans divulguer [l]es renseignements [faisant l’objet d’une exception] ».

(c) *Les obligations du commissaire qui procède à l’examen de la décision de la personne responsable*

[68] Tout comme l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la personne responsable, l’examen auquel procède le commissaire comporte deux étapes. Premièrement, le commissaire décide si l’exception a été invoquée à bon droit. Le cas échéant, il détermine si la personne responsable a exercé son pouvoir discrétionnaire raisonnablement.

[69] Dans l’ordonnance P-58 de la CAIPVP, datée du 16 mai 1989, le commissaire à l’information et à la protection de la vie privée Linden a expliqué la portée du pouvoir qui lui est conféré pour examiner cet exercice du pouvoir discrétionnaire :

[TRADUCTION] À mon avis, la personne responsable doit exercer son pouvoir discrétionnaire en tenant compte des faits de la cause et en appliquant comme il se doit les principes de droit pertinents. À titre de commissaire, je suis responsable de garantir que la personne responsable a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi. S’il est possible que je n’aie pas le droit de substituer

I can and, in the appropriate circumstances, I will order a head to reconsider the exercise of his/her discretion if I feel it has not been done properly. I believe that it is our responsibility as the reviewing agency and mine as the administrative decision-maker to ensure that the concepts of fairness and natural justice are followed. [Emphasis added; p. 11.]

[70] Decisions of the Assistant Commissioner regarding the interpretation and application of the *FIPPA* are generally subject to review on a standard of reasonableness (see *Ontario (Minister of Finance) v. Higgins* (1999), 118 O.A.C. 108, at para. 3, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xvi; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) v. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395 (C.A.), at paras. 15-18; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Freedom of Information and Protection of Privacy Act Adjudicator)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447 (Ont. C.A.), at para. 3).

[71] 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 (see IPC Order PO-2369-F/February 22, 2005, at p. 17).

[72] In the case before us, the Commissioner concluded that since s. 23 was inapplicable to ss. 14 and 19, he was bound to uphold the Minister's decision under those sections. Had he interpreted ss. 14 and 19 as set out earlier in these reasons, he would have recognized that the Minister had a residual discretion under ss. 14 and 19 to consider all relevant matters and that it was open to him, as Commissioner, to review the Minister's exercise of his discretion.

[73] The Commissioner's interpretation of the statutory scheme led him not to review the Minister's exercise of discretion under s. 14, in

mon pouvoir discrétionnaire à celui de la personne responsable, je peux toutefois lui ordonner d'exercer à nouveau son pouvoir discrétionnaire si j'estime que cela n'a pas été fait de façon adéquate et, dans les circonstances appropriées, je vais l'ordonner. Je crois qu'il est de notre devoir, à titre d'agence chargée de révision, et de mon devoir, à titre de décideur administratif, de garantir le respect des concepts d'équité et de justice naturelle. [Nous soulignons; p. 11.]

[70] Les décisions du commissaire adjoint quant à l'interprétation et à l'application de la *LAIPVP* sont généralement sujettes à un contrôle au regard de la norme de raisonabilité (voir *Ontario (Minister of Finance) c. Higgins* (1999), 118 O.A.C. 108, par. 3, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xvi; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) c. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395 (C.A.), par. 15-18 ; *Ontario (Attorney General) c. Ontario (Freedom of Information and Protection of Privacy Act Adjudicator)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447 (C.A. Ont.), par. 3).

[71] Le commissaire peut annuler la décision de ne pas divulguer 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 (voir CAIPVP Ordonnance PO-2369-F/22 février 2005, p. 17).

[72] Dans l'affaire qui nous occupe, le commissaire a conclu que, comme l'art. 23 ne s'appliquait pas aux art. 14 et 19, il était tenu de confirmer la décision du ministre prise en vertu de ces dispositions. S'il avait interprété les art. 14 et 19 comme il a été énoncé précédemment dans les présents motifs, il aurait constaté que le ministre avait un pouvoir discrétionnaire résiduel en vertu des art. 14 et 19 de prendre en considération tous les facteurs pertinents et qu'il pouvait, à titre de commissaire, réexaminer l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire.

[73] Compte tenu de l'interprétation qu'il a faite du régime législatif, le commissaire n'a pas réexaminé, conformément aux principes relatifs au

accordance with the review principles discussed above.

[74] Without pronouncing on the propriety of the Minister's decision, we would remit the s. 14 claim under the law enforcement exemption to the Commissioner for reconsideration. The absence of reasons and the failure of the Minister to order disclosure of any part of the voluminous documents sought at the very least raise concerns that should have been investigated by the Commissioner. We are satisfied that had the Commissioner conducted an appropriate review of the Minister's decision, he might well have reached a different conclusion as to whether the Minister's discretion under s. 14 was properly exercised.

[75] We view the records falling under the s. 19 solicitor-client exemption differently. Under the established rules on solicitor-client privilege, and based on the facts and interests at stake before us, it is difficult to see how these records could have been disclosed. Indeed, Major J., speaking for this Court in *McClure*, stressed the categorical nature of the privilege:

... solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such, it will only yield in certain clearly defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis. [Emphasis added; para. 35.]

(See also *Goodis*, at paras. 15-17, and *Blood Tribe*, at paras. 9-11.)

Accordingly, we would uphold the Commissioner's decision on the s. 19 claim.

6. Conclusion

[76] We would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and restore the Assistant Commissioner's Order confirming the

réexamen énoncés précédemment, l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 14.

[74] Sans nous prononcer sur le bien-fondé de la décision du ministre, nous sommes d'avis de renvoyer la demande fondée sur l'exception relative à l'exécution de la loi prévue à l'art. 14 au commissaire pour réexamen. L'absence de motifs et l'omission par le ministre d'ordonner la divulgation de quelque passage que ce soit des volumineux documents auxquels l'accès a été demandé soulèvent à tout le moins des préoccupations sur lesquelles le commissaire aurait dû se pencher. Nous sommes convaincues que si ce dernier avait réexaminé adéquatement la décision du ministre, il aurait très bien pu conclure autrement quant au caractère adéquat de l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 14.

[75] Nous sommes d'avis qu'il n'en va pas de même quant aux documents visés par l'exception relative au secret professionnel de l'avocat prévue à l'art. 19. Selon les règles établies en cette matière, et compte tenu des faits et des intérêts en cause dans la présente instance, il est difficile de concevoir comment ces documents auraient pu être divulgués. En effet, le juge Major, s'exprimant pour la Cour dans *McClure*, a insisté sur la nature catégorique du privilège :

... le secret professionnel de l'avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas. [Nous soulignons; par. 35.]

(Voir également *Goodis*, par. 15-17, et *Blood Tribe*, par. 9-11.)

En conséquence, nous sommes d'avis de confirmer la décision du commissaire quant à la demande visée par l'art. 19.

6. Conclusion

[76] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du commissaire adjoint

constitutionality of s. 23 of *FIPPA*. The documents protected by s. 19 of *FIPPA* are exempted from disclosure. We would, however, order that the claim under s. 14 of the Act be returned to the Commissioner for reconsideration in light of these reasons. In accordance with the request of the parties, there will be no order for costs.

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent: Heenan Blaikie, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

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 of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitor for the intervener Tom Mitchinson, Assistant Commissioner, Office of the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.

confirmant la constitutionnalité de l'art. 23 de la *LAIPVP*. Les documents protégés par l'art. 19 de la *LAIPVP* sont soustraits à la divulgation. Par contre, nous sommes d'avis de renvoyer l'ordonnance relative à la demande visée par l'art. 14 de la Loi au commissaire pour réexamen à la lumière des présents motifs. Conformément à la demande des parties, aucune ordonnance n'est rendue quant aux dépens.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appelants : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Heenan Blaikie, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

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 Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureur de l'intervenant Tom Mitchinson, Commissaire adjoint, Bureau du 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.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitor for the intervener the Information Commissioner of Canada: Information Commissioner of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association and the Canadian Association of Journalists: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Commissaire à l'information du Canada : Commissaire à l'information du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association et l'Association canadienne des journalistes : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Regent Nolet and John Vatsis *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NOLET

2010 SCC 24

File No.: 33032.

2009: December 14; 2010: June 25.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Warrantless searches conducted in conjunction with random roadside stop — Police officer finding regulatory violations after random stop of truck of accused and discovering large amount of cash bundled in small bills during search of truck cab while looking for truck's documents — Accused subsequently arrested for possession of proceeds of crime — Search of truck trailer two hours after arrest revealing hidden compartment with large quantity of marijuana — Additional documentation relevant to provincial offences discovered next day during inventory search of truck cab — Whether truck stopped for legitimate highway purposes — Whether “predominant purpose” test is applicable to invalidate regulatory search when police look in truck cab expecting to find evidence of criminal activity as well as contraventions of commercial trucking regulations — Whether police had reasonable and probable grounds to arrest accused — Whether long-haul truckers have reasonable expectation of privacy in truck cab — Whether searches of truck infringed constitutional rights of accused to be secure against unreasonable search and seizure — If so, whether evidence gathered during these searches should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2) — The Highways and Transportation Act, 1997, S.S. 1997, c. H-3.01, s. 63(5)(b).

Regent Nolet et John Vatsis *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. NOLET

2010 CSC 24

N° du greffe : 33032.

2009 : 14 décembre; 2010 : 25 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille et saisie — Fouilles effectuées sans mandat lors d'un contrôle routier aléatoire — Après l'interception aléatoire du camion des accusés, policier constatant des infractions aux règlements et découvrant des liasses d'argent liquide en petites coupures au cours de la fouille de la cabine du camion effectuée en vue de trouver des documents relatifs au transport routier — Accusés arrêtés subséquemment pour possession de produits de la criminalité — Fouille de la remorque effectuée deux heures après l'arrestation révélant un compartiment caché renfermant une grande quantité de marijuana — Découverte, le lendemain, d'autres documents pertinents à des infractions provinciales lors d'une fouille de la cabine du camion effectuée à des fins d'inventaire — Le camion a-t-il été intercepté à des fins légitimes liées à la circulation routière? — Le critère de « l'objectif prédominant » a-t-il pour effet d'invalider une fouille fondée sur l'application de la réglementation lorsque le policier regarde dans la cabine du camion et s'attend à y trouver des éléments de preuve d'activités criminelles ainsi que de contraventions aux règlements sur le transport routier commercial? — Le policier avait-il des motifs raisonnables et probables d'arrêter les accusés? — Les camionneurs qui font de longs trajets ont-ils, dans la cabine du camion, une attente raisonnable en matière de vie privée? — En fouillant le camion, la police a-t-elle violé les droits constitutionnels des accusés à la protection contre les fouilles et les saisies abusives? — Le cas échéant, les éléments de preuve recueillis lors de ces fouilles doivent-ils être exclus? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2) — The Highways and Transportation Act, 1997, S.S. 1997, ch. H-3.01, art. 63(5)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Random roadside stops — Whether random stop of truck of accused by police related to legitimate highway purposes — Whether random stop infringed constitutional rights of accused not to be arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 — The Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1, s. 40.

Police — Powers — Search powers — Warrantless searches conducted in conjunction with random roadside stop — Police officer finding regulatory violations after random stop of truck of accused and discovering large amount of cash bundled in small bills during search of truck cab while looking for truck's documents — Accused subsequently arrested for possession of proceeds of crime — Search of truck trailer two hours after arrest revealed large quantity of marijuana in hidden compartment — Additional documentation relevant to provincial regulatory offences discovered next day during inventory search of truck cab — Whether police search powers exercised in manner that infringed right of accused to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

The accused were travelling along the Saskatchewan portion of the Trans-Canada Highway in an empty commercial tractor-trailer truck licensed in Quebec when they were stopped by an RCMP officer engaged in a random check under the provincial *Highways and Transportation Act* (“H&TA”). The officer noticed an expired fuel sticker on the outside of the truck and, after requesting the vehicle registration, noted that it was not registered for commercial driving in Saskatchewan. These constituted provincial regulatory offences. The logbook also did not correspond to the stops listed in the proffered bills of lading. The officer was given permission to inspect the trailer. It was empty, but it “didn’t appear right” to the officer. Being alone, he decided not to enter the trailer but to pursue the issue of the defective trucking documents. He advised the accused that he would be inspecting the truck cab, but did not seek consent for the search. He found a small duffle bag immediately behind the driver’s seat in the sleeping compartment. As relevant documents were often kept in that manner, and as, at a touch, it appeared to contain paper, he opened it to find \$115,000 bundled in small denominations. As this was typical of drug transactions, he immediately placed the accused under arrest

Droit constitutionnel — Charte des droits — Déten-tion arbitraire — Contrôles routiers aléatoires — L’inter-ception au hasard du camion des accusés par la police était-elle reliée à des objectifs légitimes relevant de la réglementation routière? — L’interception au hasard était-elle contraire aux droits constitutionnels des accu-sés à la protection contre la détention arbitraire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 — The Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1, art. 40.

Police — Pouvoirs — Pouvoirs en matière de fouilles — Fouilles effectuées sans mandat lors d’un contrôle routier aléatoire — Après l’interception aléa-toire du camion des accusés, policier constatant des infractions aux règlements et découvrant des liasses d’argent liquide en petites coupures au cours de la fouille de la cabine du camion effectuée en vue de trouver des documents relatifs au transport routier — Accusés arrê-tés subséquemment pour possession de produits de la criminalité — Fouille de la remorque effectuée deux heures après l’arrestation révélant une grande quantité de marijuana dans un compartiment caché — Décou-verte, le lendemain, d’autres documents pertinents à des infractions aux règlements provinciaux lors d’une fouille de la cabine du camion effectuée à des fins d’inven-taire — Les pouvoirs des policiers en matière de fouille ont-ils été exercés en violation du droit des accusés à la protection contre les fouilles et les saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Les accusés circulaient sur le tronçon de la route transcanadienne situé en Saskatchewan dans un camion semi-remorque commercial vide immatriculé au Québec lorsqu’ils ont été interceptés par un agent de la GRC qui effectuait un contrôle routier aléatoire en vertu de la loi provinciale *Highways and Transportation Act* (« H&TA »). L’agent a remarqué que la vignette rela-tive à la taxe sur les carburants apposée à l’extérieur du véhicule était expirée et, après avoir demandé le certi-ficat d’immatriculation du véhicule, a constaté que ce dernier n’était pas enregistré pour utilisation commer-ciale en Saskatchewan. Le camion contrevenait ainsi à la réglementation provinciale. Les inscriptions au jour-nal de bord ne correspondaient pas non plus aux arrêts énumérés dans les lettres de voiture produites. L’agent a obtenu la permission d’inspecter la remorque. Celle-ci était vide, mais l’agent a pensé que « quelque chose clo-chait ». Comme il était seul, il a décidé de ne pas entrer dans la remorque mais de poursuivre son investigation au sujet des documents défectueux relatifs au transport routier. Il a informé les accusés qu’il allait inspecter la cabine du camion, mais il n’a pas demandé leur consen-tement. Il a trouvé un petit sac de toile juste derrière le siège du chauffeur, dans la couchette. Comme les

for possession of the proceeds of crime. The officer summoned back-up and a roadside search of the trailer confirmed the likelihood of a hidden compartment. The truck was then driven to the nearest RCMP detachment where, about an hour and a half later, a hidden compartment containing 392 pounds of marijuana was found. The following day, during an inventory search of the contents of the truck cab, a different officer discovered considerable additional documentation relevant to the *H&TA* offences. The accused were charged with trafficking, possession of marijuana for the purposes of trafficking, and possession of proceeds of crime. The trial judge concluded that the searches were unreasonable, excluded the money and the marijuana, and acquitted the accused. In a majority decision, the Court of Appeal found no infringement of the *Charter*, set aside the acquittals and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

The courts must proceed step by step through the interactions of the police and the accused from the initial stop onwards to determine whether, as the situation developed, the police stayed within their authority, having regard to the information lawfully obtained at each stage of their inquiry. Such information as it emerges may entitle the police to proceed further, or, as the case may be, require them to end their enquiries and allow the vehicle to resume its journey.

If the *Charter* is violated, it makes little difference that the police in searching the truck had in mind multiple purposes. A valid regulatory purpose, whether predominant or not, would not sanitize or excuse a *Charter* violation.

Random roadside checks of vehicles for highway traffic purposes must be limited to their intended purpose and cannot be turned into an unfounded general inquisition or an unreasonable search.

Here, the random stop was directly related to legitimate highway purposes and was valid. As such, this initial stop under s. 40 of *The Highway Traffic Act* did

chauffeurs conservent souvent dans des sacs les documents relatifs au transport, et qu'en touchant le sac, le contenu a crépité comme du papier, il l'a ouvert et y a trouvé 115 000 dollars en petites coupures réunies en liasses. Comme cette façon d'emballer l'argent liquide était caractéristique du trafic de stupéfiants, il a immédiatement mis les accusés en état d'arrestation pour possession de produits de la criminalité. L'agent a demandé des renforts et une inspection sur place de la remorque a signalé l'existence possible d'un compartiment caché. Le camion a été conduit jusqu'au détachement de la GRC le plus proche où, une heure et demie plus tard environ, les agents ont trouvé un compartiment caché renfermant 392 livres de marijuana. Le lendemain, au cours d'une fouille en vue de dresser l'inventaire du contenu de la cabine du camion, un autre agent a découvert une quantité considérable de documents additionnels reliés à des infractions à la *H&TA*. Les accusés ont été inculpés de trafic de stupéfiants, de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic et de possession de produits de la criminalité. Le juge de première instance a conclu que les fouilles étaient abusives; les éléments de preuve que constituaient les billets de banque et la marijuana ont été écartés et les accusés ont été acquittés. Dans une décision à la majorité, la Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*; elle a annulé les acquittements et ordonné un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le tribunal doit examiner l'un après l'autre les échanges intervenus entre la police et les accusés à partir de l'interception initiale afin de déterminer si, la situation évoluant, la police est restée dans les limites de ses pouvoirs en ce qui a trait aux renseignements légalement obtenus à chaque étape de ses vérifications. Ces renseignements obtenus progressivement peuvent autoriser la police à poursuivre leurs vérifications ou, selon le cas, les obliger à y mettre fin et à laisser repartir le véhicule.

Si la *Charte* a été violée, il importe peu qu'en fouillant le camion, la police ait eu plusieurs objectifs à l'esprit. Un objectif légitime relevant de l'application de la réglementation, qu'il ait été prédominant ou non, ne saurait racheter ou légitimer une violation de la *Charte*.

Les contrôles aléatoires de véhicules effectués dans le cadre de la législation sur la circulation routière doivent être limités à l'objectif auquel ils répondent et l'on ne saurait en faire une enquête générale dénuée de tout fondement ou une fouille abusive.

En l'espèce, le contrôle routier aléatoire était directement relié à des objectifs légitimes relevant de la réglementation routière et était valide. L'interception

not violate s. 9 of the *Charter*. The *H&TA* power of search and seizure was then properly invoked because the officer quickly obtained reasonable grounds to believe that the accused were operating the truck in various violations of the *H&TA*. At the time the officer began to investigate the truck cab, it was within his statutory authority to search for further evidence related to *H&TA* offences. In these circumstances, the continued detention of the accused was not arbitrary, and the search for relevant papers was authorized by s. 63(5)(b) of the *H&TA* and, at least initially, was not unreasonable.

While much of the debate on the appeal focussed on whether the search of the duffle bag was or was not covered by s. 63(5), this inquiry is important but not sufficient. A distinction must be drawn between the existence of a police power and the further issue of whether a power, otherwise legal, is exercised in violation of s. 8 of the *Charter*, having regard to a trucker's reasonable expectation of some privacy in the sleeping area of the cab, including the space behind the front seats where the duffle bag with the money was found. While the accused did not testify about their subjective belief, a court may presume that individuals would expect a measure of privacy in what, for a long-distance trucker, suffices as a temporary mobile home. Even rudimentary living quarters are subject to an objectively reasonable expectation of privacy. In the case of truck cabs, the level of expectation is necessarily low. Commercial trucking is a highly regulated industry and commercial drivers are well aware of the police authority to conduct random stops and to search a vehicle for evidence of infractions.

The trial judge found, and the accused contend, that the officer's search of the duffle bag should be attributed predominantly to his interest in illegal criminal activity and, as such, fell outside any valid regulatory purpose. The question, however, is not which purpose is predominate or subordinate. As long as there is a continuing regulatory purpose on which to ground the exercise of the regulatory power, the proper issue is whether the power was exercised in such a way as to violate s. 8 of the *Charter* by infringing the reasonable expectations of privacy of the accused.

initiale effectuée en vertu de l'art. 40 de la *Highway Traffic Act* ne portait pas en soi atteinte à l'art. 9 de la *Charte*. Le pouvoir de fouille et de saisie prévu à la *H&TA* a alors été invoqué à bon droit puisque l'agent a rapidement trouvé des motifs raisonnables de croire que les accusés utilisaient le camion en contravention de plusieurs dispositions de la *H&TA*. Lorsque l'agent a commencé à s'intéresser à la cabine du camion, il avait le droit, en vertu des pouvoirs que lui conférait la loi, de chercher d'autres éléments de preuve relatifs à des infractions à la *H&TA*. Dans les circonstances, la poursuite de la détention des accusés n'était pas arbitraire, et la fouille en vue de rechercher des documents pertinents était autorisée par l'al. 63(5)b) de la *H&TA* et n'était pas abusive, du moins au début.

Bien que dans ce pourvoi, le débat ait porté dans une large mesure sur la question de savoir si la fouille du sac de toile était ou non permise par le par. 63(5), cette question est importante mais ne suffit pas à elle seule à trancher le débat. Il faut faire une distinction entre l'existence d'un pouvoir de la police et la question de savoir si ce pouvoir, légal par ailleurs, est exercé en violation de l'art. 8 de la *Charte* compte tenu de l'attente raisonnable en matière de vie privée que peut avoir un camionneur dans la couchette de la cabine d'un camion, y compris dans l'espace derrière les sièges avant où a été découvert le sac en toile contenant les billets de banque. Malgré l'absence de témoignage des accusés au sujet de leur croyance subjective, un tribunal peut présumer que des personnes ont une attente en matière de vie privée dans ce qui, pour un routier, constitue en fait une maison mobile temporaire. Même dans un lieu de résidence rudimentaire, une personne peut objectivement avoir une attente raisonnable en matière de vie privée. Dans le cas de la cabine des camions, cette attente est forcément peu élevée. Le camionnage est une industrie très réglementée, et les camionneurs savent très bien que les policiers peuvent intercepter des véhicules au hasard et les fouiller à la recherche d'éléments de preuve d'infractions.

La juge de première instance a conclu, et les accusés soutiennent, que la fouille du sac de toile effectuée par le policier devrait être attribuée d'une façon prédominante à son intérêt relatif à une activité criminelle illégale, et débordait ainsi le cadre de tout objectif valide relevant de la réglementation. Il ne s'agit pas toutefois de déterminer quel objectif est prédominant ou subordonné. Dès lors qu'un objectif réglementaire continue à justifier l'exercice du pouvoir réglementaire, il s'agit plutôt de savoir si l'exercice de ce pouvoir violait l'art. 8 de la *Charte* en portant atteinte aux attentes raisonnables des accusés en matière de vie privée.

In this case, as events progressed from the police stop to the initial regulatory search of the cab, there was no police invasion of the minimal privacy interest that existed. The officer did not proceed immediately to open the duffle bag without some preliminary evaluation of its likely relevance to the regulatory search. He pushed down on the outside of the bag and felt and heard what seemed like paper, suggesting the existence of items connected to the *H&TA* inquiry. In the circumstances, it was not unreasonable, given the very limited privacy interest of the accused, for the officer to open the bag. At that point, the cash was in plain view.

The arrest for possession of the proceeds of crime was also valid. While the discovery of a large sum of cash may not on its own constitute objective, reasonable and probable grounds to arrest for possession of proceeds of crime, the factual elements of this case, viewed cumulatively rather than in isolation, provided objective support for the officer's subjective belief that he had reasonable and probable grounds to make the arrests.

The seizure of the marijuana was *Charter*-compliant as the search was incidental to a valid arrest for possession of the proceeds of crime. The officer was justified in searching the vehicle in which the cash was found for evidence of the criminal activity to which the money related. The trial judge correctly found an absence of "exigent circumstances", but the justification for the warrantless search was the link between the location and purpose of the search and the grounds for the arrest, not exigent circumstances. The lapse of about two hours between the roadside arrest and the search of the trailer's secret compartment is not significant and did not undermine the close causal and spatial connection between the arrest and the search. The truck was impounded in the RCMP yard. This delay resulted in no prejudice to the accused. In these circumstances, no distinct and separate demonstration of reasonable and probable grounds was required.

The inventory search of the cab later in the morning was, however, invalid. That search was pursuant to RCMP administrative procedures rather than incidental to the arrest of the accused. As a result, it did not meet the requirements of a warrantless search, and the fruits of the "inventory" search were thus harvested in breach of s. 8. Nevertheless, the evidence ought not to

En l'espèce, au fil des événements depuis l'interception du camion par la police jusqu'à l'inspection initiale de la cabine que permettait la réglementation, le policier n'a en aucun cas porté atteinte au droit minimal au respect de la vie privée qui existait alors. L'agent n'a pas procédé à l'ouverture du sac de toile immédiatement, sans faire une évaluation préliminaire de la possibilité qu'il soit pertinent à la fouille fondée sur l'application de la réglementation. Il a exercé une pression sur le sac de toile et a senti et entendu ce qui lui semblait être du papier à l'intérieur, et il a pensé y trouver des objets reliés à l'investigation fondée sur la *H&TA*. Dans les circonstances, l'ouverture du sac par l'agent n'était pas abusive, étant donné le droit très limité des accusés en matière de respect de la vie privée. À ce moment, les billets de banque étaient bien en vue.

L'arrestation des accusés pour possession de produits de la criminalité était elle aussi légitime. Si la découverte d'une importante somme d'argent liquide peut ne pas constituer en soi un motif objectif, raisonnable et probable de procéder à une arrestation pour possession de produits de la criminalité, les éléments factuels en l'espèce, considérés ensemble et non séparément, étaient objectivement la croyance subjective de l'agent quant à l'existence de motifs raisonnables et probables pour effectuer les arrestations.

La saisie de la marijuana ne portait pas atteinte à la *Charte* puisque la fouille était accessoire à une arrestation valide pour possession de produits de la criminalité. Le policier était justifié de fouiller le véhicule dans lequel il avait trouvé l'argent liquide pour y chercher des éléments de preuve relatifs à l'activité criminelle à laquelle était relié l'argent. La juge du procès a conclu à bon droit à l'absence d'une « situation d'urgence », mais la fouille sans mandat était justifiée non pas par une situation d'urgence, mais par le lien entre le lieu et l'objet de la fouille et les motifs de l'arrestation. L'intervalle de quelque deux heures entre l'arrestation au bord de la route et la fouille du compartiment secret de la remorque importe peu et n'a pas atténué le lien causal et spatial étroit entre l'arrestation et la fouille. Le camion a été saisi et placé dans le stationnement de la GRC. Ce délai n'a causé aucun préjudice aux accusés. Dans les circonstances, il n'était pas nécessaire d'établir de façon distincte l'existence de motifs raisonnables et probables.

La fouille de la cabine à des fins d'inventaire plus tard en matinée n'était toutefois pas valide. Cette fouille était conforme aux procédures administratives de la GRC mais n'était pas accessoire à l'arrestation des accusés. Elle ne satisfaisait donc pas aux exigences d'une fouille sans mandat et les fruits de la fouille « à des fins d'inventaire » ont par conséquent été récoltés en contravention

be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The RCMP officers would have discovered it had they continued the regulatory search. In any event, the subsequent inventory search for administrative purpose of an impounded truck that has already been searched previously to discover evidence of a crime is a technical breach with a minimal impact on *Charter*-protected interests.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Ladouceur*, 2002 SKCA 73, 165 C.C.C. (3d) 321; *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 43 O.R. (3d) 223; *R. v. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; **referred to:** *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Harris*, 2007 ONCA 574, 87 O.R. (3d) 214; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *Johnson v. Ontario (Minister of Revenue)* (1990), 75 O.R. (2d) 558; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Annett* (1984), 17 C.C.C. (3d) 332, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v; *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227; *R. v. Sewell*, 2003 SKCA 52, 175 C.C.C. (3d) 242; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Perello*, 2005 SKCA 8, 193 C.C.C. (3d) 151; *R. v. Franks*, 2003 SKCA 70, 176 C.C.C. (3d) 488; *R. v. Marin*, [1994] O.J. No. 1280 (QL); *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Caprara* (2006), 144 C.R.R. (2d) 287; *R. v. Chubak*, 2009 ABCA 8, 243 C.C.C. (3d) 202; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 9, 24(2).
Dangerous Goods Transportation Act, S.S. 1984-85-86, c. D-1.2.
Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1, s. 40(8), (9).
Highways and Transportation Act, 1997, S.S. 1997, c. H-3.01, ss. 63(5), (6), 64(1), (2), (3), 66(1), 69(1).
Motor Carrier Act, S.S. 1986, c. M-21.2, s. 32.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Jackson, Smith and Wilkinson J.J.A.), 2009 SKCA 8, 320 Sask. R. 179, 444 W.A.C.

de l'art. 8. Cependant, les éléments de preuve ne doivent pas être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Les agents de la GRC les auraient découverts s'ils avaient poursuivi la fouille permise par le règlement. Quoi qu'il en soit, la fouille ultérieure à des fins d'inventaire, effectuée pour des raisons administratives, d'un camion saisi qui avait déjà fait l'objet d'une fouille en vue de mettre à jour la preuve d'un crime constitue une violation technique ayant une incidence minimale sur des intérêts protégés par la *Charte*.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Ladouceur*, 2002 SKCA 73, 165 C.C.C. (3d) 321; *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 43 O.R. (3d) 223; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Harris*, 2007 ONCA 574, 87 O.R. (3d) 214; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *Johnson c. Ontario (Minister of Revenue)* (1990), 75 O.R. (2d) 558; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Annett* (1984), 17 C.C.C. (3d) 332, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v; *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227; *R. c. Sewell*, 2003 SKCA 52, 175 C.C.C. (3d) 242; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Perello*, 2005 SKCA 8, 193 C.C.C. (3d) 151; *R. c. Franks*, 2003 SKCA 70, 176 C.C.C. (3d) 488; *R. c. Marin*, [1994] O.J. No. 1280 (QL); *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Caprara* (2006), 144 C.R.R. (2d) 287; *R. c. Chubak*, 2009 ABCA 8, 243 C.C.C. (3d) 202; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 9, 24(2).
Dangerous Goods Transportation Act, S.S. 1984-85-86, ch. D-1.2.
Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1, art. 40(8), (9).
Highways and Transportation Act, 1997, S.S. 1997, ch. H-3.01, art. 63(5), (6), 64(1), (2), (3), 66(1), 69(1).
Motor Carrier Act, S.S. 1986, ch. M-21.2, art. 32.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Jackson, Smith et Wilkinson), 2009 SKCA 8, 320 Sask. R. 179,

179, 183 C.R.R. (2d) 138, 245 C.C.C. (3d) 419, 74 M.V.R. (5th) 1, [2009] 4 W.W.R. 604, [2009] S.J. No. 40 (QL), 2009 CarswellSask 39, setting aside the acquittals of the accused and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Mark Brayford, Q.C., and Glen E. Luther, for the appellants.

Douglas G. Curliss and Mark Covan, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — This appeal is concerned with police search powers incident to random stops under the Saskatchewan *Highways and Transportation Act, 1997*, S.S. 1997, c. H-3.01 (“*H&TA*”), and, in particular, whether the police conduct in this case amounted to an abuse of their statutory stop and search powers so as to render evidence of drug dealing and the “proceeds of crime” inadmissible under s. 8 or s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[2] The appellants were travelling eastward along the Saskatchewan portion of the Trans-Canada Highway with a passenger (now deceased) in an empty 53-foot commercial tractor-trailer unit licensed in Quebec. When pulled over by an RCMP officer in a “spot check”, it emerged the truck’s registration was not prorated to include the province. The appropriate fuel sticker had expired. The appellant Nolet produced a logbook that was incomplete but indicated that the truck normally operated east of the Manitoba border. One discovery led to another and in the end the police found \$115,000 in cash in the truck and 392 pounds of marijuana, valued at somewhere between \$1.1 million to \$1.5 million, concealed in a secret compartment in the trailer. The appellants were charged in a multi-count indictment alleging (1) trafficking, (2) possession of marijuana for the purposes of trafficking, and (3) possession of proceeds of crime in excess of \$5,000. The trial judge found

444 W.A.C. 179, 183 C.R.R. (2d) 138, 245 C.C.C. (3d) 419, 74 M.V.R. (5th) 1, [2009] 4 W.W.R. 604, [2009] S.J. No. 40 (QL), 2009 CarswellSask 39, qui a annulé l’acquittement des accusés et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Mark Brayford, c.r., et Glen E. Luther, pour les appelants.

Douglas G. Curliss et Mark Covan, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Ce pourvoi porte sur les pouvoirs de la police en matière de fouilles accessoires à des interceptions de véhicules effectuées au hasard en vertu de la *Highways and Transportation Act, 1997*, S.S. 1997, ch. H-3.01 (« *H&TA* »), de la Saskatchewan, et en particulier sur la question de savoir si, en l’espèce, la conduite de la police constituait un abus de ses pouvoirs d’interception et de fouille qui rendait les éléments de preuve relatifs au trafic de stupéfiants et les « produits de la criminalité » inadmissibles en vertu de l’art. 8 ou de l’art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[2] Les appelants, accompagnés d’un passager (maintenant décédé), circulaient en direction est sur le tronçon de la route transcanadienne situé en Saskatchewan dans un camion semi-remorque commercial de 53 pieds immatriculé au Québec; le camion était vide. Lorsqu’un agent de la GRC a ordonné l’immobilisation du camion lors d’un contrôle ponctuel, il a constaté l’absence d’une immatriculation proportionnelle couvrant la province. La vignette requise relative au carburant était expirée. L’appellant Nolet a présenté un journal de bord qui était incomplet, mais a indiqué que le camion était normalement utilisé à l’est de la frontière du Manitoba. Ces découvertes se succédant, la police a finalement trouvé 115 000 dollars en espèces dans le camion et 392 livres de marijuana, d’une valeur estimée entre 1,1 et 1,5 million de dollars, dissimulées dans un compartiment secret aménagé dans la remorque. Les appelants ont été inculpés dans un même acte d’accusation (1) de trafic de

Charter breaches and excluded the evidence (2006 SKQB 393, 283 Sask. R. 159). She acquitted the appellants. The Court of Appeal, Jackson J.A. dissenting in part, reversed (2009 SKCA 8, 320 Sask. R. 179).

[3] Clearly random checks of vehicles for highway purposes must be limited to their intended purpose and cannot be turned into “an unfounded general inquisition or an unreasonable search”: *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, at p. 624.

[4] Nevertheless, roadside stops sometimes develop in unpredictable ways. It is necessary for a court to proceed step by step through the interactions of the police and the appellants from the initial stop onwards to determine whether, as the situation developed, the police stayed within their authority, having regard to the information lawfully obtained at each stage of their inquiry. Analysed in this way, I believe the majority reached the correct conclusion. I would dismiss the appeal.

I. Facts

[5] On February 16, 2004, a little after 11:00 p.m., the appellants and passenger Marc Blain were stopped by an RCMP officer engaged in a random check under the *H&TA*. The appellant Vatsis was driving the Quebec-licensed commercial tractor-trailer unit. Nolet was in the passenger seat. Blain, now deceased, was behind the front seats in a sleeping compartment. The officer noticed the expired IFTA fuel sticker on the outside of the vehicle. Driving without a current sticker is a provincial offence. He requested the driver’s licence, logbook (which should indicate, e.g., whether the drivers had been too long on the road) and vehicle registration. The documents produced by Vatsis listed Nolet as a co-driver. Blain was not mentioned (it was later explained that he was just a passenger).

stupéfiants, (2) de possession de marijuana en vue d’en faire le trafic et (3) de possession de produits de la criminalité d’une valeur supérieure à 5 000 dollars. La juge de première instance, concluant à des violations de la *Charte*, a écarté les éléments de preuve et a acquitté les appelants (2006 SKQB 393, 283 Sask. R. 159). La Cour d’appel a infirmé cette décision, la juge Jackson étant dissidente en partie (2009 SKCA 8, 320 Sask. R. 179).

[3] Les contrôles aléatoires de véhicules effectués dans le cadre de la législation sur la circulation routière doivent certes être limités à l’objectif auquel ils répondent et l’on ne saurait en faire « une enquête générale dénuée de tout fondement ou une fouille abusive » : *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, p. 624.

[4] Il n’en demeure pas moins que le déroulement des contrôles routiers peut parfois s’avérer imprévisible. Le tribunal doit examiner l’un après l’autre les échanges intervenus entre la police et les appelants à partir de l’interception initiale afin de déterminer si, la situation évoluant, la police est restée dans les limites de ses pouvoirs en ce qui a trait aux renseignements légalement obtenus à chaque étape de ses vérifications. À la lumière de cette analyse, j’estime que la majorité est arrivée à la conclusion correcte. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

[5] Le 16 février 2004, peu après 23 heures, les appelants et le passager Marc Blain ont été interceptés par un agent de la GRC qui effectuait un contrôle routier aléatoire en vertu de la *H&TA*. L’appelant Vatsis conduisait le semi-remorque commercial immatriculé au Québec. M. Nolet occupait le siège du passager. M. Blain, maintenant décédé, se trouvait dans une couchette située derrière les sièges avant. L’agent a remarqué que la vignette IFTA relative à la taxe sur les carburants apposée à l’extérieur du véhicule était expirée. Le fait de conduire sans une vignette valide constitue une infraction provinciale. Il a demandé à voir le permis de conduire, le journal de bord (qui devrait indiquer, par exemple, si les chauffeurs étaient sur la route depuis trop longtemps) et le certificat

Nolet told the officer they were now travelling empty having unloaded cargo in Edmonton and Moose Jaw. These stops were not recorded in the logbook, which equally did not correspond to the stops listed in the proffered bills of lading covering the westbound portion of the trip. There seemed to the officer to have been some fiddling with the odometer numbers.

[6] The failure to prorate the vehicle registration for commercial driving in Saskatchewan is also a provincial infraction. Questioned about the registration, Nolet said that the vehicle did not usually go any further west than Ontario. A commercial vehicle without the requisite permits can immediately be prohibited from further travel within the province (s. 66(1) of the *H&TA*).

[7] The officer asked whether he could inspect the trailer. Nolet agreed. The trailer was empty. The police officer thought it “looked odd” but “at that point I couldn’t put my finger on it . . . it didn’t appear right” (A.R., vol. 2, at p. 178).

[8] The officer, being alone, decided not to enter the trailer but to pursue the issue of defective trucking documents. He testified as follows:

A. I determined that there were a number of concerns with this vehicle and its documents. I returned to the tractor with Mr. Nolet. I advised them that I would be inspecting the interior of the tractor amongst other things, documents as well.

Q. And what was the nature of the documents you hoped to obtain from the interior of the tractor?

A. I had hoped to obtain documents to confirm or dispute the contents of the log books, . . . previous bills of lading, tickets, those types of documents.

d’immatriculation du véhicule. Les documents présentés par M. Vatsis indiquaient que M. Nolet était un co-chauffeur. Le nom de M. Blain n’y figurait pas (on a expliqué plus tard qu’il était simplement un passager). M. Nolet a dit à l’agent qu’ils roulaient à vide parce qu’ils avaient déchargé leur cargaison à Edmonton et à Moose Jaw. Ces arrêts n’étaient pas inscrits dans le journal de bord, dont les inscriptions ne correspondaient pas non plus aux arrêts énumérés dans les lettres de voiture produites qui portaient sur la portion ouest du voyage. L’agent a eu l’impression que les chiffres de l’odomètre avaient été trafiqués.

[6] L’absence d’immatriculation proportionnelle pour l’utilisation commerciale du véhicule en Saskatchewan constitue également une infraction provinciale. Interrogé à ce sujet, M. Nolet a déclaré que le véhicule n’allait habituellement pas plus loin que l’Ontario, à l’ouest. Un véhicule commercial non muni des permis exigés peut faire sur-le-champ l’objet d’une interdiction de circuler dans la province (par. 66(1) de la *H&TA*).

[7] L’agent a demandé s’il pouvait inspecter la remorque. M. Nolet a accepté. La remorque était vide. L’agent a pensé qu’elle [TRADUCTION] « avait l’air bizarre » mais « à ce stade je ne pouvais pas dire pourquoi [. . .] quelque chose clochait » (d.a., vol. 2, p. 178).

[8] Comme l’agent était seul, il a décidé de ne pas entrer dans la remorque mais de poursuivre son investigation au sujet des documents défectueux relatifs au transport routier. Il a déclaré ce qui suit lors de son témoignage :

[TRADUCTION]

A. J’ai conclu qu’il y avait plusieurs problèmes relatifs à ce véhicule et aux documents le concernant. Je suis retourné au tracteur avec M. Nolet. Je les ai informés que j’allais inspecter l’intérieur du tracteur, entre autres choses, ainsi que les documents.

Q. Et quelle était la nature des documents que vous espériez trouver à l’intérieur du tracteur?

A. J’espérais trouver des documents confirmant ou infirmant les inscriptions dans les journaux de bord, [. . .] des lettres de voiture antérieures, des

I also wanted to see if they were running with multiple log books, whether or not the third person, Mr. Blain had a log book, whether there was another log book for Mr. Vatsis. Hopefully finding older log books, those were the sorts of documents that I was interested in. [A.R., vol. 2, at pp. 179-80]

[9] The officer did not seek consent from the appellants for this search — he testified it was because the occupants had cooperated so far. Immediately behind the driver's seat in the sleeping compartment, he found a small Roots blue and white duffle bag. The officer testified that when he touched the bag its contents crackled like paper, so he opened it, assuming (he said) it contained old logbooks or travel documents. He testified that in his experience “often truck drivers will collect or keep various documents over long periods of time in a bag or in a box similar to that size I suppose, so I would be expecting to find documents in a briefcase or a bag or a box or even loose amongst the various areas of the tractor” (A.R., vol. 2, at pp. 181-82). However the duffle bag contained money — \$115,000 — bundled in small denominations, mainly \$20 bills. The officer testified that in his experience this sort of packaging of cash was typical of drug transactions and he immediately placed the appellants and Blain under arrest for possession of the proceeds of crime. Nine minutes had elapsed since the initial stop.

[10] Police back-up was summoned. The trailer was inspected again. At this point the officers discovered that the interior measurement of the trailer was about three feet shorter than the exterior length, indicating the presence of a hidden compartment. The officers directed the appellants to drive the rig about 10 kilometres to the nearest RCMP detachment, where they arrived just before midnight.

[11] About an hour and a half later, the officers opened up the hidden compartment. It contained

tickets, ce genre de documents. Je voulais voir aussi s'ils utilisaient plusieurs journaux de bord, si la troisième personne, M. Blain, avait ou non un journal de bord, s'il y avait un autre journal de bord pour M. Vatsis. J'espérais trouver des journaux de bord plus anciens, voilà le genre de documents qui m'intéressaient. [d.a., vol. 2, p. 179-180]

[9] L'agent n'a pas demandé le consentement des appelants pour procéder à cette fouille — d'après son témoignage, c'était en raison du fait que les occupants avaient jusque-là collaboré. Juste derrière le siège du chauffeur, dans la couchette, il a trouvé un petit sac de toile de marque Roots bleu et blanc. L'agent a témoigné que lorsqu'il a touché le sac, le contenu a crépité comme du papier. Il l'a donc ouvert, en présumant (a-t-il dit) qu'il contenait de vieux journaux de bord ou des documents relatifs aux déplacements. Il a témoigné que d'après son expérience, [TRADUCTION] « souvent les camionneurs recueillent ou conservent divers documents pendant de longues périodes dans un sac ou une boîte d'une taille semblable je suppose, si bien que je m'attendais à trouver des documents dans une serviette ou un sac ou une boîte, ou même dispersés çà et là à divers endroits dans le tracteur » (d.a., vol. 2, p. 181-182). Mais en fait le sac de toile renfermait de l'argent — 115 000 dollars — en petites coupures réunies en liasses, surtout des billets de 20 dollars. L'agent a déclaré lors de son témoignage que d'après son expérience, cette façon d'emballer l'argent liquide était caractéristique du trafic de stupéfiants, et il a immédiatement mis en état d'arrestation les appelants et M. Blain pour possession de produits de la criminalité. Neuf minutes s'étaient écoulées depuis l'interception initiale du véhicule.

[10] L'agent a demandé des renforts. La remorque a fait l'objet d'une nouvelle inspection. Les agents ont alors découvert que l'intérieur de la remorque mesurait quelque trois pieds de moins que l'extérieur, signe de la présence d'un compartiment caché. Les agents ont ordonné aux appelants de conduire le camion une dizaine de kilomètres plus loin, jusqu'au détachement de la GRC le plus proche, où ils sont arrivés juste avant minuit.

[11] Une heure et demie plus tard environ, les agents ont ouvert le compartiment caché. Il renfermait 392

392 pounds of packaged cannabis marijuana valued at between \$1.1 and \$1.5 million (C.A., at para. 1).

[12] The following day around 1:00 p.m., RCMP Corporal Caroline Houston of the Integrated Proceeds of Crime Unit made an inventory of the contents of the tractor-trailer pursuant to the policy of the RCMP Seized Property Management Directorate. She discovered considerable additional documentation relevant to the *H&TA* offences, including factory decals, registration papers and permits for different companies, etc. (C.A., at paras. 6 and 48-50). This paraphernalia when applied to the exterior would make the truck look like “a completely different truck” (A.R., vol. 3, at p. 87).

[13] At no time during this series of inspections, searches and seizures did the police obtain a search warrant.

II. Relevant Statutory Provisions

[14] *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

The Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-31

40 . . .

(8) A peace officer who:

- (a) is readily identifiable as a peace officer; and
- (b) is in the lawful execution of his or her duties and responsibilities;

may require the person in charge of or operating a motor vehicle to stop that vehicle.

(9) A person in charge of or operating a motor vehicle shall, when signalled or requested to stop by a peace officer pursuant to subsection (8), immediately bring that vehicle to a safe stop.

livres de marijuana emballée, évaluée à entre 1,1 et 1,5 million de dollars (C.A., par. 1).

[12] Le lendemain vers 13 h, la caporale de la GRC Caroline Houston de la Section intégrée des produits de la criminalité de la GRC a procédé à l’inventaire du contenu du semi-remorque, conformément à la politique de la Direction de la gestion des biens saisis de la GRC. Elle a découvert une quantité considérable de documents additionnels susceptibles d’être reliés à des infractions à la *H&TA*, y compris des autocollants d’usine, des documents d’immatriculation et des permis au nom de différentes entreprises, etc. (C.A., par. 6 et 48-50). Ce matériel, appliqué à l’extérieur du camion semi-remorque, ferait de celui-ci [TRADUCTION] « un camion tout à fait différent » (d.a., vol. 3, p. 87).

[13] À aucun moment durant cette série d’inspections, de fouilles et de saisies, la police n’a obtenu un mandat de perquisition.

II. Dispositions législatives pertinentes

[14] *Charte canadienne des droits et libertés*

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l’emprisonnement arbitraires.

The Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-31

[TRADUCTION]

40 . . .

(8) Un agent de la paix aisément identifiable qui agit dans l’exercice légitime de ses fonctions peut ordonner au conducteur d’un véhicule automobile ou à la personne qui en a la charge d’immobiliser ce véhicule.

(9) La personne qui conduit un véhicule automobile ou qui en a la charge et à qui un agent de la paix fait signe ou ordonne, en application du paragraphe (8), de s’arrêter est tenue de le faire immédiatement d’une façon sécuritaire.

The Highways and Transportation Act, 1997, S.S. 1997, c. H-3.01

63 . . .

(5) Where the peace officer or the person appointed by the minister has reasonable grounds to believe that a vehicle is being operated in contravention of . . . a regulation made pursuant to clauses 69(1)(v) to (oo), the peace officer or person appointed by the minister may:

- (a) request or signal to the person in charge of or operating the vehicle to stop the vehicle;
- (b) search the vehicle for evidence of an offence; and
- (c) seize anything that may be evidence of an offence.

(6) The person in charge of or operating a vehicle, when requested or signalled to stop pursuant to subsection (5), shall:

- (a) immediately bring the vehicle to a safe stop;
- (b) permit the peace officer or the person appointed by the minister to search the vehicle; and
- (c) provide any information that the peace officer or person appointed by the minister requires in the fulfilment of his or her duties pursuant to this Act or the regulations.

64(1) Where a justice of the peace or judge of the Provincial Court of Saskatchewan is satisfied by information on the oath of a peace officer or a person appointed by the minister that there are reasonable grounds to believe that an offence against this Act has occurred and that evidence of that offence is likely to be found, the justice of the peace or the judge of the Provincial Court of Saskatchewan may issue a warrant to do all or any of the following:

- (a) enter and search any place or premises named in the warrant;
- (b) search any vehicle described in the warrant;
- (c) seize anything that may be evidence of an offence against this Act.

(2) With a warrant issued pursuant to subsection (1), the peace officer or person appointed by the minister may:

The Highways and Transportation Act, 1997, S.S. 1997, ch. H-3.01

[TRANSDUCTION]

63 . . .

(5) L'agent de la paix ou la personne désignée par le ministre qui a des motifs raisonnables de croire qu'un véhicule est utilisé en contravention [. . .] d'un règlement d'application des sous-alinéas 69(1)v) à oo), peut :

- a) demander ou faire signe à la personne qui conduit le véhicule ou qui en a la charge d'immobiliser le véhicule;
- b) fouiller le véhicule afin de chercher des éléments de preuve relatifs à une infraction;
- c) saisir tout ce qui pourrait constituer un élément de preuve relatif à une infraction.

(6) La personne qui conduit le véhicule ou qui en a la charge est tenue, lorsqu'il lui est demandé ou fait signe en application du paragraphe (5) de s'arrêter :

- a) d'immobiliser immédiatement et de façon sécuritaire le véhicule;
- b) de permettre à l'agent de la paix ou à la personne désignée par le ministre de fouiller le véhicule;
- c) de fournir tout renseignement demandé par l'agent de la paix ou la personne désignée par le ministre dans l'exercice de ses fonctions en application de la présente loi ou des règlements.

64(1) Le juge de paix ou le juge de la Cour provinciale de la Saskatchewan qui est convaincu, en raison de la dénonciation faite sous serment par un agent de la paix ou une personne désignée par le ministre, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à la présente loi a été commise et que des éléments de preuve relatifs à cette infraction pourraient être découverts, peut délivrer un mandat autorisant :

- a) l'entrée dans tout lieu désigné dans le mandat et la fouille de ce lieu;
- b) la fouille de tout véhicule décrit dans le mandat;
- c) la saisie de tout ce qui pourrait constituer un élément de preuve relatif à une infraction à la présente loi.

(2) L'agent de la paix ou la personne désignée par le ministre peut, muni d'un mandat délivré en vertu du paragraphe (1) :

(a) enter and search any place or premises named in the warrant;

(b) search any vehicle described in the warrant;

(c) open and examine any trunk, box, bag, parcel, closet, cupboard or other receptacle that the peace officer or person appointed by the minister finds in the place, premises or vehicle;

(d) require the production of and examine any records or property that the peace officer or person appointed by the minister believes, on reasonable grounds, may contain information related to an offence against this Act;

(e) remove, for the purpose of making copies, any records examined pursuant to this section; and

(f) seize and remove from any place, premises or vehicle searched anything that may be evidence of an offence against this Act.

(3) Subject to subsection (4), the peace officer or person appointed by the minister may exercise all or any of the powers mentioned in subsection (2) without a warrant issued pursuant to this section if:

(a) the conditions for obtaining a warrant exist; and

(b) the peace officer or person appointed by the minister has reasonable grounds to believe that the delay necessary to obtain a warrant would result:

(i) in danger to human life or safety; or

(ii) in the loss, removal or destruction of evidence.

66(1) A peace officer, without a warrant, may seize any vehicle that the peace officer has reasonable grounds to believe is being driven in contravention of . . . regulations made pursuant to clauses 69(1)(v) to (oo) and may retain it in his or her possession or store it in a suitable place.

The Motor Carrier Act, S.S. 1986, c. M-21.2

32(1) A peace officer or a person appointed by the board may order the driver or owner of a vehicle to submit the vehicle or any combination of vehicles or the cargo being carried on such a vehicle to any examination and tests that the peace officer considers necessary.

a) entrer dans tout lieu désigné dans le mandat et y effectuer une fouille;

b) fouiller tout véhicule décrit dans le mandat;

c) ouvrir et examiner tout coffre, boîte, sac, paquet, armoire, placard, ou autre contenant qu'il trouve sur les lieux ou dans le véhicule;

d) exiger la production et faire l'examen de tout document ou bien dont l'agent de la paix ou la personne désignée par le ministre croit, pour des motifs raisonnables, qu'il pourrait contenir des renseignements relatifs à une infraction à la présente loi;

e) prendre tout document examiné en vertu du présent article afin d'en faire des copies;

f) saisir et enlever de tout lieu ou véhicule fouillé toute chose pouvant constituer la preuve d'une infraction à la présente loi.

(3) Sous réserve du paragraphe (4), l'agent de la paix ou la personne désignée par le ministre peut exercer tous les pouvoirs mentionnés au paragraphe (2) sans mandat délivré en vertu du présent article si les conditions suivantes sont réunies :

a) les conditions régissant l'obtention d'un mandat sont remplies;

b) l'agent de la paix ou la personne désignée par le ministre a des motifs raisonnables de croire que le délai nécessaire à l'obtention d'un mandat entraînerait :

(i) soit un danger pour la vie ou la sécurité d'une personne;

(ii) soit la perte, l'enlèvement ou la destruction d'un élément de preuve.

66(1) Un agent de la paix peut, sans mandat, saisir tout véhicule qu'il croit pour des motifs raisonnables conduit en contravention [. . .] de dispositions réglementaires prises en vertu des alinéas 69(1)v) à oo) et peut le conserver en sa possession ou l'entreposer dans un lieu approprié.

The Motor Carrier Act, S.S. 1986, ch. M-21.2

[TRADUCTION]

32(1) Un agent de la paix ou une personne désignée par la commission peut ordonner au conducteur ou au propriétaire d'un véhicule de soumettre le véhicule, un ensemble de véhicules ou le chargement du véhicule à tout examen ou test jugé nécessaire par l'agent de la paix.

(2) If, in the opinion of the peace officer or a person appointed by the board, the vehicle or combination of vehicles or the cargo being carried on such a vehicle is found to be unfit for transportation or dangerous to passengers or the public or for any other reason results in a contravention of this Act or the regulations, he may:

(a) order the driver or the owner of the vehicle to take any steps that are necessary to eliminate the contravention; and

(b) order that the vehicle be removed from the highway until compliance with this Act and the regulations is established.

(3) Every occupant of a vehicle which is being examined or tested or the cargo of which is being examined or tested pursuant to this Act shall, when requested, provide reasonable assistance to the person who is conducting the examination.

III. Judgments

A. *Court of Queen's Bench of Saskatchewan (Pritchard J.), 2006 SKQB 393, 283 Sask. R. 159*

[15] The trial judge held that the police inspection powers under legislation governing commercial vehicles on the highway did not extend to permit a warrantless search of the small duffle bag located in the sleeping compartment of a tractor unit in circumstances where the officer had no reasonable or probable grounds to believe that criminal offences had been committed. While the expectation of privacy in a commercial vehicle is generally less than in a private vehicle, which itself is generally less than in a private home or office, even this lesser privacy interest was entitled to *Charter* protection. She stated:

Is it reasonable to conclude that the officer had bona fide regulatory concerns that prompted him to further investigate this commercial vehicle? On the one hand, he had found sufficient irregularities in a very short span of time to be concerned that there could be more. He had already found breaches of provincial legislation that justified at least one if not more tickets. And, given

(2) Si, de l'avis de l'agent de la paix ou de la personne désignée par la commission, le véhicule ou l'ensemble de véhicules ou le chargement du véhicule s'avère impropre au transport ou dangereux pour les passagers ou pour le public, ou pour toute autre raison entraîne une infraction à la présente loi ou aux règlements, l'agent de la paix ou la personne désignée par la commission peut :

a) ordonner au conducteur ou au propriétaire du véhicule de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser l'infraction;

b) ordonner que le véhicule soit retiré de la route jusqu'à ce que le respect de la présente loi et des règlements ait été établi.

(3) Les occupants d'un véhicule qui fait l'objet d'un examen ou de tests ou dont le chargement fait l'objet d'un examen ou de tests en vertu de la présente loi sont tenus, sur demande, de prêter raisonnablement assistance à la personne qui effectue l'examen.

III. Jugements

A. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan (la juge Pritchard), 2006 SKQB 393, 283 Sask. R. 159*

[15] La juge de première instance a estimé que les pouvoirs d'inspection conférés à la police par la législation régissant l'utilisation de véhicules commerciaux n'allaient pas jusqu'à permettre la fouille sans mandat du petit sac de toile se trouvant dans la couchette du tracteur d'un semi-remorque, dans une situation où l'agent n'avait pas de motifs raisonnables et probables de croire que des infractions criminelles avaient été commises. S'il est vrai que l'attente en matière de vie privée est d'une manière générale moindre dans un véhicule commercial que dans un véhicule privé, et moindre dans un véhicule privé que dans une maison ou un bureau privé, l'attente en matière de vie privée, si réduite soit-elle, dans un véhicule commercial n'en mérite pas moins la protection de la *Charte*. La juge a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Peut-on raisonnablement conclure que l'agent avait des préoccupations véritables touchant la réglementation qui l'ont incité à pousser plus loin les contrôles relatifs à ce véhicule commercial? D'une part, il avait découvert suffisamment d'irrégularités dans un très court laps de temps pour penser qu'il pouvait y en avoir d'autres. Il avait déjà relevé des contraventions à la

that the unit was not registered for commercial use in Saskatchewan, the officer was entitled to immediately prohibit the vehicle from any further travel within the province until the proper permit was obtained. Given these considerations and nothing more, it might be reasonable to conclude that the officer continued his investigation to check for further regulatory infractions. Nevertheless, given the totality of the circumstances, it does appear that the officer was more interested in looking for evidence of criminal activity than for contraventions of commercial trucking regulations. I come to this conclusion based on the “irregularities” that were concerning the officer and in particular, his suspicion that there may have been some alterations done to the trailer. Such a concern does not relate primarily to commercial trucking regulations. It relates to suspected criminal activity. [Emphasis added; para. 19.]

[16] In the trial judge’s view, the warrantless searches were unreasonable and the evidence of the money and the marijuana was excluded. The appellants were acquitted.

B. *Court of Appeal for Saskatchewan, 2009 SKCA 8, 320 Sask. R. 179*

(1) Wilkinson J.A. (Smith J.A. Concurring)

[17] In the majority view, a mere hunch or speculation that a trailer had been altered or refabricated, even if hidden contraband was the suspected reason for the alteration, did not taint an otherwise lawful regulatory search. The appellants had not established that the police were exploiting the highway regulatory inspection as a convenient pretext in the rapidly unfolding circumstances that confronted the officers at the roadside.

[18] The detention was not arbitrary. The search for documents was authorized by law. The police had not violated the appellants’ reasonable expectation of privacy. There was no infringement of s. 8. The money found in the duffle bag should not have been excluded from evidence. The marijuana

législation provinciale justifiant un constat d’infraction, voire plusieurs. Et, vu le fait que le véhicule n’était pas immatriculé pour un usage commercial en Saskatchewan, l’agent était en droit d’interdire sur-le-champ toute circulation du véhicule dans la province jusqu’à l’obtention du permis requis. À la lumière de ces seules considérations, il pourrait être raisonnable de conclure que l’agent a poursuivi ses contrôles pour voir si d’autres infractions réglementaires n’avaient pas été commises. Il semble néanmoins, au regard de la totalité des circonstances, qu’il était davantage intéressé par la recherche d’éléments de preuve relatifs à une activité criminelle que par la découverte de contraventions à la réglementation sur le camionnage commercial. J’arrive à cette conclusion en me fondant sur les « irrégularités » qui intéressaient l’agent et en particulier ses soupçons quant aux éventuelles modifications apportées à la remorque. Une telle préoccupation n’est pas reliée principalement à la réglementation sur le camionnage commercial. Elle a trait à une activité criminelle. [Je souligne; par. 19.]

[16] De l’avis de la juge de première instance, les fouilles sans mandat étaient abusives. Les éléments de preuve que constituaient les billets de banque et la marijuana ont ainsi été écartés, et les appelants ont été acquittés.

B. *Cour d’appel de la Saskatchewan, 2009 SKCA 8, 320 Sask. R. 179*

(1) La juge Wilkinson (avec l’accord de la juge Smith)

[17] Pour la majorité, une simple intuition ou conjecture quant à la modification ou à la reconstruction de la remorque ne viciait pas une fouille par ailleurs légale fondée sur l’application de la réglementation, même si l’agent soupçonnait que la modification avait pour but de dissimuler des objets illicites. Les appelants n’avaient pas établi que l’inspection relevant de la réglementation routière avait constitué pour la police un prétexte commode dans la situation évoluant rapidement à laquelle les agents avaient fait face au bord de la route.

[18] La détention n’était pas arbitraire. La recherche de documents était autorisée par la loi. La police n’avait pas violé l’attente raisonnable des appelants en matière de vie privée. L’article 8 n’avait pas été enfreint. L’argent découvert dans le sac de toile n’aurait pas dû être écarté de la preuve. La marijuana

was located in a search incidental to a lawful arrest. This is an exception to the principle that warrantless searches are *prima facie* unreasonable. In the majority view, the two items of evidence, namely the marijuana and the cash, ought both to have been admitted into evidence. A new trial was ordered.

(2) Jackson J.A. (Dissenting in Part)

[19] Jackson J.A. concluded that the trial judge did not err in holding that the police officer could not rely on a regulatory search power once his “focus” became criminal activity. A police officer could not search for contraband with that as the purpose or one of the defined purposes of the search, because the search authority extended to regulatory matters only. However, Jackson J.A. agreed with the majority that if the arrest had been lawful, the searches undertaken as incident to that arrest would have been lawful as well.

[20] Applying s. 24(2) of the *Charter*, Jackson J.A. drew a distinction between the money and the marijuana. In her view, the cash was rightly excluded, but the marijuana ought to have been admitted. Thus, in the result, she would have sustained the acquittal on the “proceeds of crime” charge, but set aside the acquittals in relation to the possession and trafficking of drugs charges, and ordered a new trial in relation to the drug charges only.

IV. Analysis

[21] At the heart of this appeal lies the thorny issue of warrantless searches conducted in conjunction with random roadside stops. A warrantless search is presumptively unreasonable and contrary to s. 8 of the *Charter*, which guarantees to everyone “the right to be secure against unreasonable search or seizure”. In the absence of a warrant, the Crown must establish on a balance of probabilities

avait été trouvée lors d’une fouille accessoire à une arrestation légale. Il s’agissait d’une exception au principe suivant lequel une fouille sans mandat est *prima facie* abusive. Selon la majorité, les deux éléments de preuve, soit la marijuana et l’argent liquide, auraient tous deux dû être admis en preuve. Un nouveau procès a été ordonné.

(2) La juge Jackson (dissidente en partie)

[19] La juge Jackson a estimé que la juge de première instance n’avait pas commis d’erreur en arrivant à la conclusion que l’agent de police ne pouvait plus se fonder sur un pouvoir de fouille relevant de la réglementation à partir du moment où il a commencé à s’intéresser principalement à des activités criminelles. Un agent de police ne pouvait pas chercher des objets illicites en faisant de cette recherche l’objet ou l’un des objets précis de la fouille, parce que le pouvoir de fouille visait uniquement ce qui relevait de la réglementation. La juge Jackson a estimé toutefois, comme ses collègues majoritaires, que, si l’arrestation avait été légale, les fouilles effectuées d’une manière accessoire à l’arrestation auraient été légales elles aussi.

[20] En ce qui a trait à l’application du par. 24(2) de la *Charte*, la juge Jackson a établi une distinction entre l’argent liquide et la marijuana. Selon elle, l’argent avait été écarté à bon droit, mais la marijuana aurait dû être admise. Elle aurait par conséquent confirmé l’acquittement dans le cas de l’inculpation relative aux « produits de la criminalité », mais annulé les acquittements à l’égard des accusations de possession et de trafic de stupéfiants et ordonné la tenue d’un nouveau procès relativement à ces seules accusations.

IV. Analyse

[21] Le présent pourvoi porte essentiellement sur l’épineuse question des fouilles effectuées sans mandat lors d’un contrôle routier aléatoire. Une fouille sans mandat est présumée abusive et contraire à l’art. 8 de la *Charte*, qui garantit à chacun le « droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». En l’absence d’un mandat, le ministère public doit établir selon la

that the search was authorized by law, that the law itself is reasonable, and that the manner in which the search was carried out was reasonable: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278, and *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 10.

[22] The appeal also engages s. 9 of the *Charter* (“the right not to be arbitrarily detained or imprisoned”). A random vehicle stop on the highway is, by definition, an arbitrary detention: *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257 (hereinafter “*Ladouceur (Ont.)*”); *Mellenthin*; and *R. v. Harris*, 2007 ONCA 574, 87 O.R. (3d) 214. The detention will only be justified under s. 1 of the *Charter* (*Hufsky*, at p. 637) if the police act within the limited highway-related purposes for which the powers were conferred (*Ladouceur (Ont.)*, per Cory J., at p. 1287).

A. *The Initial Stop*

[23] Random roadside stops must be limited to their intended purposes. “A check stop does not and cannot constitute a general search warrant for searching every vehicle, driver and passenger that is pulled over”, per Cory J., in *Mellenthin*, at p. 629. It thus becomes necessary to examine the authority claimed by the police at each step from the original demand to the appellants to pull their truck over on the Trans-Canada Highway to the discovery of the cash and subsequently the marijuana a couple of hours later as well as the follow-up “inventory search” the next morning, to determine at what point, if at all, the police infringed the rights of the appellants under s. 8 or s. 9 of the *Charter*. A roadside stop is not a static event. Information as it emerges may entitle the police to proceed further, or, as the case may be, end their enquiries and allow the vehicle to resume its journey.

[24] Much of the debate on the appeal focussed on whether the search of the duffle bag was or was

prépondérance des probabilités que la fouille était autorisée par la loi, que celle-ci n’avait rien d’abusif et que la fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278, et *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10.

[22] Le pourvoi fait également entrer en jeu l’art. 9 de la *Charte* (le « droit à la protection contre la détention ou l’emprisonnement arbitraires »). L’interception au hasard d’un véhicule sur la route constitue par définition une détention arbitraire : *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257 (ci-après « *Ladouceur (Ont.)* »); *Mellenthin*; et *R. c. Harris*, 2007 ONCA 574, 87 O.R. (3d) 214. La détention ne sera justifiée au regard de l’article premier de la *Charte* (*Hufsky*, p. 637) que si la police agit dans le cadre des objectifs limités relevant de la réglementation routière en fonction desquels les pouvoirs ont été conférés (*Ladouceur (Ont.)*, le juge Cory, p. 1287).

A. *L’interception initiale*

[23] Les interceptions au hasard de véhicules doivent être limitées aux objectifs auxquels elles répondent. « Un contrôle routier ne constitue pas et ne saurait constituer un mandat de perquisition général permettant de fouiller les conducteurs à qui l’on demande de s’immobiliser, leur véhicule et les passagers » — le juge Cory dans *Mellenthin*, p. 629. Il devient dès lors nécessaire d’examiner le pouvoir invoqué par la police à chaque étape, à partir de la demande initiale faite aux appelants d’immobiliser leur camion sur la route transcanadienne jusqu’à la découverte des billets de banque puis de la marijuana quelque deux heures plus tard, et à la « fouille à des fins d’inventaire » effectuée le lendemain matin, pour déterminer à quel moment la police a, le cas échéant, porté atteinte aux droits garantis aux appelants par les art. 8 ou 9 de la *Charte*. Un contrôle routier n’est pas une situation statique. Les renseignements obtenus progressivement peuvent donner à la police le droit de poursuivre leurs vérifications ou, selon le cas, d’y mettre fin et de laisser repartir le véhicule.

[24] Le débat sur le pourvoi a porté dans une large mesure sur la question de savoir si le sac de toile

not covered by s. 63(5) of the *H&TA*. This inquiry is important but not sufficient. A distinction must be drawn between the existence of a police power and the further issue of whether that power, otherwise legal, is exercised in violation of s. 8 of the *Charter*, having regard to a trucker's reasonable expectation of some privacy in the sleeping area of the cab. An exclusive focus on police powers under the *H&TA* may not give adequate weight to *Charter* concerns. Equally, restricting the Court's focus to the *Charter* may distract attention from the important preliminary question of whether the police possessed the power to conduct a search in the first place.

[25] The Court has ruled on a number of occasions that pursuant to statutory authority, the police officers can randomly stop persons for "reasons related to driving a car such as checking the driver's licence and insurance, the sobriety of the driver and the mechanical fitness of the vehicle": *Ladouceur (Ont.)*, at p. 1287. See also *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3, at para. 41; *Mellenthin*, at p. 624. The courts below held that the appellants' truck was stopped for the valid purpose of carrying out an *H&TA* document check, and this issue is no longer seriously in dispute. The stop was valid. On this basis, the case is readily distinguishable from our Court's recent ruling in *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, where the accused had been pulled over for no valid purpose. The police equally exceed their powers in the Saskatchewan case of *R. v. Ladouceur*, 2002 SKCA 73, 165 C.C.C. (3d) 321 (hereinafter "*Ladouceur (Sask.)*"), where the officers set up a random stop program called "Operation Recovery" specifically to detect not only highway infractions but to "locate contraband being transported on our highways" (para. 69). For that purpose the Saskatchewan checkpoint was staffed not only with police, but on occasion customs and immigration officials, "tobacco people", wildlife officials and sniffer dogs (para. 44). The random stop program in *Ladouceur (Sask.)* was designed as a "comprehensive check for criminal

était ou non visé par le par. 63(5) de la *H&TA*. Cette question, certes importante, ne permet cependant pas à elle seule de trancher le débat. Il faut faire une distinction entre l'existence d'un pouvoir de la police et la question de savoir si ce pouvoir, légal par ailleurs, est exercé en violation de l'art. 8 de la *Charte* compte tenu de l'attente raisonnable en matière de vie privée que peut avoir un camionneur dans la couchette de la cabine d'un semi-remorque. En s'intéressant exclusivement aux pouvoirs conférés à la police par la *H&TA*, on risque de ne pas accorder aux objectifs de la *Charte* l'importance qui leur est due. De même, si la Cour tient uniquement compte des dispositions de la *Charte*, elle risque de ne pas prêter une attention suffisante à l'importante question préliminaire consistant à savoir si la police avait au départ le pouvoir d'effectuer une fouille.

[25] La Cour a indiqué à plusieurs reprises que les agents de police peuvent, de par les pouvoirs que leur confère la loi, interpellé des personnes au hasard pour « des motifs relatifs à la conduite d'une automobile comme la vérification du permis de conduire, des assurances et de la sobriété du conducteur ainsi que de l'état mécanique du véhicule » : *Ladouceur (Ont.)*, p. 1287. Voir également *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3, par. 41; *Mellenthin*, p. 624. En l'espèce, les tribunaux inférieurs ont conclu que l'interception du camion des appelants avait été faite dans l'objectif légitime de procéder à un contrôle de documents en application de la *H&TA*, et ce point n'est plus sérieusement en litige. L'interception était légitime. La présente affaire se distingue clairement en cela de la décision récente de notre Cour dans *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, où l'accusé s'était vu ordonner sans aucun motif valable d'arrêter son véhicule. La police avait également outrepassé ses pouvoirs dans une affaire jugée en Saskatchewan, *R. c. Ladouceur*, 2002 SKCA 73, 165 C.C.C. (3d) 321 (ci-après « *Ladouceur (Sask.)* »), où les policiers avaient mis sur pied un programme d'interception au hasard appelé « Operation Recovery » visant spécifiquement à déceler non seulement des infractions à la réglementation routière, mais aussi [TRADUCTION] « des objets illicites transportés sur nos routes » (par. 69). Dans ce dessein, le personnel

activity” (para. 43) and was therefore fatally flawed from the outset.

[26] In the present case, by contrast, the random stop program was directly related to legitimate highway purposes. Commercial trucking is regulated in every aspect from loads and load safety under *The Motor Carrier Act* to potentially dangerous cargo under *The Dangerous Goods Transportation Act*, S.S. 1984-85-86, c. D-1.2. As such, the initial stop, in this case under s. 40 of *The Highway Traffic Act*, did not violate the s. 9 rights of the appellants: *Ladouceur (Ont.)*, at p. 1287; *Orbanski*, at para. 41.

B. *The Regulatory Search*

[27] Section 32(1) of *The Motor Carrier Act* authorizes a peace officer to “order the driver or owner of a vehicle to submit the vehicle . . . or the cargo being carried on such a vehicle to any examination and tests that the peace officer considers necessary”. In the same vein, s. 63(5) of the *H&TA* provides that if a police officer “has reasonable grounds to believe that a vehicle is being operated in contravention” of regulatory requirements, he may conduct a warrantless search of “the vehicle for evidence of an offence” and “seize anything that may be evidence of an offence”. In such cases, of course, “an offence” refers to *H&TA* provisions that include regulation of the manner in which any part of a vehicle or its load is to be marked or labelled; the contents of a driver’s log and the manner in which a driver’s log is to be kept and maintained; the number of hours a driver can be on

affecté au point de contrôle en Saskatchewan comprenait non seulement des policiers, mais parfois aussi des fonctionnaires des douanes et de l’immigration, des [TRADUCTION] « gens du tabac », des fonctionnaires de la faune et des chiens renifleurs (par. 44). Le programme de contrôle routier au hasard dont il était question dans *Ladouceur (Sask.)*, conçu comme une [TRADUCTION] « mesure de contrôle globale des activités criminelles » (par. 43), présentait par conséquent une faille fatale dès le départ.

[26] Dans la présente affaire, par contre, le programme de contrôle routier aléatoire était directement relié à des objectifs légitimes relevant de la réglementation routière. Le camionnage commercial est réglementé sous tous ses aspects, du chargement et de sa sécurité, par *The Motor Carrier Act*, au transport des matières dangereuses, par *The Dangerous Goods Transportation Act*, S.S. 1984-85-86, ch. D-1.2. L’interception initiale, effectuée en l’espèce en vertu de l’art. 40 de la *Highway Traffic Act*, ne portait pas en soi atteinte aux droits des appelants garantis par l’art. 9 : *Ladouceur (Ont.)*, p. 1287; *Orbanski*, par. 41.

B. *La fouille fondée sur l’application de la réglementation*

[27] Le paragraphe 32(1) de la *Motor Carrier Act* autorise l’agent de la paix à [TRADUCTION] « ordonner au conducteur ou au propriétaire d’un véhicule de soumettre le véhicule [. . .] ou le chargement du véhicule à tout examen ou test jugé nécessaire par l’agent de la paix ». Dans le même ordre d’idées, le par. 63(5) de la *H&TA* prévoit que si un agent de la paix [TRADUCTION] « a des motifs raisonnables de croire qu’un véhicule est utilisé en contravention » de dispositions réglementaires, il peut fouiller sans mandat [TRADUCTION] « le véhicule afin de chercher des éléments de preuve relatifs à une infraction » et [TRADUCTION] « saisir tout ce qui pourrait constituer un élément de preuve relatif à une infraction ». L’« infraction » dont il est alors question renvoie bien sûr aux dispositions de la *H&TA* régissant les marques ou étiquettes que doivent porter diverses parties d’un véhicule ou de son chargement; le

duty or drive; and, the classes or types of vehicles for which a trip inspection report is to be completed (s. 69(1)).

C. *The Highways and Transportation Act Power of Search and Seizure Was Properly Invoked*

[28] There is no doubt that, after the initial stop, the officer quickly obtained reasonable grounds to believe that the appellants were operating the truck in violation of the *H&TA*, having regard to the lack of a truck licence valid in Saskatchewan, the display of an expired fuel sticker and inconsistent entries in the driver's logbook. At the time the officer began to investigate the cab of the tractor unit, it was quite within his statutory authority to search for further evidence related to *H&TA* offences.

[29] In these circumstances, the continued detention of the appellants was not arbitrary and the search of the tractor-trailer rig for relevant papers was authorized by s. 63(5)(b). At least initially, they were not unreasonable.

D. *The Appellants' Limited Expectation of Privacy in the Sleeping Area of the Cab*

[30] I agree with the trial judge that drivers ordinarily have some expectation of privacy in the sleeping area of a cab of the tractor-trailer, including the space behind the front seats where the duffle bag with the money was found. Whether or not an individual has a subjective expectation of privacy, and whether or not that expectation is objectively reasonable, is an assessment to be made having regard to the totality of the circumstances: *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, at paras. 8-10 and 48. The onus of proof of such reasonable expectation,

contenu du journal de bord du chauffeur et la façon dont il doit être tenu et conservé; le nombre d'heures pendant lesquelles un chauffeur peut être de service ou au volant; les catégories ou types de véhicules pour lesquels un rapport d'inspection doit être rempli (par. 69(1)).

C. *Le pouvoir de fouille et de saisie institué par The Highways and Transportation Act a été invoqué à juste titre*

[28] Il ne fait pas de doute qu'après l'interception initiale, l'agent a rapidement trouvé des motifs raisonnables de croire que les appelants utilisaient le camion en contravention de la *H&TA*, vu l'absence d'immatriculation valide dans la province, la présence d'une vignette relative au carburant expirée et l'incohérence des inscriptions dans le journal de bord du chauffeur. Lorsque l'agent a commencé à s'intéresser à la cabine du tracteur, il avait parfaitement le droit, en vertu des pouvoirs que lui conférait la loi, de chercher d'autres éléments de preuve relatifs à des infractions à la *H&TA*.

[29] Étant donné ces circonstances, la poursuite de la détention des appelants n'était pas arbitraire et la fouille du semi-remorque pour y rechercher des documents pertinents était autorisée par l'al. 63(5)b). Ces mesures n'étaient pas abusives, du moins au début.

D. *L'attente limitée des appelants en matière de vie privée dans la couchette de la cabine*

[30] Comme la juge de première instance, je suis d'avis que les chauffeurs ont normalement une certaine attente en matière de vie privée dans la zone couchette de la cabine d'un semi-remorque, y compris dans l'espace derrière les sièges avant, là où a été découvert le sac en toile contenant les billets de banque. C'est au regard de l'ensemble des circonstances que doivent être évalués l'existence chez un individu d'une attente subjective en matière de vie privée et le caractère objectivement raisonnable de cette attente : *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 8-10 et 48. La charge de la preuve

to a probability standard, lies on the *Charter* claimant.

[31] While the appellants did not testify about their subjective belief, the court may presume that individuals would expect a measure of privacy in what, for a long-distance trucker, suffices as a temporary mobile home. The expectation is objectively reasonable because living quarters, however rudimentary, should not be classified as a *Charter*-free zone: *Johnson v. Ontario (Minister of Revenue)* (1990), 75 O.R. (2d) 558 (C.A.), and *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341. Nevertheless, the level of expectation is necessarily low because the cab of a tractor-trailer rig is not only a place of rest but a place of work, and the whole of the cab is therefore vulnerable to frequent random checks in relation to highway transport matters. As Wilkinson J.A. pointed out, “[k]nowledge of the transportation legislation is a requirement to be licensed as a driver. The [appellants] would be well aware of the possibility of mandatory inspections and searches, whether for documents or for potential violation of any one of the countless obligations imposed by the regulatory scheme” (para. 70). Accordingly, there can be little expectation of privacy, even in the sleeping area of a truck (particularly one which is travelling in violation of relevant highway regulations). A stop may quickly precipitate a search, and the occupants either know or ought to know of that reality and govern themselves accordingly.

E. *Did the Regulatory Search Authority Cease Because of Taint by an Impermissible Criminal Law Purpose?*

[32] As stated, this is not a case where the random stop was constitutionally flawed from the outset. The argument of the appellants is that an investigation lawful at the outset became unlawful when the police officer, based on information lawfully

quant à cette attente raisonnable incombe, selon la prépondérance des probabilités, à la partie qui invoque la *Charte*.

[31] Malgré l’absence de témoignage des appelants au sujet de leur croyance subjective, le tribunal peut présumer que des personnes ont une attente en matière de vie privée dans ce qui, pour un routier, constitue en fait une maison mobile temporaire. Cette attente est objectivement raisonnable parce qu’un lieu de résidence, si rudimentaire soit-il, ne devrait pas être considéré comme une zone soustraite à l’application de la *Charte* : *Johnson c. Ontario (Minister of Revenue)* (1990), 75 O.R. (2d) 558 (C.A.), et *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341. Cette attente est forcément peu élevée, toutefois, parce que la cabine d’un semi-remorque n’est pas simplement un lieu de repos mais aussi un lieu de travail et que l’ensemble de la cabine est donc susceptible de faire fréquemment l’objet de contrôles aléatoires concernant le transport routier de marchandises. Comme l’a souligné le juge Wilkinson, [TRADUCTION] « [l]’obtention d’un permis de conduire suppose la connaissance de la législation sur le transport. Les [appelants] sont normalement bien au fait de la possibilité de contrôles et de fouilles obligatoires consistant soit dans la vérification de documents, soit dans la recherche d’une éventuelle contravention à l’une des innombrables obligations imposées par le régime de réglementation » (par. 70). Pour cette raison, il ne peut pas exister une grande attente en matière de vie privée même dans la zone couchette d’un camion (surtout lorsque ce véhicule roule en contravention de la réglementation routière pertinente). Une demande d’arrêt du véhicule peut rapidement donner lieu à une fouille et les occupants connaissent ou devraient connaître cette réalité et agir en conséquence.

E. *Le pouvoir de fouille lié à l’application de la réglementation a-t-il pris fin parce qu’il était vicié par un objectif interdit relevant du droit criminel?*

[32] Comme nous l’avons vu, il ne s’agit pas d’un cas où l’interception aléatoire du véhicule était mal fondée dès le départ. Selon les appelants, une investigation légale à l’origine est devenue illégale lorsque l’agent de police, en se fondant sur des

obtained from the appellants and the appearance of their vehicle, began to suspect criminal activity. The trial judge found, and the appellants contend, that the policeman's search of the duffle bag should be attributed predominantly to his interest in illegal criminal activity, and as such, they say it fell outside any valid regulatory purpose.

[33] The officer made no secret at trial of his interest in finding contraband. It was part of his job to take an interest in contraband. In the nature of things, contraband is a bigger issue for police than trucking documents. However, he testified that it was only "at that point" of finding the money that he believed "there was a good possibility there was a secret compartment in the trailer" (A.R., vol. 2, at p. 204).

[34] The first question is whether the police officer, in continuing the search, exceeded his s. 63(5) authority when he reached the point of suspicion. The second question is whether what he did, despite the authority of s. 63(5) to pursue *regulatory* offences, was unreasonable in relation to the protected *Charter* privacy interests of the accused in the sleeping area of the cab. The statutory authority for the search and the reasonableness of its exercise are two distinct issues.

[35] As to the police powers issue, the trial judge agreed that notwithstanding that the officer had found "sufficient irregularities in a very short span of time to be concerned that there could be more" and that "it might be reasonable to conclude that the officer continued his investigation to check for further regulatory infractions", nevertheless, "given the totality of the circumstances, it does appear that the officer was more interested in looking for evidence of criminal activity than for contraventions of commercial trucking regulations" (para. 19 (emphasis added)). This led to a discussion about "dual purpose" searches, and whether a "dominant" criminal law purpose would invalidate

renseignements obtenus légalement des appelants et sur l'apparence de leur véhicule, a commencé à soupçonner une activité criminelle. La juge de première instance a conclu, et les appelants soutiennent, que la fouille du sac de toile effectuée par le policier doit être attribuée d'une façon prédominante à son intérêt relatif à une activité criminelle illégale, et débordait ainsi le cadre de tout objectif valide relevant de la réglementation.

[33] L'agent n'a pas caché, lors du procès, son intérêt quant à la découverte d'objets illicites. Son travail consistait notamment à s'intéresser à de tels objets qui, en fait, constituent une préoccupation plus importante pour la police que les documents relatifs au transport routier. Il a cependant témoigné que c'est seulement [TRADUCTION] « au moment » où il a découvert l'argent qu'il a pensé [TRADUCTION] « qu'il était très possible qu'il y ait un compartiment secret dans la remorque » (d.a., vol. 2, p. 204).

[34] Il faut se demander, premièrement, si l'agent de police, en poursuivant la fouille, a outrepassé le pouvoir que lui conférait le par. 63(5) lorsqu'il a commencé à avoir des soupçons. La deuxième question à trancher est celle de savoir si ce que l'agent a fait était abusif étant donné les droits relatifs à la vie privée garantis par la *Charte* aux accusés dans la zone couchette de la cabine, même si le par. 63(5) lui donnait le pouvoir de vérifier le respect de la *réglementation*. Le fondement légal de la fouille et le caractère raisonnable de celle-ci constituent deux questions distinctes.

[35] En ce qui a trait aux pouvoirs de la police, la juge de première instance a estimé que, même si l'agent avait découvert [TRADUCTION] « suffisamment d'irrégularités dans un très court laps de temps pour penser qu'il pouvait y en avoir d'autres » et qu'[TRADUCTION] « il pourrait être raisonnable de conclure que l'agent a poursuivi ses contrôles pour voir si d'autres infractions réglementaires n'avaient pas été commises », il semblait néanmoins « au regard de la totalité des circonstances, qu'il était davantage intéressé par la recherche d'éléments de preuve relatifs à une activité criminelle que par la découverte de contraventions à la réglementation sur le camionnage commercial » (par. 19 (je

an otherwise valid regulatory search or, on the contrary, a legitimate regulatory purpose could “sanitize” or “cleanse” an unlawful criminal law purpose.

[36] Wilkinson J.A., for the majority in the court below, found the dual purpose debate unhelpful and succinctly expressed the view that

the lawful aim cannot be used as a pretext, ruse, or subterfuge to perpetuate the unlawful aim. That, ultimately, is the focal point of the inquiry. It is not a question of degree, or determining which purpose is predominate or subordinate. Rather, it is a question whether a lawful purpose is being exploited to achieve an impermissible aim. [para. 85]

What happened here, in her view, is not within the mischief contemplated by the late Chief Justice Bayda in *Ladouceur (Sask.)* that “it is important not to encourage the establishment of checkpoints where a nominally lawful aim is but a plausible facade for an unlawful aim” (para. 66).

[37] It is to be expected that RCMP officers patrolling the Trans-Canada Highway are interested in any number of potential infractions including criminal offences as well as provincial matters. It could hardly be otherwise. However, as pointed out by Martin J.A., “[t]he lawful search was not converted into an unlawful or an unreasonable search because the officers, in addition, had the expectation that the search might also uncover drugs”: *R. v. Annett* (1984), 17 C.C.C. (3d) 332 (Ont. C.A.), at p. 335, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v.

[38] In *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 43 O.R. (3d) 223 (C.A.), the police used the

souligne)). Ces considérations ont conduit à une analyse portant sur les fouilles qui répondent à un « double objectif » et sur la question de savoir si un objectif « prédominant » relevant du droit criminel invaliderait une fouille par ailleurs valide fondée sur l’application de la réglementation ou si, au contraire, un objectif légitime relevant de l’application de la réglementation pouvait « racheter » ou « purifier » un objectif illégal relevant du droit criminel.

[36] La juge Wilkinson, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour d’appel, a jugé inutile le débat sur le double objectif et a exprimé succinctement le point de vue suivant :

[TRADUCTION] . . . on ne peut pas utiliser l’objectif légitime comme prétexte, ruse ou subterfuge pour perpétuer l’objectif illégitime. C’est en cela que consiste en définitive l’élément central de l’analyse. Il ne s’agit pas d’une question de degré, ni de déterminer quel objectif est prédominant ou subordonné. Il s’agit plutôt de savoir s’il y a exploitation d’un objectif légitime afin d’atteindre une fin interdite. [para. 85]

Ce qui s’est passé en l’espèce ne relève pas, selon elle, de l’attitude condamnable envisagée par le regretté juge en chef Bayda dans *Ladouceur (Sask.)*, pour qui [TRADUCTION] « il importe de ne pas encourager l’établissement de contrôles routiers dont un objectif apparemment légitime constitue uniquement une couverture pour la poursuite d’un objectif illégitime » (par. 66).

[37] Il faut s’attendre à ce que les agents de la GRC patrouillant la route transcanadienne s’intéressent à nombre d’infractions susceptibles d’être commises, tant les infractions criminelles que les infractions relevant de la réglementation provinciale. Il pourrait difficilement en être autrement. Toutefois, comme l’a souligné le juge Martin, [TRADUCTION] « [u]ne fouille légale n’est pas devenue une fouille illégale ou abusive parce que les agents s’attendaient en plus à ce qu’elle permette peut-être aussi la découverte de stupéfiants » : *R. c. Annett* (1984), 17 C.C.C. (3d) 332 (C.A. Ont.), p. 335, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v.

[38] Dans *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 43 O.R. (3d) 223 (C.A.), la police

Ontario equivalent *H&TA* powers to stop and question bikers attending a gathering of the Paradise Riders Motorcycle Club, suspected to be a criminal organization. The police took advantage of the stop to gather information about the individuals and the gathering. Doherty J.A., for the court, while upholding as valid the police conduct in that particular case, stated:

While I can find no sound reason for invalidating an otherwise proper stop because the police used the opportunity afforded by that stop to further some other legitimate interest, I do see strong policy reasons for invalidating a stop where the police have an additional improper purpose. Highway safety concerns are important, but they should not provide the police with a means to pursue objects which are themselves an abuse of the police power or are otherwise improper. [p. 238]

[39] Police power, whether conferred by statute or at common law, is abused when it is exercised in a manner that violates the *Charter* rights of an accused. This is a better framework of analysis, in my opinion, than the “predominant purpose” test applied here by the trial judge. If the *Charter* is violated, it makes little difference, I think, that the police had in mind multiple purposes. A valid regulatory purpose, whether predominant or not, would not sanitize or excuse a *Charter* violation.

[40] This position is consistent with what the Court said about *Annett* in *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227:

The distinguishing feature of *Annett*, however, is that the full scope of the officers’ search was authorized by statute; thus, the only issue was whether their hidden intentions rendered the search unreasonable. [Emphasis added; para. 24.]

Law involved a theft investigation. The police recovered a stolen security safe, and decided to look at the contents for the totally unrelated purpose of investigating potential tax evasion by the

s’était prévalu des pouvoirs conférés par l’équivalent ontarien de la *H&TA* pour interpellier et questionner des motards présents à un rassemblement du Paradise Riders Motorcycle Club, soupçonné d’être une organisation criminelle. La police avait profité de cette interpellation pour recueillir de l’information sur les individus et le rassemblement. Tout en concluant à la légalité de la conduite de la police dans cette affaire précise, le juge Doherty a déclaré ce qui suit au nom de la cour :

[TRADUCTION] Bien que je ne voie aucune raison valable d’invalider une interpellation par ailleurs appropriée au motif que la police a profité de l’occasion fournie par cette interpellation pour poursuivre une autre fin légitime, il existe selon moi de très sérieuses raisons de principe pour invalider une interpellation lorsque la police a un objectif additionnel inadmissible. La sécurité routière est certes un objectif important, mais elle ne doit pas fournir à la police un moyen pour poursuivre des fins qui elles-mêmes constituent un abus de pouvoir ou sont pour d’autres raisons inadmissibles. [p. 238]

[39] La police abuse de ses pouvoirs, qu’ils soient conférés par un texte législatif ou par la common law, lorsque la manière dont elle les exerce porte atteinte aux droits garantis par la *Charte* à un accusé. Il s’agit là d’un meilleur cadre d’analyse, à mon avis, que le critère de [TRADUCTION] « l’objectif prédominant » appliqué en l’espèce par la juge de première instance. Si la *Charte* a été violée, il importe peu, je pense, que la police ait eu plusieurs objectifs à l’esprit. Un objectif légitime relevant de l’application de la réglementation, qu’il ait été prédominant ou non, ne saurait racheter ou légitimer une violation de la *Charte*.

[40] Ce point de vue s’accorde avec ce que la Cour a dit au sujet de *Annett* dans *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227 :

La caractéristique distinctive de l’affaire *Annett*, cependant, est que tous les aspects de la fouille étaient autorisés par la loi, de sorte qu’il restait seulement à déterminer si les intentions secrètes des policiers avaient rendu la fouille abusive. [Je souligne; par. 24.]

Dans *Law*, la police, ayant récupéré un coffre-fort volé, avait ensuite décidé d’en examiner le contenu dans un but tout à fait étranger à l’enquête sur le vol, soit enquêter sur une possible évasion fiscale

complainant in the theft case. We held that the evidence obtained from the safe was properly excluded in the resulting tax prosecution. Of interest for present purposes, however, is the distinction noted by the Court between police powers and *Charter* compliance.

[41] I agree with Wilkinson J.A. that the question is not “determining which purpose is predominate or subordinate” (para. 85). As long as there is a continuing regulatory purpose on which to ground the exercise of the regulatory power, the issue is whether the officer’s search of the duffle bag infringed the reasonable expectations of privacy of the appellants. I do not think that it did, having regard to the totality of the circumstances as they had progressed to the time of that search.

F. *Did Discovery of the Cash in the Duffle Bag Violate Section 8?*

[42] The trial judge, with respect, set the barrier to the ongoing police investigation too high when she wrote:

In this case, I have no difficulty in concluding that the initial stop and detention were lawful and did not infringe s. 9. Likewise, the initial search did not violate s. 8. However, once the officer became suspicious that alterations had been made to the trailer, the focus of his inquiry shifted from a regulatory inspection to a criminal investigation. Given this change in focus, he required either informed consent or reasonable and probable grounds to continue searching for evidence to support his suspicions, neither of which existed. [para. 28]

[43] I do not agree that the officer’s concurrent interest in contraband (even if it was “predominant”) rendered the *H&TA* search unlawful or unreasonable within the scope of s. 8 of the *Charter*. As already stated, knowledge of transportation legislation is a requirement to be licensed as a driver. Commercial drivers are well aware of the police authority to conduct random stops and to search a vehicle for evidence of infractions. Commercial

commise par le plaignant dans l’affaire de vol. La Cour est arrivée à la conclusion que les éléments de preuve trouvés dans le coffre-fort avaient à juste titre été écartés dans la poursuite fiscale engagée par la suite. Mais l’élément intéressant, dans la perspective de la présente affaire, réside dans la distinction relevée par la Cour entre les pouvoirs de la police et le respect de la *Charte*.

[41] Je pense comme la juge Wilkinson qu’il ne s’agit pas de [TRADUCTION] « déterminer quel objectif est prédominant ou subordonné » (par. 85). Dès lors qu’un objectif réglementaire continue à justifier l’exercice du pouvoir réglementaire, il s’agit plutôt de savoir si la fouille du sac de toile par l’agent a porté atteinte aux attentes raisonnables des appelants en matière de vie privée. Or, tel n’est pas le cas à mon avis au regard de la totalité des circonstances, compte tenu de la façon dont elles avaient évolué au moment où la fouille a été effectuée.

F. *La découverte de l’argent liquide dans le sac de toile a-t-elle porté atteinte à l’art. 8?*

[42] La juge de première instance a selon moi placé la barre trop haut à l’égard de l’enquête policière menée en l’espèce lorsqu’elle a écrit :

[TRADUCTION] Je n’ai aucun mal, en l’espèce, à conclure que l’interception et la détention initiales étaient légitimes et ne portaient pas atteinte à l’art. 9. De même, la fouille initiale ne portait pas atteinte à l’art. 8. Mais lorsque l’agent a commencé à soupçonner que la remorque avait fait l’objet de modifications, son investigation, jusque-là centrée sur le respect de la réglementation, est devenue axée sur une enquête criminelle. En raison de ce changement, il devait avoir soit un consentement éclairé, soit des motifs raisonnables et probables pour continuer à chercher des éléments de preuve confirmant ses soupçons; or, il n’existait ni consentement ni motifs raisonnables et probables. [par. 28]

[43] Je ne suis pas d’avis que l’intérêt concomitant de l’agent à l’égard des objets illicites (même dans l’hypothèse où il était « prédominant ») a rendu la fouille effectuée en vertu de la *H&TA* illégale ou abusive au regard de l’art. 8 de la *Charte*. Comme je l’ai dit, un chauffeur doit connaître la législation sur le transport pour obtenir un permis. Les camionneurs savent très bien que les policiers peuvent intercepter des véhicules au hasard et les fouiller

trucking is a highly regulated industry. Breaching a law will not in itself reduce an individual's legitimate privacy expectations (otherwise, it would be argued that offenders would always forfeit s. 8 protection relevant to evidence of the offence), but here, as events progressed from the police stop to the initial regulatory search of the cab, there was no police invasion of the minimal privacy interest that existed. As was the case in *Annett*, "the expectation that the search might also uncover drugs" (p. 335) did not convert a *Charter*-compliant regulatory search into a *Charter* violation: *R. v. Sewell*, 2003 SKCA 52, 175 C.C.C. (3d) 242.

[44] The trial judge did not express any doubt about the officer's evidence that relevant papers were frequently dispersed around a cab, often collected in a bag similar to the one at issue here, and that when he "pushed down on the duffel bag, [he] felt and heard paper products inside" (A.R., vol. 2, at p. 181). In other words, the officer did not proceed immediately to open the bag without some preliminary evaluation of its likely relevance to the regulatory search. The paper contents felt more like items connected to the *H&TA* inquiry than if the contents had felt solid in a way that might have indicated personal clothing (or drugs). In the circumstances, it was not unreasonable, given the appellants' very limited privacy interest, for the officer to open the bag. At that point, the cash was in plain view.

G. *The Appellants' Reliance on the Jarvis Case Is Misplaced*

[45] The decision in *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757, does not support the trial judge's "predominant purpose" test in this situation. In that

à la recherche d'éléments de preuve d'infractions. Le camionnage est une industrie très réglementée. Une infraction à une loi ne diminue pas en soi les attentes légitimes d'une personne en matière de vie privée (autrement, on soutiendrait que les délinquants perdent toujours la protection de l'art. 8 relative à la preuve d'une infraction). Mais en l'espèce, au fil des événements depuis l'interception du camion par la police jusqu'à l'inspection initiale de la cabine que permettait la réglementation, le policier n'a en aucun cas porté atteinte au droit minimal au respect de la vie privée qui existait alors. Comme dans l'affaire *Annett*, le fait que l'agent s'attendait à ce que la fouille [TRADUCTION] « permette peut-être aussi la découverte de stupéfiants » (p. 335) n'a pas fait d'une fouille permise par la réglementation et conforme à la *Charte* une violation de la *Charte* : *R. c. Sewell*, 2003 SKCA 52, 175 C.C.C. (3d) 242.

[44] La juge de première instance n'a exprimé aucun doute au sujet du témoignage de l'agent quant au fait que des documents utiles étaient souvent dispersés dans la cabine, souvent rassemblés dans un sac semblable à celui dont il est question en l'espèce, et que lorsqu'il a [TRADUCTION] « exercé une pression sur le sac de toile, [il] a senti et entendu qu'il y avait des articles en papier à l'intérieur » (d.a., vol. 2, p. 181). En d'autres mots, l'agent n'a pas procédé à l'ouverture du sac immédiatement, sans faire une évaluation préliminaire de la possibilité qu'il soit pertinent à la fouille fondée sur l'application de la réglementation. Les articles en papier se trouvant dans le sac semblaient davantage consister dans des objets reliés à l'investigation fondée sur la *H&TA* que si le contenu avait semblé solide, ce qui aurait pu indiquer la présence de vêtements personnels (ou de stupéfiants). Dans les circonstances, l'ouverture du sac par l'agent n'était pas abusive, étant donné le droit très limité des appelants en matière de respect de la vie privée. À ce moment, l'argent liquide était bien en vue.

G. *Les appelants invoquent à tort l'arrêt Jarvis*

[45] L'arrêt *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757, ne saurait être invoqué à l'appui du recours, par la juge de première instance, au critère

case, a taxpayer defending a prosecution for tax evasion objected to the admission of self-incriminating information and documents obtained by Revenue Canada in the course of a civil audit that, he was led to believe, might (or might not) lead to a reassessment. The taxpayer's cooperation at the reassessment stage was of course compulsory. In the course of the inquiry, the subject matter did not change at any time. It remained the documents and information relevant to Mr. Jarvis' tax matters. The question arose at the point where material came to be viewed by Revenue Canada from a different perspective. The Court agreed with the taxpayer that "there must be some measure of separation between the audit and [penal] investigative functions" (para. 84) and held that officials "cross the Rubicon" when the "predominant purpose of a particular inquiry is the determination of penal liability" (para. 88). In other words, "when the inquiry in question engages the adversarial relationship between the taxpayer and the state" (para. 88), the taxpayer is entitled to *Charter* protection appropriate to the penal context. The present case is wholly different. We are not "crossing the Rubicon" from a civil dispute into penal remedies. Here the context was always penal. The *Charter* applies to provincial offences as well as to criminal offences. The shifting focus argument was appropriate in *Jarvis*, but I do not think it helps in the solution of this appeal. The issue here is whether the police search of the duffle bag did "in the totality of the circumstances" invade the reasonable privacy interest of the appellants. I would hold that it did not.

[46] In summary, the Crown established on a balance of probabilities that the warrantless search was authorized by s. 63(5) of the *H&TA*, the reasonableness of the law itself is not challenged, and the manner in which the search was carried out was reasonable. The *Collins* test is therefore satisfied.

de [TRADUCTION] « l'objectif prédominant ». Dans cette affaire, un contribuable poursuivi pour évasion fiscale s'opposait à l'admission en preuve de renseignements et de documents incriminants obtenus par Revenu Canada dans le cadre d'une vérification à caractère civil dont il avait été amené à croire qu'elle pourrait conduire (ou ne pas conduire) à une nouvelle cotisation. La collaboration du contribuable à l'étape de la nouvelle cotisation était bien entendu obligatoire. L'objet de l'investigation est toujours demeuré le même, soit les renseignements et documents relatifs à la situation fiscale de M. Jarvis. La question s'est présentée au moment où Revenu Canada a commencé à envisager sous un jour différent ces renseignements et documents. La Cour a estimé, donnant en cela raison au contribuable, « qu'il doit exister une certaine séparation entre les fonctions de vérification et d'enquête [pénale] » (par. 84) et a précisé que les fonctionnaires « franchissent le Rubicon » lorsqu'un examen dans un cas particulier a pour « objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable » (par. 88). Autrement dit, « lorsque l'examen crée la relation contradictoire entre le contribuable et l'État » (par. 88), le contribuable a droit à la protection de la *Charte* appropriée au contexte pénal. La présente affaire est tout à fait différente. Nous ne « franchissons pas le Rubicon » séparant un litige civil et des recours de nature pénale. En l'espèce, le contexte a toujours été pénal. La *Charte* s'applique aux infractions provinciales comme aux infractions criminelles. Si l'argument du changement de perspective était pertinent dans *Jarvis*, il ne me semble pas utile dans le cadre du présent pourvoi. La question à trancher en l'espèce est celle de savoir si la fouille du sac de toile par la police a, « au regard de la totalité des circonstances », porté atteinte aux intérêts raisonnables des appelants en matière de vie privée. J'estime que ce n'est pas le cas.

[46] En résumé, le ministère public a établi selon la prépondérance des probabilités que la fouille sans mandat était permise par le par. 63(5) de la *H&TA*, le caractère raisonnable de la loi elle-même n'est pas contesté et la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. Les conditions décrites dans *Collins* sont par conséquent remplies.

H. *The Arrest of the Appellants for Possession of the Proceeds of Crime Was Valid*

[47] The trial judge concluded that the arrest was invalid. The existence of reasonable and probable grounds is a legal standard and is subject to appellate review: *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13.

[48] The discovery of a large sum of cash may not on its own constitute objective, reasonable and probable grounds to arrest for possession of proceeds of crime but the existence of the cash may contribute to such reasonable grounds when “‘circumstances or evidence’ . . . exist that create a reasonable inference that the money is proceeds of crime” (trial judgment, at para. 35): see *R. v. Perello*, 2005 SKCA 8, 193 C.C.C. (3d) 151; *R. v. Franks*, 2003 SKCA 70, 176 C.C.C. (3d) 488. Here, the context was sufficient to supply the officer with the “something more”: three men in an empty, improperly licensed truck making a run across the prairies at midnight on a highway where the truck was not entitled to be. The explanation for where the cargo had gone, and why the truck was apparently empty as it headed east, did not correspond to the documents, which were riddled with multiple discrepancies. The unexplained \$115,000 was in bills of small denominations wrapped in bundles which the police officer believed to be typical of drug dealings:

- Q. So in your mind was there any question that these were proceeds of crime?
- A. Given my observations of the money and the amount of money, the circumstances surrounding its transportation and the subjects and the vehicle, there was no doubt in my mind that this was proceeds of crime.
- Q. Have you had an opportunity to observe how money is packaged in your experience?

H. *L'arrestation des appelants pour possession de produits de la criminalité était légitime*

[47] La juge de première instance est arrivée à la conclusion que l'arrestation n'était pas valide. L'existence de motifs raisonnables et probables constitue une norme juridique et peut faire l'objet d'un examen en appel : *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13.

[48] La découverte d'une importante somme d'argent liquide peut ne pas constituer en soi un motif objectif, raisonnable et probable de procéder à une arrestation pour possession de produits de la criminalité, mais la présence de cet argent peut contribuer à l'existence de tels motifs raisonnables lorsqu'il [TRADUCTION] « existe “des circonstances ou des éléments de preuve” permettant raisonnablement de déduire que l'argent constitue un produit de la criminalité » (jugement de première instance, par. 35) : voir *R. c. Perello*, 2005 SKCA 8, 193 C.C.C. (3d) 151; *R. c. Franks*, 2003 SKCA 70, 176 C.C.C. (3d) 488. En l'espèce, le contexte était suffisant pour fournir à l'agent ce « quelque chose de plus » : trois hommes traversant les Prairies dans un camion vide mal immatriculé, à minuit, sur une route où, selon la loi, le camion ne pouvait pas se trouver. Les explications données quant aux endroits où le chargement avait été livré et aux raisons pour lesquelles le véhicule était apparemment vide pendant qu'il roulait en direction est ne correspondaient pas aux documents, qui étaient criblés d'incohérences. La somme de 115 000 dollars, de provenance inexpiquée, se présentait sous forme de petites coupures emballées en liasses typiques, croyait l'agent de police, du trafic de stupéfiant :

[TRADUCTION]

- Q. Donc dans votre esprit, y avait-il la moindre possibilité que cet argent ne constitue pas des produits de la criminalité?
- A. Étant donné mes constatations touchant l'argent et la quantité d'argent, les circonstances entourant son transport ainsi que les individus et le véhicule, il ne faisait aucun doute dans mon esprit qu'il s'agissait de produits de la criminalité.
- Q. Avez-vous déjà eu l'occasion de voir comment l'argent se présente?

A. Based on my experience as well as research I have done and the sessions I have had with experts and people who have been involved in this type of activity, the type of bundling that was observed there with the elastic bands and the small denominations is indicative of it being involved in proceeds of crime and in particular of the drug trade in my mind. [A.R., vol. 2, at pp. 210-11]

While the Crown did not attempt to qualify the officer as an expert on drug monies, the officer's experience and training supported the probative value of his evidence on this point. The *cumulative* effect of the factual elements previously described provides objective support for the officer's subjective belief that he had reasonable and probable grounds to make the arrests. As stated in *R. v. Marin*, [1994] O.J. No. 1280 (QL) (Gen. Div.), at para. 16, and approved in *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, at para. 25, "Looked at individually no single one is likely sufficient to warrant the grounds for the detention and seizure. The whole is greater than the sum of the individual parts viewed individually."

I. *The Search of the Trailer After the Arrest*

[49] A search is properly incidental where the police attempt to "achieve some valid purpose connected to the arrest" including "ensuring the safety of the police and public, the protection of evidence from destruction at the hands of the arrestee or others, and the discovery of evidence which can be used at the arrestee's trial": *Caslake*, at para. 19 (emphasis added); *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at paras. 74-75. The appellants were under arrest for possession of the proceeds of crime. It was clearly "incidental" to this arrest to search the vehicle in which the cash was found for evidence of the criminal activity to which the money related: *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), and *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158. The officers' belief that this purpose would be served by a search of the trailer (given their previous roadside observation of the discrepancy in the dimensions) was itself reasonable. The important consideration is the link between the location

A. Selon mon expérience, les recherches que j'ai faites et les séances auxquelles j'ai participé avec des experts et des gens qui connaissent ce type d'activité, ce type de liasses qu'on voyait là, avec les bandes élastiques et les petites coupures, indique que cet argent était lié aux produits de la criminalité et en particulier au trafic de stupéfiants, dans mon esprit. [d.a., vol. 2, p. 210-211]

Bien que le ministère public n'ait pas essayé de qualifier l'agent d'expert en matière d'argent provenant du trafic de stupéfiants, son expérience et sa formation militaient en faveur de la force probante de son témoignage sur ce point. L'effet *cumulatif* des éléments factuels décrits antérieurement étaye objectivement la croyance subjective de l'agent quant à l'existence de motifs raisonnables et probables pour effectuer les arrestations. Comme il est dit dans *R. c. Marin*, [1994] O.J. No. 1280 (QL) (Div. gén.), par. 16, approuvé dans *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, par. 25 : « Aucun indicateur pris isolément n'est vraisemblablement suffisant pour justifier la rétention et la saisie. L'ensemble est plus grand que la somme de chacune des parties prises individuellement. »

I. *La fouille de la remorque après l'arrestation*

[49] Une fouille est véritablement accessoire lorsque la police tente de « réaliser un objectif valable lié à l'arrestation », et notamment « d'assurer la sécurité des policiers et du public, d'empêcher la destruction d'éléments de preuve par la personne arrêtée ou d'autres personnes, et de découvrir des éléments de preuve qui pourront être utilisés au procès de la personne arrêtée » : *Caslake*, par. 19 (je souligne); *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 74-75. Les appelants étaient en état d'arrestation pour possession de produits de la criminalité. La fouille du véhicule dans lequel on avait trouvé de l'argent liquide était manifestement « accessoire » à cette arrestation en vue de trouver des éléments de preuve relatifs à l'activité criminelle à laquelle était relié l'argent : *R. c. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), et *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158. Les agents pouvaient raisonnablement croire que la fouille de la remorque serait utile à cette fin (car ils avaient auparavant constaté, au bord de la route, la divergence de dimensions).

and purpose of the search and the grounds for the arrest.

[50] The lapse of about two hours between the roadside arrest and the search of the trailer's secret compartment is not significant and did not, in my view, undermine the close causal and spatial connection between the arrest and the search. In *Caslake*, the search of the vehicle did not occur until six hours after the arrest, but the Court concluded that such a delay "is not, in and of itself, problematic in the case at bar" (para. 28). Nor is the temporal gap of two hours problematic in this case. The lack of quick action by the police may be explained by the fact that the truck was impounded in the RCMP yard in the middle of the night. It could not, at the time, be legally driven in Saskatchewan. No particular purpose would have been served by shortening the delay from two hours to, say, fifteen minutes. In neither case would such a delay have worked to the prejudice of the appellants.

[51] In these circumstances, no distinct and separate demonstration of reasonable and probable grounds was required: *Caslake*, at para. 25; *R. v. Caprara* (2006), 144 C.R.R. (2d) 287 (Ont. C.A.); and *R. v. Chubak*, 2009 ABCA 8, 243 C.C.C. (3d) 202.

[52] The trial judge held the arrest to be invalid, but added, "If I am wrong about the arrest, I would nevertheless find that once the arrest was made, there were no exigent circumstances that required the officers to further search the trailer without first obtaining a search warrant" (para. 32). However, the basis of the warrantless search was not "exigent circumstances" but connection or relatedness, i.e. to trigger the common law authority to search for evidence of the crime to which the arrest related: *Cloutier v. Langlois*, at p. 186. In my view, the seizure of the 392 pounds of marijuana was *Charter* compliant as it was discovered during a valid search for evidence incidental to a valid arrest.

Ce qui importe, c'est le lien entre le lieu et l'objet de la fouille et les motifs de l'arrestation.

[50] L'intervalle de quelque deux heures entre l'arrestation au bord de la route et la fouille du compartiment secret de la remorque importe peu et n'a pas, à mon avis, atténué le lien causal et spatial étroit entre l'arrestation et la fouille. Dans *Caslake*, la fouille du véhicule n'avait eu lieu que six heures après l'arrestation, mais la Cour a conclu qu'un tel délai « ne pose aucun problème en soi » (par. 28). L'intervalle de deux heures ne pose pas, lui non plus, de problème en l'espèce. Le fait que le camion a été saisi et placé dans le stationnement de la GRC au milieu de la nuit peut expliquer la lenteur des policiers. À ce moment, le camion ne pouvait légalement circuler en Saskatchewan. Raccourcir le délai de deux heures à, disons, quinze minutes, n'aurait servi aucune fin précise. Dans un cas comme dans l'autre, ce délai n'aurait causé aucun préjudice aux appelants.

[51] Dans les circonstances, il n'était pas nécessaire d'établir de façon distincte l'existence de motifs raisonnables et probables : *Caslake*, par. 25; *R. c. Caprara* (2006), 144 C.R.R. (2d) 287 (C.A. Ont.); et *R. c. Chubak*, 2009 ABCA 8, 243 C.C.C. (3d) 202.

[52] La juge de première instance a conclu à l'illegalité de l'arrestation, en ajoutant toutefois ceci : [TRADUCTION] « Si je fais erreur au sujet de l'arrestation, j'arriverais tout de même à la conclusion que, une fois l'arrestation effectuée, aucune situation d'urgence n'obligeait les agents à poursuivre la fouille de la remorque sans obtenir au préalable un mandat de perquisition » (par. 32). Or, la fouille sans mandat n'était pas fondée sur une « situation d'urgence », mais sur l'existence d'un lien ou d'un rapport, à savoir pour que s'applique le pouvoir de common law d'effectuer une fouille en vue de trouver des éléments de preuve relatifs au crime auquel l'arrestation était reliée : *Cloutier c. Langlois*, p. 186. Selon moi, la saisie des 392 livres de marijuana ne portait pas atteinte à la *Charte* puisque la drogue a été découverte au cours d'une fouille valide, effectuée accessoirement à une arrestation valide, en vue de trouver des éléments de preuve.

J. *The Subsequent “Inventory” Search of the Cab by Corporal Houston Was Invalid*

[53] The following day an RCMP officer from the Integrated Proceeds of Crime Unit searched the tractor-trailer rig for the purpose of creating an inventory. *Caslake* ruled that “an inventory search *per se* does not serve a ‘valid objective in pursuit of the ends of criminal justice’” because its purposes “relate to concerns extraneous to the criminal law. If the police feel the need to inventory a car in their possession for their own purposes, that is one thing. However, if they wish to tender the fruits of that inventory search into evidence at a criminal trial, the search must be conducted under some lawful authority” (para. 30). Corporal Houston’s work was incidental to RCMP administrative procedures rather than to the arrest of the appellants. As a result, it did not meet the requirements of a warrantless search, and the fruits of the “inventory” search were thus harvested in breach of s. 8.

K. *The Evidence Gathered in the Inventory Search Should Nevertheless Be Admitted Under Section 24(2)*

[54] In *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, this Court revised the approach to s. 24(2) and held that the analysis should be reoriented towards:

- (i) the seriousness of the Charter-infringing state conduct;
- (ii) the impact upon the Charter-protected interests of the accused; and
- (iii) society’s interest in having criminal matters adjudicated on their merits.

The task for courts remains one of achieving a balance between individual and societal interests with a view to determining whether the administration of justice would be brought into disrepute by admission of the evidence. In my view, the evidence found

J. *La fouille subséquente de la cabine « à des fins d’inventaire » effectuée par la caporale Houston n’était pas valide*

[53] Le lendemain, une agente de la Section intégrée des produits de la criminalité de la GRC a fouillé le semi-remorque dans le but de dresser un inventaire. Selon *Caslake*, « une fouille à des fins d’inventaire ne vise pas en soi un “objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle” » parce que son objectif « a trait à des préoccupations étrangères au droit criminel. Si la police sent le besoin d’inventorier, pour ses propres fins, le contenu d’une automobile en sa possession, c’est une chose. Mais si elle souhaite utiliser les fruits de cette fouille à des fins d’inventaire comme éléments de preuve lors d’un procès criminel, la fouille doit être effectuée en vertu de quelque pouvoir légal » (par. 30). Le travail effectué par la caporale Houston était accessoire aux procédures administratives de la GRC plutôt qu’à l’arrestation des appellants. Il ne satisfaisait donc pas aux exigences d’une fouille sans mandat et les fruits de la « fouille à des fins d’inventaire » ont par conséquent été récoltés en contravention de l’art. 8.

K. *Les éléments de preuve recueillis lors de la fouille à des fins d’inventaire doivent néanmoins être admis en vertu du par. 24(2)*

[54] Dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, la Cour a révisé la façon d’aborder le par. 24(2) et a conclu que l’analyse devait désormais être axée sur les aspects suivants :

- (i) la gravité de la conduite attentatoire de l’État;
- (ii) l’incidence de la violation sur les droits de l’accusé garantis par la *Charte*;
- (iii) l’intérêt de la société à ce que les affaires criminelles soient jugées au fond.

La tâche consiste encore, pour les tribunaux, à trouver le point d’équilibre entre les intérêts individuels et les intérêts de la société, dans le but de déterminer si l’utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la

in the “inventory search” which consists largely of additional trucking documents plus the potentially misleading “decals” ought not to be excluded. Had the RCMP officers continued their post-midnight search incident to arrest they would have been within their rights to do so, and the subject evidence would have been readily discoverable at that time. The subsequent inventory search for administrative purposes of an impounded truck that has already been searched (though less meticulously) should be classified as a technical breach with a minimal impact on the *Charter*-protected interests of the appellants. The evidence ought to be available for whatever relevance it may have to assist in the resolution of the outstanding charges on their merits.

V. Conclusion

[55] I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Brayford Shapiro Law Office, Saskatoon.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Saskatoon.

justice. À mon avis, les éléments de preuve découverts grâce à la « fouille à des fins d’inventaire », qui consistent pour une bonne part dans des documents additionnels concernant le transport routier et des « autocollants » susceptibles de s’avérer trompeurs, ne devraient pas être écartés. Si les agents de la GRC avaient poursuivi leur fouille accessoire à l’arrestation entreprise après minuit, ils auraient été en droit de le faire, et les éléments de preuve en question auraient aisément pu être découverts à ce moment-là. La fouille ultérieure à des fins d’inventaire, effectuée pour des raisons administratives, d’un camion saisi qui avait déjà fait l’objet d’une fouille (moins méticuleuse toutefois) devrait être considérée comme une violation technique ayant une incidence minime sur les intérêts des appelants protégés par la *Charte*. Les éléments de preuve devraient pouvoir être utilisés en fonction de la pertinence qu’ils sont susceptibles d’avoir dans le cadre de la décision sur le fond relative aux accusations en instance.

V. Conclusion

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

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : Brayford Shapiro Law Office, Saskatoon.

Procureur de l’intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Saskatoon.

INDEX

ABORIGINAL LAW

1. Treaty — Environmental assessment — Mining project — Project situated in James Bay area of Quebec covered by treaty between Aboriginal peoples and provincial and federal governments — Treaty setting out comprehensive procedures for environmental impact assessments and providing that “a project shall not be submitted to more than one (1) impact assessment and review procedure unless such project falls within the jurisdictions of both Québec and Canada” — Project falling within provincial jurisdiction but having significant impact on fish habitat — Fisheries within federal jurisdiction — Whether only provincial environmental assessment applicable — Whether treaty excluding assessment of project under federal environmental assessment legislation — James Bay and Northern Québec Agreement, ss. 22.6.7, 22.7.1, 22.7.5 — Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) V. MOSES, 557.

2. Treaty — Modern treaty — Interpretation.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) V. MOSES, 557.

ACCESS TO INFORMATION

Access to records — Exemptions — Minister refusing to disclose records relating to murder case, claiming exemptions under freedom of information legislation — Whether constitutional guarantee of freedom of expression protects access to information — If so, in what circumstances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 14, 19, 23.

ONTARIO (PUBLIC SAFETY AND SECURITY) V. CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION, 815.

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Remedy — Federal environmental assessment process — Project as proposed by mining company requiring comprehensive environmental study — Responsible

ADMINISTRATIVE LAW — Concluded

authority excluding certain aspects from scope of project — Comprehensive study no longer necessary and assessment proceeding by way of screening — Public interest litigant filing application for judicial review — Substantive decisions made by responsible authority not challenged — Judicial review brought as test case to determine federal government's obligations under s. 21 of Canadian Environmental Assessment Act — Federal Court setting aside decision to proceed by way of screening, quashing decision to issue permits and approvals to proceed with the project and prohibiting issuance of such permits and approvals until completion of comprehensive study — Whether Federal Court granted broader relief than was appropriate — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1(3).

MININGWATCH CANADA V. CANADA (FISHERIES AND OCEANS), 6.

2. Judicial review — Standard of review — Statutory discretion — Discretion to be exercised by federal Crown corporation in determining what tax rate it will use in calculating payments to be made in lieu of real property taxes established by municipality — Two Crown corporations fixing tax rate they considered appropriate — Applicable standard of review — Whether rules governing payments in lieu of taxes have been interpreted and applied in way that creates basis for application for judicial review.

MONTRÉAL (CITY) V. MONTREAL PORT AUTHORITY, 427.

3. Boards and tribunals — Jurisdiction — Remedial jurisdiction of administrative tribunals under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — New approach.

R. V. CONWAY, 765.

ARBITRATION

Foreign arbitral award — Recognition and enforcement — Whether placing time limit on recognition and enforcement proceedings violates Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award — Whether limitation periods fall under rubric “rules of procedure” under

ARBITRATION — Concluded

Convention — Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, Can. T.S. 1986 No. 43.

YUGRANEFT CORP. v. REXX MANAGEMENT CORP., 649.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Fair trial — Accused convicted of sexual assault — Two children under 14 years of age testifying behind screen pursuant to s. 486.2 of Criminal Code — Section 16.1 of Canada Evidence Act presuming testimonial competence of witness under 14 years of age — Sections 486.2 and 16.1 not infringing s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486.2 — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.1.

R. v. J.Z.S., 3.

2. Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Accused convicted of sexual assault — Two children under 14 years of age testifying behind screen pursuant to s. 486.2 of Criminal Code — Section 16.1 of Canada Evidence Act presuming testimonial competence of witness under 14 years of age — Sections 486.2 and 16.1 not infringing s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486.2 — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.1.

R. v. J.Z.S., 3.

3. Charter of Rights — Application — Canadian citizen detained by U.S. authorities at Guantanamo Bay — Canadian officials interviewing detainee knowing that he had been subjected to sleep deprivation and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Whether process in place at Guantanamo Bay at that time violated Canada's international human rights obligations — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to conduct of Canadian state officials alleged to have breached detainee's constitutional rights.

CANADA (PRIME MINISTER) v. KHADR, 44.

4. Charter of Rights — Remedy — Request for repatriation — Canadian citizen detained by U.S. authorities at Guantanamo Bay — Canadian officials interviewing detainee knowing that he had been subjected to sleep deprivation and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Violation of detainee's right to liberty and security of person guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms — Detainee seeking order that Canada request his repatriation from Guantanamo Bay — Whether remedy sought is just and

CONSTITUTIONAL LAW — Continued

appropriate in circumstances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

CANADA (PRIME MINISTER) v. KHADR, 44.

5. Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Canadian citizen detained by U.S. authorities at Guantanamo Bay — Canadian officials interviewing detainee knowing that he had been subjected to sleep deprivation and sharing contents of interviews with U.S. authorities — Whether conduct of Canadian officials deprived detainee of his right to liberty and security of person — If so, whether deprivation of detainee's right is in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

CANADA (PRIME MINISTER) v. KHADR, 44.

6. Charter of Rights — Remedy — Sentence reduction — Police abuse — Breaches of accused's constitutional rights during arrest and detention — Whether sentence reduction can be just and appropriate remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms for breach of accused's constitutional rights — Whether breaches of accused's constitutional rights should be addressed through sentencing process under Criminal Code — Limits on sentencing judge's discretion to reduce sentence as Charter remedy.

R. v. NASOGALUAK, 206.

7. Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Police abuse — Whether police officers used excessive force during accused's arrest — If so, whether police conduct amounted to violation of accused's rights under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. NASOGALUAK, 206.

8. Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Violation of accused's right against unreasonable search and seizure — Trial judge declining to exclude evidence under s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether evidence should have been excluded.

R. v. BEAULIEU, 248.

9. Charter of Rights — Search and seizure — Validity of search warrant — Police obtaining warrant to search accused's computer — Pornographic pictures involving children found and accused convicted of possession of child pornography — Whether search warrant issued on basis of misleading, inaccurate and incomplete information — Whether search of computer breached accused's rights under s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of Charter.

R. v. MORELLI, 253.

CONSTITUTIONAL LAW — Continued

10. Charter of Rights — Freedom of expression — Journalist and confidential source — Document received by confidential source from anonymous sender given to journalist on condition of confidentiality — Document alleged to be forged — Search warrant and assistance order compelling production of document and envelope — Protection of confidential source — Whether guarantee of freedom of expression creates constitutionally entrenched immunity to protect journalists against compelled disclosure of confidential source — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

R. v. NATIONAL POST, 477.

11. Charter of Rights — Search and seizure — Journalist and confidential source — Document received by confidential source from anonymous sender given to journalist on condition of confidentiality — Document alleged to be forged — Search warrant and assistance order compelling production of document and envelope — Protection of confidential source — Whether search warrant and assistance order reasonable within meaning of s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether newspaper should have been given notice of warrant application to search its premises.

R. v. NATIONAL POST, 477.

12. Aboriginal peoples — Treaty — Whether James Bay and Northern Québec Agreement qualifies as a treaty under s. 35 of Constitution Act, 1982.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. MOSES, 557.

13. Charter of Rights — Freedom of expression — Reasonable limits — Publication ban — Media organizations challenging constitutionality of statutory mandatory publication ban on bail hearing information — Whether mandatory ban justifiable infringement of freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 517.

TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. v. CANADA, 721.

14. Charter of Rights — Remedies — Accused not criminally responsible by reason of mental disorder detained in mental health facility — Accused alleging violations of his constitutional rights and seeking absolute discharge as remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Accused also seeking as remedy order directing mental health facility to provide him with particular treatment — Whether Review Board has jurisdiction to grant remedies under s. 24(1) of Charter — If so, whether accused entitled to remedies sought — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.54, 672.55.

R. v. CONWAY, 765.

15. Charter of Rights — Remedies — Court of competent jurisdiction — Remedial jurisdiction of administrative

CONSTITUTIONAL LAW — Continued

tribunals under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — New approach.

R. v. CONWAY, 765.

16. Charter of Rights — Freedom of expression — Access to information — Exemptions — Minister refusing to disclose records relating to murder case, claiming exemptions under s. 14 (law enforcement) and s. 19 (solicitor-client privilege) of Ontario Freedom of Information and Protection of Privacy Act — Whether s. 23 of Act violates guarantee of freedom of expression by failing to extend “public interest” balancing to exemptions found in ss. 14 and 19 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 14, 19, 23.

ONTARIO (PUBLIC SAFETY AND SECURITY) v. CRIMINAL LAWYERS’ ASSOCIATION, 815.

17. Charter of Rights — Freedom of expression — Scope — Access to government held information — Whether freedom of expression protects access to information — If so, in what circumstances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

ONTARIO (PUBLIC SAFETY AND SECURITY) v. CRIMINAL LAWYERS’ ASSOCIATION, 815.

18. Charter of Rights — Arbitrary detention — Random roadside stops — Whether random stop of truck of accused by police related to legitimate highway purposes — Whether random stop infringed constitutional rights of accused not to be arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 — The Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1, s. 40.

R. v. NOLET, 851.

19. Charter of Rights — Search and seizure — Warrantless searches conducted in conjunction with random roadside stop — Police officer finding regulatory violations after random stop of truck of accused and discovering large amount of cash bundled in small bills during search of truck cab while looking for truck’s documents — Accused subsequently arrested for possession of proceeds of crime — Search of truck trailer two hours after arrest revealing hidden compartment with large quantity of marijuana — Additional documentation relevant to provincial offences discovered next day during inventory search of truck cab — Whether truck stopped for legitimate highway purposes — Whether “predominant purpose” test is applicable to invalidate regulatory search when police look in truck cab expecting to find evidence of criminal activity as well as contraventions of commercial trucking regulations — Whether police had reasonable and probable grounds to arrest accused — Whether long-haul truckers have reasonable expectation of privacy in truck cab — Whether searches of truck infringed constitutional rights of accused to be secure

CONSTITUTIONAL LAW — Concluded

against unreasonable search and seizure — If so, whether evidence gathered during these searches should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2) — The Highways and Transportation Act, 1997, S.S. 1997, c. H-3.01, s. 63(5)(b).

R. v. NOLET, 851.

CONTRACTS

Breach of terms — Tender — Ineligible bidder — Exclusion of liability clause — Doctrine of fundamental breach — Province issuing tender call for construction of highway — Request for proposals restricting qualified bidders to six proponents — Province accepting bid from ineligible bidder — Exclusion clause protecting Province from liability arising from participation in tendering process — Whether Province breached terms of tendering contract in entertaining bid from ineligible bidder — If so, whether Province's conduct fell within terms of exclusion clause — If so, whether court should nevertheless refuse to enforce the exclusion clause because of unconscionability or some other contravention of public policy.

TERCON CONTRACTORS LTD. v. BRITISH COLUMBIA
(TRANSPORTATION AND HIGHWAYS), 69.

COURTS

1. Jurisdiction — Crown prerogative over foreign relations — Courts' power to review and intervene on matters of foreign affairs to ensure constitutionality of executive action.

CANADA (PRIME MINISTER) v. KHADR, 44.

2. Jurisdiction — Counsel's withdrawal application — Whether, in criminal matter, court has authority to refuse to grant defence counsel's request to withdraw because accused has not complied with financial terms of retainer.

R. v. CUNNINGHAM, 331.

CRIMINAL LAW

1. Sentencing — Sentence reduction — Breach of accused constitutional rights — Police officers using force during accused's arrest — Whether police officers used excessive

CRIMINAL LAW — Continued

force — If so, whether police conduct amounted to breach of accused's constitutional rights — Whether sentencing judge can take police misconduct into account to reduce accused's sentence — Limits on sentencing judge's discretion to reduce sentence pursuant to sentencing provisions of Criminal Code or s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether accused's sentences lawfully reduced.

R. v. NASOGALUAK, 206.

2. Possession of child pornography — Elements of offence — Definition of possession — Whether possession of illegal image in computer means possession of underlying data file — Whether possession can be established even if accused did not download image — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 4(3), 163.1(4).

R. v. MORELLI, 253.

3. Search warrant — Validity — Police obtaining warrant to search accused's computer — Pornographic pictures involving children found and accused convicted of possession of child pornography — Whether there were reasonable grounds to issue search warrant — Whether search warrant issued on basis of misleading, inaccurate and incomplete information.

R. v. MORELLI, 253.

4. Defences — Insanity — Unreasonable verdict — Jury's finding that accused had not made out defence of insanity — Finding not unreasonable in light of whole of evidence.

R. v. BAKER, 329.

5. Trial — Credibility of accused — Presumption of innocence — Trial judge rejecting accused's testimony in part because of "very great motive to be untruthful" in order to secure acquittal — Accused convicted — Whether trial judge's consideration of accused's "very great motive to be untruthful" undermined presumption of innocence.

R. v. LABOUCAN, 397.

6. Parties to offences — Aiding and abetting — Mens rea — Intent and knowledge components — Wilful blindness — Accused charged with several offences for his participation in kidnapping, rape and murder of young girl — Accused acquitted — Trial judge finding that mens rea for being party to offences not proven because accused did not have requisite knowledge of co-accused's intention to commit each crime — Whether trial judge erred by failing to consider accused's knowledge from perspective of doctrine of wilful blindness — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21(1)(b), (c).

R. v. BRISCOE, 411.

CRIMINAL LAW — Continued

7. Burden of proof — Reasonable doubt — Assault conviction — Whether military judge failed to apply W. (D.) principles properly.

R. v. SZCZERBANIWICZ, 455.

8. Defences — Defence of property — Wife throwing accused's diploma on floor during heated argument — Accused using force against wife to protect personal property — Accused convicted of assault — Military judge finding that accused's defence of property under s. 39(1) of Criminal Code not made out because of his use of excessive force — Whether military judge failed to properly apply relevant facts with respect to defence of property — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 39(1).

R. v. SZCZERBANIWICZ, 455.

9. Search warrants — Search of newspaper office — Whether newspaper should be given notice of application for search warrant.

R. v. NATIONAL POST, 477.

10. Charge to jury — Sufficiency of Vetrovec warning — Jailhouse informant testifying for Crown on critical aspect of its murder case against accused — Trial judge warning jury to be extremely cautious in accepting witness's evidence because of his previous convictions and drug dependency and advising them that it was "unsafe" and "dangerous" to rely on his testimony absent other supporting evidence — Warning not informing jury that witness was jailhouse informant facing charges and aware of reward offered for information about killing — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge's Vetrovec warning adequate.

R. v. HURLEY, 637.

11. Evidence — Fresh evidence — Accused seeking to adduce new evidence before Supreme Court of Canada — New evidence coming from additional police forensic testing and DNA analysis after Court of Appeal set aside accused's conviction and ordered new trial — Whether new evidence should be admitted — Whether new evidence, when taken with other evidence adduced at trial, could reasonably be expected to have affected the result.

R. v. HURLEY, 637.

12. Evidence — Admissibility — Confessions rule — Derived confessions rule — Accused's stepdaughter telling school counsellor that accused had touched her in sexually inappropriate manner — Accused apologizing to his stepdaughter in statement to police — Accused charged with sexual assault — Accused subsequently sending e-mail to former wife consenting to her travelling abroad with children — E-mail including second apology to stepdaughter — Trial judge ruling after voir

CRIMINAL LAW — Concluded

dire that statement to police was inadmissible because police officer had offered inducement by implying that accused would not be charged if he apologized — Contents of e-mail, admitted in evidence without voir dire and without objection from defence counsel, playing crucial role in trial judge's decision to convict accused — Whether trial judge erred by failing to conduct voir dire, on his own motion, to determine admissibility of e-mail — Whether e-mail inadmissible under confessions or derived confessions rules — Whether former wife can be considered a "person in authority" under confessions rule.

R. v. S.G.T., 688.

13. Mental disorder — Review Board — Remedial jurisdiction under Canadian Charter of Rights and Freedoms — Accused not criminally responsible by reason of mental disorder detained in mental health facility — Accused alleging violations of his constitutional rights and seeking absolute discharge as remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms at his disposition hearing before Review Board — Board concluding accused was a threat to public safety and not entitled to absolute discharge under Criminal Code — Whether Review Board has jurisdiction to grant absolute discharge as remedy under s. 24(1) of Charter — If so, whether accused entitled to remedy sought — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54.

R. v. CONWAY, 765.

CROWN LAW

Immunity from taxation — Real property tax — Payments made by federal Crown corporations in lieu of real property tax established by municipalities — Validity of decisions of two Crown corporations regarding calculation of their payments in lieu of real property taxes.

MONTRÉAL (CITY) v. MONTREAL PORT AUTHORITY, 427.

ENVIRONMENTAL LAW

1. Federal environmental assessment process — Comprehensive study — Scope of project — Project as proposed by mining company requiring comprehensive environmental study — Responsible authority excluding certain aspects from scope of project — Comprehensive study no longer necessary and assessment proceeding by way of screening — Whether environmental assessment should have proceeded by way of screening or comprehensive study — Whether federal environmental assessment track is determined by project as

ENVIRONMENTAL LAW — Concluded

proposed by proponent or by discretionary scoping decision of responsible authority — Meaning of the word “project” — Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 15, 21.

MININGWATCH CANADA V. CANADA (FISHERIES AND OCEANS), 6.

2. Environmental assessment — Mining project — Project situated in James Bay area of Quebec covered by treaty between Aboriginal peoples and provincial and federal governments — Treaty setting out comprehensive procedures for environmental impact assessments and providing that “a project shall not be submitted to more than one (1) impact assessment and review procedure unless such project falls within the jurisdictions of both Québec and Canada” — Project falling within provincial jurisdiction but having significant impact on fish habitat — Fisheries within federal jurisdiction — Whether only provincial environmental assessment applicable — Whether treaty excluding assessment of project under federal environmental assessment legislation — James Bay and Northern Québec Agreement, ss. 22.6.7, 22.7.1, 22.7.5 — Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) V. MOSES, 557.

EVIDENCE

Privilege — Journalist and confidential source — Document received by confidential source from anonymous sender given to journalist on condition of confidentiality — Document alleged to be forged — Search warrant and assistance order compelling production of document and envelope — Protection of confidential source — Whether guarantee of freedom of expression creates constitutionally entrenched immunity to protect journalists against compelled disclosure of confidential source — Whether confidential source protected by common law of privilege — If so, whether journalist-confidential source privilege constituted on case-by-case basis — What elements must be established and who bears burden of proof.

R. V. NATIONAL POST, 477.

LAW OF PROFESSIONS

Barristers and solicitors — Counsel’s withdrawal application — Whether, in criminal matter, court has authority to refuse to grant defence counsel’s request to withdraw because

LAW OF PROFESSIONS — Concluded

accused has not complied with financial terms of retainer — Whether oversight of lawyer’s withdrawal falls exclusively to law societies.

R. V. CUNNINGHAM, 331.

LIMITATION OF ACTIONS

Foreign arbitral award — Recognition and enforcement — Limitation period applicable to recognition and enforcement of foreign arbitration award in Alberta — Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, ss. 3, 11.

YUGRANEFT CORP. V. REXX MANAGEMENT CORP., 649.

MUNICIPAL LAW

Taxation — Real property tax — Payments made by federal Crown corporations in lieu of real property tax — Municipality establishing variable-rate property tax system — New system taking into account losses of income resulting from abolition of occupancy tax on commercial and professional premises — Two federal Crown corporations that did not previously make payments in lieu of occupancy tax deducting amount equivalent to that tax from their payments — Validity of decisions of these corporations regarding calculation of their payments in lieu of real property taxes — Payments in Lieu of Taxes Act, R.S.C. 1985, c. M-13 — Crown Corporation Payments Regulations, SOR/81-1030.

MONTREAL (CITY) V. MONTREAL PORT AUTHORITY, 427.

POLICE

Powers — Search powers — Warrantless searches conducted in conjunction with random roadside stop — Police officer finding regulatory violations after random stop of truck of accused and discovering large amount of cash bundled in small bills during search of truck cab while looking for truck’s documents — Accused subsequently arrested for possession of proceeds of crime — Search of truck trailer two hours after arrest revealed large quantity of marijuana in hidden compartment — Additional documentation relevant to provincial regulatory offences discovered next day during inventory search of truck cab — Whether police search powers exercised in manner that infringed right of accused to be secure against

POLICE — Concluded

unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. NOLET, 851.

TORTS

1. Negligence — Duty of care — Territorial government — Security company — Miners — Ongoing bitter strike at mine — Striking members of local union committing several criminal acts against mine property and replacement miners, including planting bomb in mine that killed nine miners — Surviving family members of murdered miners suing security company hired by mine owner to protect property and miners and territorial government for non-closure of mine in spite of clear knowledge of dangerous situation — Miner among first on scene of explosion also suing claiming damages for post-traumatic stress disorder — Trial judge finding both security company and government liable in negligence for failing to prevent murders — Whether security company and government owed duty of care to murdered miners — If so, whether they breached that duty.

FULLOWKA V. PINKERTON'S OF CANADA LTD., 132.

2. Negligence — Duty of care — Unions — Miners — Ongoing bitter strike at mine — Striking members of local union committing several criminal acts against mine property and replacement miners, including planting bomb in mine that killed nine miners — Surviving family members of murdered miners suing unions — Miner among first on scene of explosion also suing claiming damages for post-traumatic stress disorder — Whether trial judge erred finding that national and local unions breached their duty of care to miners — Whether national and local unions separate legal entities — Whether

TORTS — Concluded

national union directly or vicariously liable for acts of striking members of local union.

FULLOWKA V. PINKERTON'S OF CANADA LTD., 132.

3. Duty of care — Non-delegable statutory duty — Children allegedly physically and sexually abused while residing in a privately operated children's home between 1928 and 1976 — Whether Province under statutory duty to care for residents of homes.

REFERENCE RE BROOME V. PRINCE EDWARD ISLAND, 360.

4. Negligence — Duty of care — Relationship between Province and children residing in a privately operated children's home — Children allegedly physically and sexually abused while residing in home between 1928 and 1976 — Whether Province owed duty of care to children by virtue of common law, its statutory authority and responsibility or doctrine of *parens patriae* — Whether there was sufficient proximity between Province and children living in home to give rise to *prima facie* duty of care.

REFERENCE RE BROOME V. PRINCE EDWARD ISLAND, 360.

5. Vicarious liability — Fiduciary duty — Children allegedly physically and sexually abused while residing in a privately operated children's home between 1928 and 1976 — Whether sufficient control exercised over home by Province through legislative authority and statutory duties to establish vicarious liability of Province for alleged acts of physical and sexual abuse — Whether direct placement of some children in home by Province provides foundation for Province's vicarious liability — Other than Crown wards, whether Province owed fiduciary duty to residents by virtue of their being either children or residents of children's home.

REFERENCE RE BROOME V. PRINCE EDWARD ISLAND, 360.

INDEX

ACCÈS À L'INFORMATION

Accès à des documents — Exceptions — Refus du ministre de divulguer des documents relatifs à une cause pour meurtre, invoquant des exceptions prévues par la loi sur l'accès à l'information — Le droit à la liberté d'expression garanti par la Constitution protège-t-il l'accès à l'information? — Si oui, dans quelles circonstances? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14, 19, 23.

ONTARIO (SÛRETÉ ET SÉCURITÉ PUBLIQUE) C. CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION, 815.

ARBITRAGE

Sentence arbitrale étrangère — Reconnaissance et exécution — Le délai de prescription applicable à la demande de reconnaissance et d'exécution est-il contraire à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères? — Les délais de prescription sont-ils des « règles de procédure » au sens de la Convention? — Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, R.T. Can. 1986 n° 43.

YUGRANEFT CORP. C. REXX MANAGEMENT CORP., 649.

CONTRATS

Inexécution — Appel d'offres — Soumissionnaire inadmissible — Clause de non-responsabilité — Principe d'inexécution fondamentale — Appel d'offres lancé par la province pour la construction d'une route — Demande de propositions tenant seulement six entreprises pour admissibles — Acceptation par la province de la proposition d'un soumissionnaire inadmissible — Clause de non-recours protégeant la province contre toute responsabilité découlant de la participation à l'appel d'offres — La province s'est-elle rendue coupable d'inexécution du contrat issu de l'appel d'offres en considérant la proposition d'un soumissionnaire inadmissible? — Dans l'affirmative,

CONTRATS — Fin

son comportement tombait-il sous le coup de la clause de non-recours? — Dans l'affirmative, un tribunal devrait-il néanmoins refuser de faire respecter la clause en raison de son iniquité ou pour quelque autre atteinte à l'ordre public?

TERCON CONTRACTORS LTD. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (TRANSPORTS ET VOIRIE), 69.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Réparation — Processus fédéral d'évaluation environnementale — Projet tel que proposé par une société minière nécessitant une étude environnementale approfondie — Décision de l'autorité responsable d'exclure certains aspects de la portée du projet — Étude approfondie plus nécessaire et évaluation par examen préalable — Demande de contrôle judiciaire déposée par une partie représentant l'intérêt public — Décisions de fond prises par l'autorité responsable incontestée — Demande de contrôle judiciaire présentée à titre de cause type à l'égard des obligations incombant au gouvernement fédéral selon l'art. 21 de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — Cour fédérale infirmant la décision de procéder par examen préalable, annulant la décision de délivrer les permis et d'octroyer les approbations ou autorisations pour la mise en œuvre du projet et interdisant la délivrance de ces permis et l'octroi de ces approbations ou autorisations jusqu'à la réalisation d'une étude approfondie — La Cour fédérale a-t-elle accordé une réparation plus large que nécessaire? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1(3).

MINES ALERTE CANADA C. CANADA (PÊCHES ET OCÉANS), 6.

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Pouvoir discrétionnaire encadré par une loi — Pouvoir discrétionnaire d'une société d'État fédérale de déterminer le taux d'imposition qu'elle utilisera dans le calcul des paiements versés en remplacement d'impôts fonciers établis par une municipalité — Deux sociétés d'État établissant un taux d'imposition qu'elles estimaient approprié — Norme de contrôle applicable — Les règles régissant les paiements en remplacement d'impôts ont-elles été

DROIT ADMINISTRATIF — Fin

interprétées et appliquées de façon à donner ouverture à une demande de contrôle judiciaire?

MONTRÉAL (VILLE) C. ADMINISTRATION PORTUAIRE DE MONTRÉAL, 427.

3. Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Pouvoir de réparation des tribunaux administratifs suivant l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Nouvelle démarche.

R. C. CONWAY, 765.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle — Deux enfants âgés de moins de 14 ans témoignant derrière un écran en application de l'art. 486.2 du Code criminel — Témoin âgé de moins de 14 ans présumé habile à témoigner aux termes de l'art. 16.1 de la Loi sur la preuve au Canada — Les articles 486.2 et 16.1 ne portent pas atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486.2 — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.1.

R. C. J.Z.S., 3.

2. Charte des droits — Procès équitable — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle — Deux enfants âgés de moins de 14 ans témoignant derrière un écran en application de l'art. 486.2 du Code criminel — Témoin âgé de moins de 14 ans présumé habile à témoigner aux termes de l'art. 16.1 de la Loi sur la preuve au Canada — Les articles 486.2 et 16.1 ne portent pas atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486.2 — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.1.

R. C. J.Z.S., 3.

3. Charte des droits — Application — Citoyen canadien détenu par les autorités américaines à Guantanamo — Interrogatoire d'un détenu par des responsables canadiens qui savaient qu'il avait été privé de sommeil et communication du contenu des interrogatoires aux autorités américaines — Le processus en place à Guantanamo à l'époque violait-il les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne? — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à la conduite de responsables canadiens qui auraient violé les droits constitutionnels du détenu?

CANADA (PREMIER MINISTRE) C. KHADR, 44.

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

4. Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Citoyen canadien détenu par les autorités américaines à Guantanamo — Interrogatoire d'un détenu par des responsables canadiens qui savaient qu'il avait été privé de sommeil et communication du contenu des interrogatoires aux autorités américaines — La conduite des responsables canadiens a-t-elle porté atteinte aux droits du détenu à la liberté et à la sécurité de sa personne? — Si oui, l'atteinte était-elle compatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

CANADA (PREMIER MINISTRE) C. KHADR, 44.

5. Charte des droits — Réparation — Demande de rapatriement — Citoyen canadien détenu par les autorités américaines à Guantanamo — Interrogatoire d'un détenu par des responsables canadiens qui savaient qu'il avait été privé de sommeil et communication du contenu des interrogatoires aux autorités américaines — Violation des droits du détenu à la liberté et à la sécurité de sa personne garantis par la Charte canadienne des droits et libertés — Sollicitation par le détenu d'une ordonnance intimant au Canada de demander son rapatriement — La réparation demandée est-elle juste et convenable eu égard aux circonstances? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

CANADA (PREMIER MINISTRE) C. KHADR, 44.

6. Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Conduite abusive des policiers — Les policiers ont-ils employé une force excessive pour procéder à l'arrestation de l'accusé? — Dans l'affirmative, la conduite des policiers constituait-elle une violation des droits que garantit à l'accusé l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. NASOGALUAK, 206.

7. Charte des droits — Réparation — Réduction de peine — Conduite abusive des policiers — Violation des droits constitutionnels de l'accusé au cours de l'arrestation et de la détention — La réduction de peine peut-elle constituer une réparation convenable et juste sous le régime de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés en cas de violation des droits constitutionnels de l'accusé? — Les dispositions du Code criminel relatives à la détermination de la peine peuvent-elles sanctionner les atteintes aux droits constitutionnels de l'accusé? — Limites du pouvoir discrétionnaire du juge qui prononce la peine de réduire celle-ci à titre de réparation fondée sur la Charte.

R. C. NASOGALUAK, 206.

8. Charte des droits — Réparation — Exclusion de la preuve — Violation du droit de l'accusé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives — Refus de la juge du procès d'écarter la preuve en vertu de l'art. 24(2) de la Charte

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

canadienne des droits et libertés — La preuve aurait-elle dû être écartée?

R. C. BEAULIEU, 248.

9. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Validité d'un mandat de perquisition — Police ayant obtenu un mandat l'autorisant à fouiller l'ordinateur de l'accusé — Images pornographiques d'enfants trouvées, et accusé déclaré coupable de possession de pornographie juvénile — Le mandat de perquisition a-t-il été décerné sur le fondement d'une dénonciation présentant des renseignements trompeurs, inexacts et incomplets? — La fouille de l'ordinateur a-t-elle porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le cas échéant, convient-il d'écarter les éléments de preuve en vertu de l'art. 24(2) de la Charte?

R. C. MORELLI, 253.

10. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Journaliste et source confidentielle — Document reçu par une source confidentielle d'un expéditeur anonyme et transmis au journaliste sous une condition de confidentialité — Document prétendu contrefait — Mandat de perquisition et ordonnance d'assistance exigeant la production du document et de l'enveloppe — Protection de la source confidentielle — Le mandat de perquisition et l'ordonnance d'assistance sont-ils abusifs au sens de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le journal aurait-il dû être avisé de la demande de mandat de perquisition visant ses locaux?

R. C. NATIONAL POST, 477.

11. Charte des droits — Liberté d'expression — Journaliste et source confidentielle — Document reçu par une source confidentielle d'un expéditeur anonyme et transmis au journaliste sous une condition de confidentialité — Document prétendu contrefait — Mandat de perquisition et ordonnance d'assistance exigeant la production du document et de l'enveloppe — Protection de la source confidentielle — La garantie de la liberté d'expression accorde-t-elle aux journalistes une immunité constitutionnelle contre la divulgation forcée de leur source confidentielle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

R. C. NATIONAL POST, 477.

12. Peuples autochtones — Traités — La Convention de la Baie-James et du Nord québécois constitue-t-elle un traité aux fins de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982?

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MOSES, 557.

13. Charte des droits — Liberté d'expression — Limites raisonnables — Interdiction de publication — Médias contestant la constitutionnalité d'une interdiction impérative de publication prévue par la loi visant les renseignements produits lors d'une enquête sur remise en liberté provisoire — L'interdiction

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

impérative constitue-t-elle une atteinte raisonnable à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 517.

TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. C. CANADA, 721.

14. Charte des droits — Réparations — Accusé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux détenu dans un établissement de santé mentale — Accusé ayant allégué la violation de ses droits constitutionnels et demandé sa libération inconditionnelle en guise de réparation fondée sur l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Accusé ayant également demandé, à titre de réparation, qu'il soit ordonné à l'établissement de santé mentale de lui offrir un traitement en particulier — La commission d'examen a-t-elle compétence pour accorder des réparations en application de l'art. 24(1) de la Charte? — Dans l'affirmative, l'accusé a-t-il droit aux réparations demandées? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54, 672.55.

R. C. CONWAY, 765.

15. Charte des droits — Réparations — Tribunal compétent — Pouvoir de réparation des tribunaux administratifs suivant l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Nouvelle démarche.

R. C. CONWAY, 765.

16. Charte des droits — Liberté d'expression — Accès à l'information — Exceptions — Refus du ministre de divulguer des documents relatifs à une cause pour meurtre, invoquant les exceptions prévues à l'art. 14 (exécution de la loi) et à l'art. 19 (secret professionnel de l'avocat) de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée de l'Ontario — L'article 23 de la Loi porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression parce qu'il n'étend pas l'exercice de mise en balance fondé sur « l'intérêt public » aux exceptions figurant aux art. 14 et 19? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14, 19, 23.

ONTARIO (SÛRETÉ ET SÉCURITÉ PUBLIQUE) C. CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION, 815.

17. Charte des droits — Liberté d'expression — Portée — Accès aux renseignements détenus par le gouvernement — La liberté d'expression protège-t-elle l'accès à l'information? — Si oui, dans quelles circonstances? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

ONTARIO (SÛRETÉ ET SÉCURITÉ PUBLIQUE) C. CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION, 815.

18. Charte des droits — Détention arbitraire — Contrôles routiers aléatoires — L'interception au hasard du camion des accusés par la police était-elle reliée à des objectifs légitimes relevant de la réglementation routière? — L'interception au

DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin

hasard était-elle contraire aux droits constitutionnels des accusés à la protection contre la détention arbitraire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 — The Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1, art. 40.

R. C. NOLET, 851.

19. Charte des droits — Fouille et saisie — Fouilles effectuées sans mandat lors d'un contrôle routier aléatoire — Après l'interception aléatoire du camion des accusés, policier constatant des infractions aux règlements et découvrant des liasses d'argent liquide en petites coupures au cours de la fouille de la cabine du camion effectuée en vue de trouver des documents relatifs au transport routier — Accusés arrêtés subséquemment pour possession de produits de la criminalité — Fouille de la remorque effectuée deux heures après l'arrestation révélant un compartiment caché renfermant une grande quantité de marijuana — Découverte, le lendemain, d'autres documents pertinents à des infractions provinciales lors d'une fouille de la cabine du camion effectuée à des fins d'inventaire — Le camion a-t-il été intercepté à des fins légitimes liées à la circulation routière? — Le critère de « l'objectif prédominant » a-t-il pour effet d'invalider une fouille fondée sur l'application de la réglementation lorsque le policier regarde dans la cabine du camion et s'attend à y trouver des éléments de preuve d'activités criminelles ainsi que de contraventions aux règlements sur le transport routier commercial? — Le policier avait-il des motifs raisonnables et probables d'arrêter les accusés? — Les camionneurs qui font de longs trajets ont-ils, dans la cabine du camion, une attente raisonnable en matière de vie privée? — En fouillant le camion, la police a-t-elle violé les droits constitutionnels des accusés à la protection contre les fouilles et les saisies abusives? — Le cas échéant, les éléments de preuve recueillis lors de ces fouilles doivent-ils être exclus? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2) — The Highways and Transportation Act, 1997, S.S. 1997, ch. H-3.01, art. 63(5)b).

R. C. NOLET, 851.

DROIT CRIMINEL

1. Détermination de la peine — Réduction de la peine — Violation des droits constitutionnels de l'accusé — Recours à la force par des policiers au cours de l'arrestation de l'accusé — Les policiers ont-ils employé une force excessive? — Dans l'affirmative, la conduite des policiers constituait-elle une violation des droits constitutionnels de l'accusé? — Le juge qui prononce la peine peut-il tenir compte des actes répréhensibles des policiers pour réduire la peine de l'accusé? — Limites du pouvoir discrétionnaire du juge qui prononce la peine de réduire celle-ci en vertu des dispositions sur la détermination de la peine prévues au Code criminel ou en vertu de l'art. 24(1)

DROIT CRIMINEL — Suite

de la Charte canadienne des droits et libertés — Les peines infligées à l'accusé ont-elles été réduites en toute légalité?

R. C. NASOGALUAK, 206.

2. Mandat de perquisition — Validité — Police ayant obtenu un mandat l'autorisant à fouiller l'ordinateur de l'accusé — Images pornographiques d'enfants trouvées, et accusé déclaré coupable de possession de pornographie juvénile — Des motifs raisonnables justifiaient-ils la délivrance du mandat de perquisition? — Le mandat de perquisition a-t-il été décerné sur le fondement d'une dénonciation présentant des renseignements trompeurs, inexacts et incomplets?

R. C. MORELLI, 253.

3. Possession de pornographie juvénile — Éléments de l'infraction — Définition de la possession — La possession d'une image illégale dans un ordinateur s'entend-elle de la possession du fichier de données sous-jacent? — Peut-on établir la possession même si l'accusé n'a pas téléchargé l'image? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 4(3), 163.1(4).

R. C. MORELLI, 253.

4. Moyens de défense — Aliénation mentale — Verdict déraisonnable — Conclusion du jury que l'accusé n'a pas établi le bien-fondé du moyen de défense d'aliénation mentale — Conclusion non déraisonnable au regard de l'ensemble de la preuve.

R. C. BAKER, 329.

5. Procès — Crédibilité de l'accusé — Présomption d'innocence — Juge du procès rejette le témoignage de l'accusé à cause, notamment, de la « très forte raison » qu'il avait « pour ne pas dire la vérité » vu son intérêt à obtenir un acquittement — Accusé déclaré coupable — Le fait que le juge du procès ait tenu compte de la « très forte raison » qu'avait l'accusé « pour ne pas dire la vérité » a-t-il porté atteinte à la présomption d'innocence?

R. C. LABOUKAN, 397.

6. Participants aux infractions — Aide et encouragement — Mens rea — Intention et connaissance — Ignorance volontaire — Accusé inculpé de plusieurs infractions pour avoir participé à l'enlèvement, au viol et au meurtre d'une jeune fille — Accusé acquitté — Mens rea pour avoir participé à des infractions non établie selon le juge du procès parce que l'accusé n'avait pas la connaissance requise de l'intention qu'avait le coaccusé de commettre chacun des crimes — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de considérer la connaissance qu'avait l'accusé du point de vue de la doctrine de l'aveuglement volontaire? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1)b), c).

R. C. BRISCOE, 411.

DROIT CRIMINEL — Suite

7. Fardeau de la preuve — Doute raisonnable — Déclaration de culpabilité pour voies de fait — Le juge militaire a-t-il mal appliqué les principes énoncés dans *W. (D.)*?

R. C. SZCZEBANIWICZ, 455.

8. Moyens de défense — Défense d'un bien — Diplôme de l'accusé lancé par terre par son épouse durant une violente querelle — Usage de la force contre l'épouse par l'accusé pour protéger ses biens — Accusé déclaré coupable de voies de fait — Juge militaire concluant que le moyen de défense des biens prévu à l'art. 39(1) du Code criminel n'a pas été établi en raison de l'usage d'une force excessive par l'accusé — Le juge militaire a-t-il mal appliqué les faits pertinents au moyen de défense invoqué? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 39(1).

R. C. SZCZEBANIWICZ, 455.

9. Mandats de perquisition — Perquisition dans les bureaux d'un journal — Le journal aurait-il dû être avisé de la demande de mandat de perquisition visant ses locaux?

R. C. NATIONAL POST, 477.

10. Exposé au jury — Caractère adéquat de la mise en garde de type *Vetrovec* — Dénonciateur sous garde ayant témoigné sur un aspect capital de la thèse de meurtre plaidée par le ministère public contre l'accusé — Directives du juge du procès aux jurés leur conseillant de faire montre d'une très grande prudence avant d'accepter la déposition du témoin vu les condamnations antérieures de ce dernier et la pharmacodépendance dont il souffrait et les prévenant qu'il était « risqué » et « dangereux » d'ajouter foi à son témoignage, à moins qu'il ne soit corroboré par d'autres éléments de preuve — Mise en garde ne précisant pas au jury que le témoin était un dénonciateur sous garde qui faisait l'objet d'accusations et savait qu'une récompense était offerte pour des renseignements concernant le meurtre — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — La mise en garde de type *Vetrovec* faite par le juge du procès était-elle adéquate?

R. C. HURLEY, 637.

11. Preuve — Nouvel élément de preuve — Accusé sollicitant l'autorisation de produire des éléments de preuve supplémentaires devant la Cour suprême du Canada — Éléments de preuve supplémentaires provenant de nouvelles analyses criminalistiques et génétiques effectuées par la police après que la Cour d'appel eut annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès — Convient-il d'accepter les éléments de preuve supplémentaires? — Peut-on raisonnablement penser que, conjugués aux autres éléments produits au procès, les éléments de preuve supplémentaires auraient influé sur le résultat?

R. C. HURLEY, 637.

DROIT CRIMINEL — Fin

12. Preuve — Admissibilité — Règle des confessions — Règle des confessions dérivées — Belle-fille de l'accusé déclarant à la conseillère scolaire que celui-ci s'est livré à des attouchements sexuels sur elle — Accusé présentant des excuses à sa belle-fille dans une déclaration faite à la police — Accusé inculpé d'agression sexuelle — Accusé envoyant par la suite un courriel à son ancienne épouse dans lequel il consent à ce qu'elle voyage à l'étranger avec les enfants — Courriel comprenant un second message d'excuses destiné à la belle-fille — Décision du juge du procès après le voir-dire selon laquelle la déclaration à la police était inadmissible parce qu'il y avait eu incitation de la part du policier en ce qu'il avait laissé entendre à l'accusé qu'il ne serait pas inculpé s'il présentait ses excuses — Rôle crucial du contenu du courriel, admis en preuve sans voir-dire et sans objection de la part de l'avocat de la défense, dans la décision du juge de déclarer l'accusé coupable — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne tenant pas d'office un voir-dire pour déterminer l'admissibilité du courriel? — Le courriel est-il inadmissible selon la règle des confessions ou la règle des confessions dérivées? — L'ancienne épouse peut-elle être considérée comme étant une « personne en autorité » selon la règle des confessions?

R. C. S.G.T., 688.

13. Troubles mentaux — Commission d'examen — Pouvoir de réparation suivant la Charte canadienne des droits et libertés — Accusé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux détenu dans un établissement de santé mentale — Accusé ayant allégué la violation de ses droits constitutionnels et demandé sa libération inconditionnelle en guise de réparation fondée sur l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés lors de l'audience tenue par la commission d'examen — Commission d'examen concluant que l'accusé mettrait en péril la sécurité du public et n'a pas droit à la libération inconditionnelle suivant le Code criminel — La commission d'examen avait-elle le pouvoir d'accorder la libération inconditionnelle à titre de réparation fondée sur l'art. 24(1) de la Charte? — Dans l'affirmative, l'accusé avait-il droit à la réparation demandée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54.

R. C. CONWAY, 765.

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

1. Processus fédéral d'évaluation environnementale — Étude approfondie — Portée du projet — Projet tel que proposé par une société minière nécessitant une étude environnementale approfondie — Décision de l'autorité responsable d'exclure certains aspects de la portée du projet — Étude approfondie plus nécessaire et évaluation par examen préalable — L'évaluation environnementale aurait-elle dû s'effectuer sous forme d'examen

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT — Fin

préalable ou sous forme d'étude approfondie? — La voie à suivre pour l'évaluation environnementale fédérale est-elle déterminée en fonction du projet tel qu'il est proposé par le promoteur ou en fonction de la décision que prend l'autorité responsable en vertu de son pouvoir discrétionnaire de définir la portée du projet? — Sens du mot « projet » — Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 15, 21.

MINES ALERTE CANADA C. CANADA (PÊCHES ET OCÉANS), 6.

2. Évaluation environnementale — Projet d'exploitation minière — Projet situé à la Baie-James, au Québec, dans le territoire visé par la convention intervenue entre des peuples autochtones et les gouvernements provincial et fédéral — Convention établissant des procédures exhaustives pour l'évaluation des répercussions environnementales et prévoyant qu'« un projet ne peut être soumis à plus d'un processus d'évaluation et d'examen des répercussions à moins que ledit projet relève à la fois de la compétence du Canada et du Québec » — Projet ressortissant à la compétence provinciale mais ayant des répercussions importantes sur l'habitat du poisson — Pêcheries relevant de la compétence fédérale — Le processus provincial d'évaluation est-il le seul applicable? — La convention écarte-t-elle l'évaluation d'un projet sous le régime des dispositions fédérales sur l'évaluation environnementale? — Convention de la Baie-James et du Nord québécois, art. 22.6.7, 22.7.1, 22.7.5 — Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MOSES, 557.

DROIT DE LA COURONNE

Immunité fiscale — Impôt foncier — Paiements versés par les sociétés d'État fédérales en remplacement de l'impôt foncier établi par les municipalités — Validité des décisions prises par deux sociétés d'État au sujet du calcul de leurs paiements versés en remplacement d'impôts fonciers.

MONTRÉAL (VILLE) C. ADMINISTRATION PORTUAIRE DE MONTRÉAL, 427.

DROIT DES AUTOCHTONES

1. Traités — Évaluation environnementale — Projet d'exploitation minière — Projet situé à la Baie-James, au Québec, dans le territoire visé par la convention intervenue entre des peuples autochtones et les gouvernements provincial et fédéral — Convention établissant des procédures exhaustives pour l'évaluation des répercussions environnementales et prévoyant

DROIT DES AUTOCHTONES — Fin

qu'« un projet ne peut être soumis à plus d'un processus d'évaluation et d'examen des répercussions à moins que ledit projet relève à la fois de la compétence du Canada et du Québec » — Projet ressortissant à la compétence provinciale mais ayant des répercussions importantes sur l'habitat du poisson — Pêcheries relevant de la compétence fédérale — Le processus provincial d'évaluation est-il le seul applicable? — La convention écarte-t-elle l'évaluation d'un projet sous le régime des dispositions fédérales sur l'évaluation environnementale? — Convention de la Baie-James et du Nord québécois, art. 22.6.7, 22.7.1, 22.7.5 — Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MOSES, 557.

2. Traités — Traités modernes — Interprétation.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MOSES, 557.

DROIT DES PROFESSIONS

Avocats et procureurs — Requête de l'avocat pour cesser d'occuper — En matière pénale, le tribunal peut-il rejeter la requête pour cesser d'occuper présentée par l'avocat de la défense parce que l'accusé n'a pas respecté les conditions financières du mandat? — Le droit de regard sur la cessation d'occuper appartient-il seulement aux barreaux?

R. C. CUNNINGHAM, 331.

DROIT MUNICIPAL

Fiscalité — Impôt foncier — Paiements versés par les sociétés d'État fédérales en remplacement de l'impôt foncier — Municipalité établissant un régime d'impôt foncier à taux variés — Nouveau régime tenant compte des pertes de revenus résultant de l'abolition de la taxe d'occupation sur les locaux commerciaux et professionnels — Deux sociétés d'État fédérales qui ne payaient pas auparavant de paiement de remplacement pour la taxe d'occupation déduisant de leurs paiements l'équivalent fiscal de cette taxe — Validité des décisions prises par ces sociétés au sujet du calcul de leurs paiements versés en remplacement d'impôts fonciers — Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts, L.R.C. 1985, ch. M-13 — Règlement sur les paiements versés par les sociétés d'état, DORS/81-1030.

MONTRÉAL (VILLE) C. ADMINISTRATION PORTUAIRE DE MONTRÉAL, 427.

POLICE

Pouvoirs — Pouvoirs en matière de fouilles — Fouilles effectuées sans mandat lors d'un contrôle routier aléatoire — Après l'interception aléatoire du camion des accusés, policier constatant des infractions aux règlements et découvrant des liasses d'argent liquide en petites coupures au cours de la fouille de la cabine du camion effectuée en vue de trouver des documents relatifs au transport routier — Accusés arrêtés subséquentement pour possession de produits de la criminalité — Fouille de la remorque effectuée deux heures après l'arrestation révélant une grande quantité de marijuana dans un compartiment caché — Découverte, le lendemain, d'autres documents pertinents à des infractions aux règlements provinciaux lors d'une fouille de la cabine du camion effectuée à des fins d'inventaire — Les pouvoirs des policiers en matière de fouille ont-ils été exercés en violation du droit des accusés à la protection contre les fouilles et les saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. NOLET, 851.

PRESCRIPTION DES ACTIONS

Sentence arbitrale étrangère — Reconnaissance et exécution — Délai de prescription applicable à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères en Alberta — Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 3, 11.

YUGRAINEFT CORP. C. REXX MANAGEMENT CORP., 649.

PREUVE

Privilège — Journaliste et source confidentielle — Document reçu par une source confidentielle d'un expéditeur anonyme et transmis au journaliste sous une condition de confidentialité — Document prétendu contrefait — Mandat de perquisition et ordonnance d'assistance exigeant la production du document et de l'enveloppe — Protection de la source confidentielle — La garantie de la liberté d'expression accorde-t-elle aux journalistes une immunité constitutionnelle contre la divulgation forcée de leur source confidentielle? — La source confidentielle est-elle protégée par les règles de common law régissant le privilège? — Dans l'affirmative, le privilège du secret des sources confidentielles des journalistes est-il reconnu au cas par cas? — Quels éléments doivent être établis et à qui en incombe le fardeau?

R. C. NATIONAL POST, 477.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Négligence — Obligation de diligence — Gouvernement territorial — Entreprise de sécurité — Mineurs — Dure grève dans une mine — Grévistes membres du syndicat local ayant commis plusieurs infractions criminelles contre les biens de la mine et les mineurs de remplacement, dont un attentat à la bombe qui a tué neuf mineurs — Poursuite par les membres survivants de la famille des mineurs tués contre l'entreprise de sécurité embauchée par la propriétaire de la mine pour protéger les biens et les mineurs et contre le gouvernement territorial pour ne pas avoir fermé la mine malgré sa connaissance manifeste du danger — Poursuite en dommages-intérêts pour trouble de stress post-traumatique par un mineur parmi les premiers arrivés sur les lieux de l'explosion — Juge du procès déclarant l'entreprise de sécurité et le gouvernement responsables pour avoir fait preuve de négligence en ne prévenant pas les meurtres — L'entreprise de sécurité et le gouvernement avaient-ils une obligation de diligence envers les mineurs tués? — Dans l'affirmative, ont-ils manqué à cette obligation?

FULLOWKA C. PINKERTON'S OF CANADA LTD., 132.

2. Négligence — Obligation de diligence — Syndicats — Mineurs — Dure grève dans une mine — Grévistes membres du syndicat local ayant commis plusieurs infractions criminelles contre les biens de la mine et les mineurs de remplacement, dont un attentat à la bombe qui a tué neuf mineurs — Poursuite contre les syndicats par les membres survivants de la famille des mineurs tués — Poursuite en dommages-intérêts pour trouble de stress post-traumatique par un mineur parmi les premiers arrivés sur les lieux de l'explosion — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant que les syndicats national et local avaient manqué à leur obligation de diligence envers les mineurs? — Les syndicats national et local constituaient-ils une seule entité? — Le syndicat national était-il responsable, directement ou du fait d'autrui, pour les actes des grévistes membres du syndicat local?

FULLOWKA C. PINKERTON'S OF CANADA LTD., 132.

4. Négligence — Obligation de diligence — Relation entre la province et des enfants résidant dans un foyer pour enfants sous administration privée — Enfants alléguant avoir subi des violences physiques ou des sévices sexuels entre 1928 et 1976 alors qu'ils résidaient au foyer — La province avait-elle envers les enfants une obligation de diligence découlant de la common law, des pouvoirs et responsabilités que lui attribuait la loi ou de la doctrine *parens patriae*? — Le lien de proximité entre la province et les enfants était-il suffisant pour donner naissance à une obligation de diligence *prima facie*?

RENVOI RELATIF À BROOME C. ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD, 360.

5. Obligation de diligence — Obligation intransmissible d'origine législative — Enfants alléguant avoir subi des violences physiques ou des sévices sexuels entre 1928 et 1976 alors

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE — Fin

qu'ils résidaient dans un foyer pour enfants sous administration privée — La province avait-elle envers les résidents des foyers une obligation de diligence d'origine législative?

RENOI RELATIF À BROOME C. ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD, 360.

6. Responsabilité du fait d'autrui — Obligation fiduciaire — Enfants alléguant avoir subi des violences physiques ou des sévices sexuels entre 1928 et 1976 alors qu'ils résidaient dans un foyer pour enfants sous administration privée — La province exerçait-elle, en raison de sa compétence législative et de ses obligations légales, un contrôle suffisant sur le foyer pour que sa responsabilité du fait d'autrui soit établie pour les violences physiques et les sévices sexuels allégués? — Le fait que la province ait placé directement certains enfants au foyer peut-il fonder sa responsabilité du fait d'autrui? — La province avait-elle, envers les résidents du foyer qui n'étaient pas des pupilles de l'État, une obligation fiduciaire du fait qu'ils étaient des enfants ou des résidents du foyer pour enfants?

RENOI RELATIF À BROOME C. ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD, 360.

TRIBUNAUX

1. Compétence — Prérogative royale en matière de relations internationales — Pouvoir des tribunaux d'examiner les questions relatives aux affaires étrangères et d'intervenir à leur égard pour s'assurer de la constitutionnalité de l'action de l'exécutif.

CANADA (PREMIER MINISTRE) C. KHADR, 44.

2. Compétence — Requête de l'avocat pour cesser d'occuper — En matière pénale, le tribunal peut-il rejeter la requête pour cesser d'occuper présentée par l'avocat de la défense parce que l'accusé n'a pas respecté les conditions financières du mandat?

R. C. CUNNINGHAM, 331.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to.
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>