



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2009 Vol. 1

1^{er} cahier, 2009 Vol. 1

Cited as [2009] 1 S.C.R. 3-293

Renvoi [2009] 1 R.C.S. 3-293

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

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR

Legal Counsel / Conseillers juridiques
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR

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
JACQUES GAGNÉ

Jurilinguists / Jurilinguistes
MARIE RODRIGUE

ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET
MONIQUE GROULX

Technical Revisors / Réviseurs techniques
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT

ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
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

DesRochers v. Canada (Industry) 194

Constitutional law — Charter of Rights — Official languages — Communications by public with federal institutions — Right of members of public to be served by federal institutions in official language of their choice — Content of duty to provide equal services in both official languages — Community economic development services provided in both official languages, but principle of linguistic equality not adhered to — Situation corrected by time application for court remedy against federal institution heard — Whether Federal Court of Appeal erred in holding that no remedy other than costs should be granted — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 20(1) — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), Part IV.

Official languages — Communications with and services to public — Content of duty to provide services of equal quality in both official languages — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 20(1) — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), Part IV.

Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada 222

Aboriginal law — Crown — Fiduciary duty — Management of oil and gas royalties — Indian bands surrendering mineral rights on reserves to Crown — Crown holding bands' oil and gas royalties in Consolidated Revenue Fund and paying interest at rate tied to the yield on long-term government bonds but adjusted periodically — Whether Crown was obligated as fiduciary to invest oil and gas royalties — Whether Crown breached its fiduciary obligations in way in which it calculated and paid interest on royalties — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 61 to 69 — Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11, ss. 2 "public money", 17(1), 21(1), 90(1)(b) — Indian Oil and Gas Act, R.S.C. 1985, c. I-7, s. 4(1).

Unjust enrichment — Crown — Management of Indian bands' oil and gas royalties — Statutory scheme requiring Crown to hold bands' oil and gas royalties in Consolidated Revenue Fund and to pay interest — Whether Crown was unjustly enriched by making use of bands' royalties and setting interest rate paid to bands.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Money management provisions of Indian Act precluding investment of Indian moneys by Crown — Provisions creating distinction between Indians and non-Indians — Whether distinction creating disadvantage by perpetuating prejudice and stereotyping — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 61 to 68.

Continued on next page

SOMMAIRE

Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada 222

Droit des Autochtones — Couronne — Obligation fiduciaire — Gestion de redevances pétrolières et gazières — Bandes indiennes ayant cédé à la Couronne leurs droits sur les minéraux de leurs réserves — Redevances pétrolières et gazières des bandes déposées dans le Trésor et intérêts payés par la Couronne à un taux lié au rendement des obligations à long terme du gouvernement, mais rajusté périodiquement — La Couronne avait-elle l'obligation fiduciaire d'investir les redevances pétrolières et gazières? — Par la manière dont elle a fixé et payé l'intérêt sur les redevances, la Couronne a-t-elle manqué à ses obligations fiduciaires? — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 61 à 69 — Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 2 « fonds publics », 17(1), 21(1), 90(1)(b) — Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, L.R.C. 1985, ch. I-7, art. 4(1).

Enrichissement injustifié — Couronne — Gestion des redevances pétrolières et gazières des bandes indiennes — Régime législatif exigeant de la Couronne qu'elle détienne dans le Trésor les redevances pétrolières et gazières des bandes et qu'elle verse de l'intérêt — La Couronne s'est-elle injustement enrichie en utilisant les redevances et en fixant le taux de l'intérêt versé aux bandes?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Dispositions pertinentes de la Loi sur les Indiens empêchant la Couronne d'investir l'argent des Indiens — Dispositions établissant une distinction entre Indiens et non-Indiens — La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 61 à 68.

DesRochers c. Canada (Industrie) 194

Droit constitutionnel — Charte des droits — Langues officielles — Communications entre les administrés et les institutions fédérales — Droit du public d'être servi par les institutions fédérales dans la langue officielle de son choix — Contenu de l'obligation de fournir des services égaux dans les deux langues officielles — Services de développement économique communautaires fournis dans les deux langues officielles, mais non respect du principe de l'égalité linguistique — Situation corrigée au moment de l'audition du recours judiciaire contre l'institution fédérale — La Cour d'appel fédérale a-t-elle fait erreur en concluant qu'il n'y avait pas lieu d'accorder d'autre réparation que les dépens? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 20(1) — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), partie IV.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Lipson v. Canada 3

Taxation — Income tax — Tax avoidance — Series of transactions — Series of transactions beginning with wife borrowing money to purchase shares in family corporation and leading to husband deducting interest on the couple's home mortgage loan — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny tax benefits — Whether series of transactions results in abuse and misuse of one or more provisions of Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Suppl.), s. 245(4).

R. v. Khela 104

Criminal law — Charge to jury — Sufficiency of Vetrovec warning — Content of warning — Evidence of unsavoury witnesses introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Whether charge adequately instructed jury about unreliability of unsavoury witnesses' testimony and degree of scrutiny to be applied in weighing their testimony — Whether charge adequately instructed jury about type of evidence capable of supporting unsavoury witnesses' testimony — Whether confirming evidence must be independent and material.

Criminal law — Charge to jury — Inferences of innocence — Circumstantial evidence and proven facts — Whether trial judge erred by instructing jury that inferences of innocence can only be drawn from evidence based on proven facts — If so, whether Court of Appeal erred by applying curative proviso.

R. v. McNeil 66

Criminal law — Evidence — Production — Crown's duty to disclose — Corollary police obligation to disclose to Crown — Accused charged with drug-related offences — Crown's main police witness involved in drug-related misconduct leading to disciplinary proceedings and criminal charges — Accused sought production of arresting officer's police disciplinary records and criminal investigation files — Whether common law production regime for third party records applicable only in cases where these records attract reasonable expectation of privacy — Whether criminal investigation files relating to third party accused attract reasonable expectation of privacy — Whether police records relating to findings of misconduct by officer involved in investigation against accused fall within scope of first party disclosure package from police to Crown.

R. v. Smith 146

Criminal law — Charge to jury — Sufficiency of Vetrovec warning — Content of warning — Evidence of accomplices

SOMMAIRE (Suite)

Langues officielles — Communications avec le public et prestation des services — Contenu de l'obligation de fournir des services de qualité égale dans les deux langues officielles — Charte canadienne des droits et libertés, art. 20(1) — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), partie IV.

Lipson c. Canada 3

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Série d'opérations — Série d'opérations allant de l'emprunt contracté par l'épouse pour l'achat d'actions de l'entreprise familiale à la déduction par le mari de l'intérêt payé sur le prêt hypothécaire contracté pour l'achat de la résidence du couple — La règle générale anti-évitement s'applique-t-elle de façon à supprimer les avantages fiscaux? — La série d'opérations entraîne-t-elle un abus dans l'application d'une ou de plusieurs dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 245(4).

R. c. Khela 104

Droit criminel — Exposé au jury — Suffisance de la mise en garde de type Vetrovec — Contenu de la mise en garde — Dépositions de témoins douteux présentées au procès par le ministère public — Accusés déclarés coupables de meurtre au premier degré — L'exposé au jury a-t-il adéquatement renseigné le jury sur la non-fiabilité des dépositions des témoins douteux et sur l'examen rigoureux auquel il faut soumettre ces dépositions? — L'exposé au jury a-t-il adéquatement renseigné le jury sur le type de preuve pouvant étayer la déposition d'un témoin douteux? — La preuve corroborante doit-elle être indépendante et substantielle?

Droit criminel — Exposé au jury — Inférences d'innocence — Preuve circonstancielle et faits établis — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en informant le jury qu'il ne pouvait tirer des inférences d'innocence qu'à partir de la preuve fondée sur des faits établis? — Dans l'affirmative, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant la disposition réparatrice?

R. c. McNeil 66

Droit criminel — Preuve — Production — Obligation du ministère public de communiquer la preuve — Obligation corollaire de la police de communiquer la preuve au ministère public — Accusé inculpé d'infractions relatives aux stupéfiants — Policier témoin principal du ministère public a fait preuve d'inconduite relative aux stupéfiants à l'origine de procédures disciplinaires et d'accusations criminelles — Accusé a demandé la production des dossiers disciplinaires et des dossiers d'enquête criminelle du policier qui a procédé à son arrestation — Le régime de common law de production de dossiers en la possession

CONTENTS (Concluded)

introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Whether trial judge erred in warning given to jury regarding accomplices.

R. v. Strecko 64

Criminal law — Extortion — Acquittal — Court of Appeal substituting conviction — Substitution justified.

Ravndahl v. Saskatchewan 181

Limitation of actions — Applicability of limitation periods — Constitutional challenge — Pre-Charter denial of benefits — Equality rights — Claims seeking personal relief and declarations of unconstitutionality — Whether statutory limitation periods applicable to claims for personal relief — Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, c. L-15, s. 3(1)(j).

Shafron v. KRG Insurance Brokers

(Western) Inc. 157

Contracts — Employment contracts — Restrictive covenants — Geographic scope of restrictive covenant ambiguous — Whether notional severance or rectification may be invoked to resolve ambiguity or to render unreasonable restriction reasonable.

Employment law — Fiduciary and equitable obligations — Employee leaving his employment in insurance agency to work for another agency as insurance salesman — Former employer alleging that employee breached fiduciary duty not to use confidential information and solicit its clients — Whether employee owed former employer fiduciary and equitable obligations.

SOMMAIRE (Fin)

de tiers s'applique-t-il uniquement aux cas où ces dossiers ouvrent droit à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée? — Les dossiers d'enquête criminelle relatifs à un tiers accusé ouvrent-ils droit à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée? — Les dossiers de la police sur les conclusions d'inconduite d'un policier chargé de l'enquête visant l'accusé sont-ils compris dans les renseignements que la police doit remettre au ministère public à titre de partie principale?

R. c. Smith 146

Droit criminel — Exposé au jury — Suffisance de la mise en garde de type *Vetrovec* — Contenu de la mise en garde — Témoignages de complices présentés au procès par le ministère public — Accusés déclarés coupables de meurtre au premier degré — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans la mise en garde qu'il a adressée au jury à propos des complices?

R. c. Strecko 64

Droit criminel — Extorsion — Acquittement — Substitution par la Cour d'appel d'un verdict de culpabilité — Substitution justifiée.

Ravndahl c. Saskatchewan 181

Prescription — Applicabilité des délais de prescription — Contestation constitutionnelle — Refus de prestations survenu avant l'entrée en vigueur de la Charte — Droits à l'égalité — Demandes visant des réparations personnelles et des déclarations d'inconstitutionnalité — Les délais de prescription prévus par la loi s'appliquent-ils aux demandes de réparations personnelles? — Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, ch. L-15, art. 3(1)(j).

Shafron c. KRG Insurance Brokers

(Western) Inc. 157

Contrats — Contrats de travail — Clauses restrictives — Portée géographique d'une clause restrictive ambiguë — Peut-on utiliser les théories de la divisibilité fictive ou de la rectification pour dissiper l'ambiguïté ou pour faire en sorte qu'une restriction déraisonnable devienne raisonnable?

Droit de l'emploi — Obligations fiduciaires et en equity — Employé quittant son emploi dans une agence d'assurances pour travailler comme vendeur d'assurance dans une autre agence — Allégation par l'ancien employeur d'un manquement par l'employé à son obligation fiduciaire de ne pas utiliser de renseignements confidentiels ni solliciter ses clients — L'employé avait-il des obligations fiduciaires et en equity envers son ancien employeur?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 2009

1^{er} volume, 2009

Earl Lipson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Jordan B. Lipson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: LIPSON v. CANADA

Neutral citation: 2009 SCC 1.

File No.: 32041.

2008: April 23; 2009: January 8.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income tax — Tax avoidance — Series of transactions — Series of transactions beginning with wife borrowing money to purchase shares in family corporation and leading to husband deducting interest on the couple's home mortgage loan — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny tax benefits — Whether series of transactions results in abuse and misuse of one or more provisions of Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 245(4).

The taxpayer E and his wife entered into an agreement of purchase and sale for a family residence. The wife borrowed \$562,500 from a bank to finance the purchase of shares in a family corporation. She paid the borrowed money directly to the taxpayer who transferred the shares to her. The taxpayer and his wife obtained a mortgage from a bank for \$562,500. That same day, they used the mortgage loan funds to repay the share loan in its entirety. On his 1994, 1995 and 1996 tax returns, the taxpayer deducted the interest on the mortgage loan and reported the taxable dividends

Earl Lipson *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Jordan B. Lipson *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : LIPSON c. CANADA

Référence neutre : 2009 CSC 1.

N° du greffe : 32041.

2008 : 23 avril; 2009 : 8 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Série d'opérations — Série d'opérations allant de l'emprunt contracté par l'épouse pour l'achat d'actions de l'entreprise familiale à la déduction par le mari de l'intérêt payé sur le prêt hypothécaire contracté pour l'achat de la résidence du couple — La règle générale anti-évitement s'applique-t-elle de façon à supprimer les avantages fiscaux? — La série d'opérations entraîne-t-elle un abus dans l'application d'une ou de plusieurs dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 245(4).

Le contribuable E et son épouse ont conclu un contrat d'achat et de vente d'une résidence familiale. L'épouse a contracté un emprunt bancaire de 562 500 \$ pour acheter des actions d'une entreprise familiale. Elle a versé le montant du prêt directement au contribuable, qui lui a transféré les actions. Les époux ont obtenu un prêt hypothécaire de 562 500 \$. Le même jour, ils ont affecté le montant du prêt hypothécaire au remboursement de la totalité du prêt contracté pour l'achat des actions. Dans ses déclarations de revenus pour 1994, 1995 et 1996, le contribuable a déduit l'intérêt hypothécaire et déclaré

on the shares as income when applicable. The brother of the taxpayer, J, conducted similar transactions. The Minister of National Revenue disallowed the deductions for those taxation years and reassessed the taxpayers accordingly. The Tax Court of Canada dismissed the taxpayers' appeals, holding that the series of transactions constituted a misuse of ss. 20(1)(c), 20(3), 73(1) and 74.1 of the *Income Tax Act* and the taxpayers' appeals were dismissed. The Federal Court of Appeal upheld that decision.

Held (Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

Per LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: It has long been a principle of tax law that taxpayers may order their affairs so as to minimize the amount of tax payable. However, this principle has never been absolute, and Parliament has enacted the general anti-avoidance rule ("GAAR") to limit the scope of allowable avoidance transactions while maintaining certainty for taxpayers. The GAAR denies a tax benefit where three criteria are met: the benefit arises from a transaction (ss. 245(1) and 245(2)); the transaction is an avoidance transaction as defined in s. 245(3); and the transaction results in an abuse and misuse within the meaning of s. 245(4). The taxpayer bears the burden of proving that the first two of these criteria are not met, while the burden is on the Minister to prove, on the balance of probabilities, that the avoidance transaction results in abuse and misuse within the meaning of s. 245(4). Here, all the transactions were conceded to result in two tax benefits and to be avoidance transactions. [21-23]

A two-part inquiry must be followed to determine whether a transaction results in a misuse and an abuse for the purposes of s. 245(4) of the Act. First, a court must conduct a unified textual, contextual and purposive analysis of the provisions giving rise to the tax benefit in order to determine their essential object, spirit and purpose. It is important to identify which provision is associated with each tax benefit. Here, the tax benefit of interest deductibility is associated with ss. 20(1)(c) and 20(3) and the tax benefit arising out of the use of the attribution rules by the taxpayer to reduce his income is linked with ss. 73(1) and 74.1(1). Second, a court must determine whether the avoidance transaction frustrates the object, spirit or purpose of the relevant provisions. In assessing a series of transactions, the misuse and abuse must be related to the specific transactions forming part of the series. However, the entire series of transactions should be considered in order to determine whether the individual transactions within the series abuse one or more of the provisions of the Act. Individual transactions must be viewed in the

les dividendes imposables touchés sur les actions. Son frère, J, a effectué des opérations du même type. Le ministre du Revenu national a refusé les déductions pour ces années d'imposition et établi de nouvelles cotisations en conséquence. La Cour canadienne de l'impôt a rejeté les appels des contribuables, concluant que les séries d'opérations donnaient lieu à un abus dans l'application de l'al. 20(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de ses par. 20(3) et 73(1), ainsi que de son art. 74.1. La Cour d'appel fédérale a confirmé sa décision.

Arrêt (les juges Binnie, Deschamps et Rothstein dissidents) : Les pourvois sont rejetés.

Les juges LeBel, Fish, Abella et Charron : En droit fiscal, un principe de longue date veut que le contribuable puisse organiser ses affaires de manière à réduire le plus possible l'impôt exigible. Ce principe n'a toutefois jamais été absolu, et le législateur a adopté la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») pour limiter les opérations d'évitement permises tout en respectant le besoin de certitude des contribuables. La RGAÉ supprime un avantage fiscal à trois conditions : l'avantage découle d'une opération (par. 245(1) et 245(2)), qui constitue une opération d'évitement au sens du par. 245(3) et qui entraîne un abus au sens du par. 245(4). Il appartient au contribuable de démontrer que les deux premières conditions ne sont pas remplies, et au ministre de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que l'opération d'évitement entraîne un abus au sens du par. 245(4). En l'espèce, de l'aveu des intéressés, toutes les opérations conféraient deux avantages fiscaux et constituaient des opérations d'évitement. [21-23]

Une démarche à deux volets s'impose pour déterminer si une opération entraîne un abus au sens du par. 245(4) de la Loi. Premièrement, le tribunal doit recourir à une analyse textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions conférant l'avantage fiscal afin de déterminer leur objet essentiel et leur esprit. Il importe de préciser quelle disposition législative correspond à chacun des avantages fiscaux. En l'espèce, la déductibilité de l'intérêt correspond à l'al. 20(1)c) et au par. 20(3), et l'application des règles d'attribution pour réduire le revenu du contribuable est liée aux par. 73(1) et 74.1(1). Deuxièmement, le tribunal doit déterminer si l'opération d'évitement contrecarre l'objet ou l'esprit des dispositions pertinentes. Dans le cas d'une série d'opérations, l'abus doit être lié aux opérations mêmes qui la constituent. Cependant, les opérations doivent être prises en compte dans leur ensemble pour déterminer si, individuellement, elles entraînent un abus dans l'application d'une ou de plusieurs dispositions de la Loi. Chacune des opérations doit être considérée dans le contexte de la série. Cette démarche est compatible

context of the series. This approach is consistent with the wording of the GAAR provisions, in particular with ss. 245(2) and 245(3)(b), which contemplate the denial of a tax benefit resulting from a series of transactions. Further, the use of the words “directly or indirectly” in s. 245(4), indicates that Parliament intended the GAAR to apply even where abuse is an indirect result of a transaction and consequently, that regard may be had to the series of transactions when determining whether a transaction within the series is abusive. It is preferable to refer to the “overall result” of the transactions which more accurately reflects the wording of s. 245(4), and the jurisprudence of this Court rather than “overall purpose” which may incorrectly imply that the taxpayer’s motivation or the purpose of the transaction is determinative. An avoidance purpose is needed to establish a violation of the GAAR when s. 245(3) is in issue, but is not determinative in the s. 245(4) analysis. [25-28] [33-34] [36-38]

The Minister has failed to establish that the purpose of ss. 20(1)(c) and 20(3) have been misused and abused. The series of transactions did not become problematic until the taxpayer and his wife turned to ss. 73(1) and 74.1(1), in order to obtain the result contemplated in the design of the series of transactions which resulted in the taxpayer applying his wife’s interest deduction to his own income. The attribution by operation of s. 74.1(1) that allowed the taxpayer to deduct the interest in order to reduce the tax payable on the dividend income from the shares and other income, which he would not have been able to do were the wife dealing with him at arm’s length, qualifies as abusive tax avoidance. It does not matter that s. 74.1(1) was triggered automatically when the taxpayer did not elect to opt out of s. 73(1). To allow s. 74.1(1) to be used to reduce the taxpayer’s income tax from what it would have been without the transfer to his wife frustrates the purpose of the attribution rules. The GAAR was not at issue in *Singleton*, nor was s. 74.1 of the Act, and consequently *Singleton* is distinguishable. [20] [41-42]

Here, it is not open to the Court to consider the interpretation and application of the specific anti-avoidance rule in s. 74.5(11) as it was expressly disavowed by all parties throughout the proceedings. The GAAR’s application was the focus of the appeals and was the proper basis for the reassessments of the transactions. These transactions are caught by the GAAR. Courts should avoid extending the GAAR beyond its statutory purpose. But, bearing this purpose in mind, where the language of and principles flowing from the GAAR apply to a transaction, the court should not refuse to apply it on the ground that a more specific provision — one that

avec le libellé de la RGAÉ, en particulier le par. 245(2) et l’al. 245(3)b), qui prévoit la suppression d’un avantage fiscal découlant d’une série d’opérations. En outre, l’emploi des adverbes « directement ou indirectement » au par. 245(4) traduit l’intention du législateur que la RGAÉ s’applique même lorsque l’abus résulte indirectement d’une opération et, conséquemment, qu’il soit tenu compte de la série d’opérations pour déterminer si l’une d’elles est abusive. Il est préférable de parler de l’« effet global » des opérations, ce qui correspond plus précisément au libellé du par. 245(4) et à la jurisprudence de la Cour, plutôt que de leur « objet global », ce qui pourrait impliquer à tort que la motivation du contribuable ou la fin de l’opération est décisive. Un objectif d’évitement est nécessaire pour qu’il y ait violation de la RGAÉ suivant le par. 245(3), mais son existence n’est pas décisive pour l’application du par. 245(4). [25-28] [33-34] [36-38]

Le ministre n’a pas établi l’abus de l’al. 20(1)c) et du par. 20(3) eu égard à leur objet. La série d’opérations est devenue problématique lorsque le contribuable et son épouse ont eu recours aux par. 73(1) et 74.1(1) pour atteindre l’objectif sous-tendant la série d’opérations, à savoir que le contribuable déduise de son propre revenu les intérêts que son épouse pouvait déduire du sien. L’attribution qui, par application du par. 74.1(1), a permis au contribuable de déduire l’intérêt afin de réduire l’impôt payable sur le revenu de dividendes tiré des actions et sur d’autres revenus, ce qu’il n’aurait pu faire n’eût été le lien de dépendance avec son épouse, constitue de l’évitement fiscal abusif. Il importe peu que la décision du contribuable de ne pas se soustraire à l’application du par. 73(1) ait automatiquement emporté l’application du par. 74.1(1). Permettre au contribuable de se prévaloir du par. 74.1(1) pour que son impôt sur le revenu soit inférieur à ce qu’il aurait été sans le transfert des actions à son épouse contrecarre l’objet des règles d’attribution. Dans l’affaire *Singleton*, ni la RGAÉ ni l’art. 74.1 de la Loi n’étaient en cause, de sorte qu’une distinction s’impose. [20] [41-42]

En l’espèce, la Cour ne pouvait tenir compte d’une interprétation et d’une application de la règle anti-évitement particulière prévue au par. 74.5(11) que toutes les parties avaient expressément rejetées au fil des instances. La RGAÉ était le point central des pourvois et fondait à juste titre les nouvelles cotisations. Les opérations tombent sous le coup de la RGAÉ. Les tribunaux doivent s’abstenir d’étendre la portée de la RGAÉ au-delà de l’objectif législatif sous-jacent, mais lorsque son libellé et les principes qui en découlent s’appliquent à une opération, ils ne doivent pas refuser de l’appliquer au motif qu’une disposition plus particulière que

both the Minister and the taxpayers considered to be inapplicable throughout the proceedings — might also apply to the transaction. [43-47]

Finally, in determining the tax consequences of the GAAR's application under s. 245(5), courts must be satisfied that an avoidance transaction has been found under s. 245(4), that s. 245(5) provides for the tax consequences and that they deny the tax benefits that would flow from the abusive transactions. Courts must then determine whether these tax consequences are reasonable in the circumstances. In the present case, the disallowance of the interest expense in computing the income or loss attributed to the taxpayer and allocation of that interest deduction back to his wife is a reasonable outcome. [51]

Per Binnie and Deschamps JJ. (dissenting): The GAAR is a weapon that, unless contained by the jurisprudence, could have a widespread, serious and unpredictable effect on legitimate tax planning. At the same time, the GAAR must be given a meaningful role. That role is circumscribed by the requirement in s. 245(4) that the transactions not only be shown to be “avoidance transactions”, but in addition that the Minister demonstrate that the tax benefit results from a misuse/abuse of the provisions of the *Income Tax Act* relied upon to produce it. In the present case, the Minister has failed to make such a demonstration. When the series of transactions at issue is properly characterized, it is a tax avoidance scheme that should not have been found to be abusive under the GAAR. [55] [59] [64]

Singleton illustrates the proposition that there is nothing abusive in principle for a taxpayer to rearrange his or her capital (borrowed or non-borrowed) in a tax efficient manner. The Minister is not asking the Court to revisit *Singleton*. He does not claim that GAAR would have applied in that case. The Minister acknowledges here that it is common ground that the interest was deductible. Thus, applying *Singleton*, the only question is whether the deduction becomes “abusive” when income or losses are attributed back to the transferor by the spousal attribution rules in ss. 73(1) and 74.1(1). [57-58] [60]

If the tax plan in *Singleton* is not abusive, the Minister has failed to establish that *Singleton* with a spousal twist is abusive tax avoidance either. There is nothing in the Act to discourage the transfer of property at fair market value between spouses. Indeed, by allowing a spouse to transfer property to the other spouse at the transferor's adjusted cost base, Parliament intended to make such inter-spousal transfers attractive. The Minister has failed to identify a specific policy shown to be frustrated by the taxpayer's plan as required by

le ministre et les contribuables ont tenue pour inapplicable tout au long de la procédure pourrait également s'appliquer. [43-47]

Enfin, le tribunal appelé à déterminer les attributs fiscaux de l'application de la RGAÉ suivant le par. 245(5) doit être convaincu qu'il y a opération d'évitement au sens du par. 245(4), que le par. 245(5) prévoit les conséquences fiscales et que l'avantage fiscal découlant de l'opération abusive doit être supprimé. Il doit ensuite déterminer si ces attributs fiscaux sont raisonnables dans les circonstances. En l'espèce, le refus de la déduction de l'intérêt dans le calcul du revenu ou de la perte attribué au contribuable et la réattribution de cette déduction à son épouse est une issue raisonnable. [51]

Les juges Binnie et Deschamps (dissidents) : Si son application n'est pas balisée par la jurisprudence, la RGAÉ est une arme susceptible d'avoir un effet considérable, sérieux et imprévisible sur la planification fiscale légitime. Néanmoins, elle doit jouer un rôle véritable. Ce rôle est circonscrit par l'exigence, prévue au par. 245(4), que le ministre établisse non seulement que l'opération est une « opération d'évitement », mais aussi que l'avantage fiscal découle d'un abus dans l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui sont invoquées. En l'espèce, le ministre n'a pas fait cette preuve. Correctement qualifiée, la série d'opérations constitue un stratagème d'évitement fiscal qui n'aurait pas dû être jugé abusif au sens de la RGAÉ. [55] [59] [64]

L'arrêt *Singleton* enseigne qu'il n'y a rien d'abusif en principe à ce que le contribuable réorganise son capital (emprunté ou non) de façon avantageuse sur le plan fiscal. Le ministre ne demande pas à la Cour de revenir sur cette décision. Il ne prétend pas que la RGAÉ se serait appliquée dans cette affaire. Il reconnaît que nul ne conteste la déductibilité des intérêts. Si on applique l'arrêt *Singleton*, la seule question est celle de savoir si la déduction devient « abusive » lorsque le revenu ou la perte est réattribué au cédant en application des règles d'attribution entre époux énoncées aux par. 73(1) et 74.1(1). [57-58] [60]

Si la planification fiscale n'était pas abusive dans l'affaire *Singleton*, le ministre n'a pas établi l'évitement fiscal abusif dans la présente espèce, qui se distingue uniquement par sa dimension conjugale. La Loi ne décourage pas le transfert de biens à leur juste valeur marchande entre époux. En effet, en permettant le transfert d'un bien à l'époux au prix de base rajusté pour l'auteur du transfert, le législateur a voulu rendre l'opération attrayante. Le ministre a omis de mettre au jour, comme l'exigent les arrêts *Trustco Canada* et *Kaulius*,

Canada Trustco and *Kaulius*. The approbation by the Court of the Minister's resort to vague generalities or "overriding policy" will only increase the element of uncertainty in tax planning that *Canada Trustco* and *Kaulius* sought to avoid. [59] [67]

Canada Trustco requires the Minister to identify the misuse and abuse of an "object, spirit or purpose" that is "anchored in a textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions that are relied upon for the tax benefit". By ignoring the initial sale of shares to the spouse and recharacterizing the interest payment in relation thereto as nothing more than interest on a house mortgage, and effectively arguing for a stand-alone prohibition on the deductibility of a house mortgage interest (despite *Singleton*), the Minister engages in the sort of vague appeal to "overriding policy" that *Canada Trustco* sought to eliminate from the GAAR analysis. [65]

In this case, as in *Singleton*, there was a change in the taxpayer's position with real economic substance. The share sale must be accepted as an essential part of the "series of transactions". Parliament must have contemplated that by giving taxpayers a choice under s. 73(1) in the context of an inter-spousal transfer of property, they would exercise it in a tax-minimizing manner. Far from offending the "object, spirit or purpose" of the spousal attribution rules, the taxpayer's tax plan fulfilled them, or at a minimum did not abuse them. It cannot be right that whenever a lower income spouse borrows money to purchase shares from a higher income spouse there is an abuse of the spousal attribution rules unless the transferring spouse opts out of ss. 73(1) and 74.1(1), and thereby forfeits a tax benefit clearly available under the Act. While many spouses regard themselves as forming an economic unit, the rate at which spousal units implode serves as a reminder that the economic union of marriage is neither indissoluble nor free of risk. [87] [91-93] [96]

The "overall purpose" approach which the Tax Court judge adopted, and the Federal Court of Appeal accepted, was an error of law. The principal focus in s. 245(4) is on results not purpose. While the legal relationships actually created by the taxpayer do not control the application of the GAAR, they cannot be ignored. Here, the application of the GAAR would mean paying lip service to the principle that taxpayers are entitled to arrange their affairs to minimize the amount of tax payable, without taking seriously its role in promoting consistency, predictability and fairness in the tax system. [86] [90] [98]

la politique précise que contrecarrait le stratagème du contribuable. Si la Cour permettait au ministre de s'en remettre à de vagues généralités ou à l'existence d'une « politique prépondérante », l'incertitude entourant la planification fiscale qu'elle a voulu lever en rendant ces arrêts n'en serait que plus grande. [59] [67]

Suivant l'arrêt *Trustco Canada*, le ministre doit décrire l'abus de « l'objet ou l'esprit » des dispositions « [selon] une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal ». En faisant fi de la vente initiale des actions à l'épouse, en considérant plutôt les intérêts payés à cet égard comme de simples intérêts sur le prêt hypothécaire résidentiel et en faisant effectivement valoir la non-déductibilité en soi de l'intérêt hypothécaire (malgré l'arrêt *Singleton*), le ministre s'en remet plus ou moins à une espèce de « politique prépondérante » que la Cour, dans l'arrêt *Trustco Canada*, a voulu exclure de l'analyse que commande la RGAÉ. [65]

En l'espèce, comme dans l'affaire *Singleton*, il y a eu modification réelle de la situation financière du contribuable. La vente des actions doit être reconnue comme un maillon essentiel de la « série d'opérations ». Le législateur a certainement prévu que s'il offrait un choix au par. 73(1) lors d'un transfert de biens entre époux, le contribuable s'en prévaudrait pour réduire son impôt. Loin de contrevenir à « l'objet ou l'esprit » des règles d'attribution entre époux, le stratagème du contribuable les respectait ou, du moins, n'en constituait pas un abus. Il ne saurait y avoir abus des règles d'attribution chaque fois qu'un époux dont le revenu est inférieur contracte un emprunt pour acheter des actions à un époux dont le revenu est supérieur, sauf dans le cas où l'auteur du transfert se soustrait à l'application des par. 73(1) et 74.1(1) et renonce ainsi à l'avantage fiscal que prévoit clairement la Loi. Bien des couples se considèrent comme des unités économiques, mais les nombreuses ruptures rappellent que l'union économique issue du mariage n'est ni indissoluble ni exempte de risques. [87] [91-93] [96]

L'interprétation fondée sur l'« objet global » adoptée par la Cour de l'impôt, puis entérinée par la Cour d'appel fédérale, constituait une erreur de droit. Pour les besoins du par. 245(4), l'accent est mis principalement sur le résultat, et non sur l'objet. Les rapports juridiques créés par le contribuable ne sont pas déterminants pour l'application de la RGAÉ, mais ils ne peuvent être ignorés. En l'espèce, appliquer la RGAÉ équivaut à invoquer pour la forme le principe suivant lequel le contribuable peut organiser ses affaires de façon à payer le moins d'impôt possible, sans prendre son rôle au sérieux en ce qui concerne la cohérence, la prévisibilité et l'équité du régime fiscal. [86] [90] [98]

Per Rothstein J. (dissenting): There was no abuse of ss. 20(1)(c) and 20(3) of the Act. There is no reason why a taxpayer may not arrange his or her affairs so as to finance personal assets out of equity and income earning assets out of debt. With respect to the taxpayer's use of s. 74.1(1), ss. 245(2) and 245(4) require that all other relevant provisions of the Act be read before the Minister may have recourse to the GAAR. This Court held in *Canada Trustco* that the GAAR is a provision of last resort. If there is a specific anti-avoidance rule that precludes the use of an enabling rule to avoid or reduce tax, then the GAAR will not apply. The Minister did have other recourse in this case. Section 74.5(11) is a specific anti-avoidance rule that precludes the use of the attribution rules where one of the main reasons for the transfer of property was to reduce the amount of tax that would be payable on the income derived from the property. Here, one of the main reasons for the transfer of shares to the wife was to reduce or eliminate the dividend income on the shares. Therefore because s. 74.5(11) applied, s. 245 did not apply, and could not be relied upon by the Minister. The Minister should have resorted to s. 74.5(11) in order to reassess the taxpayer in respect of his use of s. 74.1(1). The Minister's failure to invoke s. 74.5(11) is fatal to his reassessment in respect of s. 74.1(1). The Minister cannot preemptively rely on the GAAR to address the alleged abusive use of s. 74.1(1) as if s. 74.5(11) did not exist. The fact that the parties did not rely on s. 74.5(11) — either as the basis for reassessment or as the reason why the Minister's claim should fail — does not change the fact that the section applies in law. If the Minister had reassessed the taxpayer by use of the relevant specific anti-avoidance provision, s. 74.5(11), then the tax benefit that resulted from the taxpayer's use of the attribution rules would have been precluded. The Minister could not invoke the GAAR to reassess in respect of the taxpayer's use of s. 74.1. [100] [102] [104-105] [108-110] [114-115] [118] [122] [124]

Cases Cited

Cited by LeBel J.

Distinguished: *Singleton v. Canada*, 2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046, aff'g [1999] 4 F.C. 484; **referred to:** *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643; *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Placer*

Le juge Rothstein (dissident) : Il n'y a pas eu d'abus de l'al. 20(1)c) et du par. 20(3) de la Loi. Rien ne s'oppose à ce qu'un contribuable organise ses affaires de façon à acquérir un bien personnel grâce à un financement par actions et un bien productif de revenus grâce à un financement par emprunt. En ce qui concerne l'application du par. 74.1(1) au bénéfice du contribuable, les par. 245(2) et (4) exigent du ministre qu'il prenne en compte toutes les autres dispositions pertinentes de la Loi avant d'avoir recours à la RGAÉ. La Cour a statué dans l'arrêt *Trustco Canada* que la RGAÉ est une disposition de dernier recours. Lorsqu'une règle anti-évitement particulière interdit au contribuable de se prévaloir de la disposition habilitante pour se soustraire entièrement ou partiellement à l'impôt, la RGAÉ ne s'applique pas. Le ministre disposait d'autres moyens en l'espèce. Le paragraphe 74.5(11) constitue une règle anti-évitement particulière faisant obstacle à l'application des règles d'attribution lorsque l'un des principaux motifs du transfert d'un bien est la réduction de l'impôt payable sur le revenu tiré du bien. En l'espèce, l'un des principaux motifs du transfert des actions à l'épouse était de réduire ou de neutraliser le revenu de dividendes tiré des actions. Étant donné que le par. 74.5(11) s'appliquait, l'art. 245 ne s'appliquait donc pas et ne pouvait être invoqué par le ministre. Ce dernier aurait dû se fonder sur le par. 74.5(11) pour établir la nouvelle cotisation eu égard à l'application du par. 74.1(1). Son omission de le faire porte un coup fatal à cette nouvelle cotisation. Le ministre ne peut décider d'emblée de s'en remettre plutôt à la RGAÉ pour réprimer le recours abusif au par. 74.1(1), comme si le par. 74.5(11) n'existait pas. Le fait que les parties ne l'ont pas invoqué pour établir la nouvelle cotisation ou pour justifier le rejet de la thèse du ministre n'empêche pas le par. 74.5(11) de s'appliquer en droit. Si la nouvelle cotisation visant le contribuable avait été établie sur le fondement de la disposition anti-évitement particulière applicable — le par. 74.5(11) —, l'avantage fiscal issu de l'utilisation des règles d'attribution aurait été écarté. Le ministre ne pouvait invoquer la RGAÉ pour établir une nouvelle cotisation à l'égard de l'utilisation de l'art. 74.1 par le contribuable. [100] [102] [104-105] [108-110] [114-115] [118] [122] [124]

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Distinction d'avec l'arrêt : *Singleton c. Canada*, 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046, conf. [1999] 4 C.F. 484; **arrêts mentionnés :** *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643; *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of*

Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance), 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, 2001 SCC 62, [2001] 2 S.C.R. 1082; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627.

Cited by Binnie J. (dissenting)

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Singleton v. Canada*, 2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046; *Jabs Construction Ltd. v. The Queen*, 99 D.T.C. 729; *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643.

Cited by Rothstein J. (dissenting)

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 18(1)(a), (h), 20, 73(1), 74.1 to 74.5, 245.

Authors Cited

Ahmed, Firoz, and Cassandra Priede. “Case Comment — *Lipson v. Canada*” (2007), 17 *Can. Curr. Tax* 77.
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2006.
 McDonnell, Thomas E. “The Relevance of ‘Overall Purpose’ in a GAAR Analysis” (2007), 55 *Can. Tax J.* 720.
 Thivierge, Manon. “GAAR Redux: After Canada Trustco”, in *Report of Proceedings of the Fifty-Eighth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 2007, 4:1.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Décary, Noël and Sexton J.J.A.), 2007 FCA 113, [2007] 4 F.C.R. 641, 280 D.L.R. (4th) 714, 361 N.R. 191, [2007] 3 C.T.C. 110, 2007 D.T.C. 5172, [2007] F.C.J. No. 402 (QL), 2007 CarswellNat 640, affirming a decision of Bowman C.J.T.C., 2006 TCC 148, [2006] 3 C.T.C. 2494, 2006 D.T.C. 2687, [2006] T.C.J. No. 174 (QL), 2006 CarswellNat 982. Appeals dismissed, Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting.

Edwin G. Kroft and Rosemarie Wertschek, Q.C., for the appellants.

Westminster, [1936] A.C. 1; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, 2001 CSC 62, [2001] 2 R.C.S. 1082; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Singleton c. Canada*, 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046; *Jabs Construction Ltd. c. La Reine*, 1999 CanLII 520; *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 18(1)a), h), 20, 73(1), 74.1 à 74.5, 245.

Doctrine citée

Ahmed, Firoz, and Cassandra Priede. « Case Comment — *Lipson v. Canada* » (2007), 17 *Can. Curr. Tax* 77.
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9th ed. Toronto : Thomson/Carswell, 2006.
 McDonnell, Thomas E. « The Relevance of “Overall Purpose” in a GAAR Analysis » (2007), 55 *Rev. fisc. can.* 720.
 Thivierge, Manon. « GAAR Redux : After Canada Trustco », dans *Report of Proceedings of the Fifty-Eighth Tax Conference*. Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 2007, 4:1.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Décary, Noël et Sexton), 2007 CAF 113, [2007] 4 R.C.F. 641, 280 D.L.R. (4th) 714, 361 N.R. 191, [2007] 3 C.T.C. 110, 2007 D.T.C. 5172, [2007] A.C.F. n^o 402 (QL), 2007 CarswellNat 2257, qui a confirmé une décision du juge en chef Bowman, 2006 CCI 148, [2006] 3 C.T.C. 2494, 2006 D.T.C. 2687, [2006] A.C.I. n^o 174 (QL), 2006 CarswellNat 982. Pourvois rejetés, les juges Binnie, Deschamps et Rothstein sont dissidents.

Edwin G. Kroft et Rosemarie Wertschek, c.r., pour les appelants.

Wendy Burnham and Daniel Bourgeois, for the respondent.

The judgment of LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] These consolidated appeals raise the issue of what constitutes abusive tax avoidance for the purposes of the general anti-avoidance rule (“GAAR”) provided for in the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*” or “*Act*”). More specifically at issue is whether a series of transactions beginning with a wife borrowing money to purchase shares in a family corporation and leading to the husband deducting the interest on the couple’s home mortgage loan results in an abuse and misuse of one or more provisions of the *Act*,* as contemplated in s. 245(4) of the *ITA*.

[2] The framework for identifying abusive tax avoidance was set out in the cases of *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, and *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643 (“*Kaulius*”). In those companion cases, the Court held that, for the purposes of s. 245(4), abusive tax avoidance occurs where the impugned transaction frustrates the object, spirit or purpose of one or more of the provisions relied on by the taxpayer.

[3] For the reasons that follow, I agree with the courts below that the respondent has established abusive tax avoidance. The GAAR applies to one of the transactions within the series and can accordingly be used to deny one of the tax benefits sought by the appellants. As a result, the appeals should be dismissed.

II. Facts

[4] These appeals were heard on the basis of a statement of agreed facts and conclusion, on which

* The relevant provisions of the *Income Tax Act* are reproduced in the Appendix.

Wendy Burnham et Daniel Bourgeois, pour l’intimée.

Version française du jugement des juges LeBel, Fish, Abella et Charron rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Dans les présents pourvois réunis, notre Cour est appelée à se prononcer sur ce qui constitue de l’évitement fiscal abusif aux fins de la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* » ou « *Loi* »). Plus particulièrement, elle doit décider si une série d’opérations, allant de l’emprunt contracté par l’épouse pour l’achat d’actions de l’entreprise familiale à la déduction par le mari de l’intérêt payé sur le prêt hypothécaire contracté pour l’achat de la résidence du couple, constitue un abus dans l’application d’une ou de plusieurs dispositions de la *Loi** au sens du par. 245(4) de la *LIR*.

[2] Dans les arrêts connexes *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 (« *Trustco Canada* »), et *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643 (« *Kaulius* »), notre Cour a établi le cadre d’analyse qui permet de déterminer s’il y a ou non évitement fiscal abusif. Ainsi, pour l’application du par. 245(4), il y a évitement fiscal abusif lorsque l’opération en cause va à l’encontre de l’objet ou de l’esprit d’une ou de plusieurs des dispositions invoquées par le contribuable.

[3] Pour les motifs qui suivent, je conviens avec les tribunaux inférieurs que l’intimée a prouvé l’évitement fiscal abusif. La RGAÉ s’applique à l’une des opérations de la série et peut donc permettre de supprimer l’un des avantages fiscaux réclamés par les appelants. Les pourvois sont donc rejetés.

II. Faits

[4] Les pourvois ont été entendus à partir d’un document appelé [TRADUCTION] « exposé conjoint

* Les dispositions pertinentes de la *Loi de l’impôt sur le revenu* sont reproduites dans l’annexe.

I will rely in reviewing the relevant facts. The appellant Earl Lipson (“Mr. Lipson”) conducted a series of transactions whose purpose, he concedes, was to minimize his income tax. He also concedes that his transactions were avoidance transactions within the meaning of s. 245(3) of the *ITA*. First, in April 1994, Mr. Lipson and his wife, Jordanna Lipson (“Mrs. Lipson”), entered into an agreement of purchase and sale for a family residence in Toronto. The purchase price was \$750,000. On August 31, 1994, Mrs. Lipson borrowed \$562,500 from the Bank of Montreal to finance the purchase at fair market value of 20 and 5/6 shares in Lipson Family Investments Limited, a family corporation. Mrs. Lipson did not earn enough income to pay the interest on this loan (the “share loan”) and the bank would not have lent it to her on an unsecured basis but for the fact that Mr. Lipson had agreed to repay the loan in its entirety the following day. Mrs. Lipson paid the borrowed money directly to her husband, who transferred the shares to her. It should be noted that the brother of Earl Lipson, the appellant Jordan B. Lipson, conducted similar transactions. It was agreed in the courts below that the outcome in Earl Lipson’s appeal would be dispositive of his brother’s appeal. In this Court, the two appeals were consolidated and continued as one appeal in file No. 32041.

[5] Mr. and Mrs. Lipson obtained a mortgage from the Bank of Montreal for \$562,500 (the “mortgage loan”), which was advanced on the closing date of September 1, 1994. They were joint chargers under the mortgage. That same day, they used the mortgage loan funds to repay the share loan in its entirety.

[6] Mr. Lipson relied on four provisions of the *ITA* to claim a deduction of the mortgage loan interest on his 1994, 1995 and 1996 tax returns. The first was s. 73(1), pursuant to which a taxpayer may defer tax on interspousal transfers of property. Mr. Lipson did not elect out of this provision, as he was entitled to do. As a result, the transfer of shares from him to his wife was deemed to have occurred at his adjusted cost base rather than at

des faits et conclusion » sur lequel je m’appuie pour résumer les faits pertinents. L’appellant Earl Lipson (« M. Lipson ») a effectué une série d’opérations dans le but avoué de réduire son impôt sur le revenu. Il reconnaît en outre que ses opérations constituaient des opérations d’évitement au sens du par. 245(3) de la *LIR*. En avril 1994, M. Lipson et son épouse, Jordanna (« M^{me} Lipson »), ont convenu d’acheter une résidence familiale à Toronto au prix de 750 000 \$. Le 31 août 1994, M^{me} Lipson a emprunté à la Banque de Montréal la somme de 562 500 \$ pour acheter à leur juste valeur marchande 20 actions et 5/6 de l’entreprise familiale Lipson Family Investments Limited. Elle ne touchait pas un revenu suffisant pour payer l’intérêt sur le prêt, et la banque ne lui aurait pas prêté l’argent sans garantie si son mari ne s’était pas engagé à rembourser le lendemain la totalité de la somme empruntée. M^{me} Lipson a versé le montant du prêt directement à son mari, qui lui a transféré les actions. Signalons que le frère de M. Lipson, Jordan B. Lipson, a effectué des opérations du même type. Les parties ont convenu devant les tribunaux inférieurs que l’issue de l’appel interjeté par M. Lipson vaudrait également pour celui formé par son frère. Notre Cour a réuni les deux appels dans un seul correspondant au dossier n^o 32041.

[5] M. et M^{me} Lipson ont obtenu de la Banque de Montréal un prêt hypothécaire dont le montant de 562 500 \$ leur a été versé à la date de transfert de la propriété, soit le 1^{er} septembre 1994. Les époux se portaient codébiteurs hypothécaires. Le même jour, ils ont affecté le montant du prêt hypothécaire au remboursement de la totalité du prêt contracté pour l’achat des actions.

[6] M. Lipson a invoqué quatre articles de la *LIR* pour déduire l’intérêt hypothécaire dans ses déclarations de revenus pour 1994, 1995 et 1996 dont, en premier lieu, le par. 73(1), qui permet au contribuable de reporter l’impôt sur le transfert de biens entre époux. M. Lipson n’a pas soustrait les biens en cause à l’application de cette disposition comme il lui était permis de le faire. Par conséquent, le transfert de ses actions à son épouse est réputé avoir eu

fair market value, such that he neither sustained a loss nor realized a gain on the sale.

[7] Second, s. 74.1 attributes any income or loss from property transferred from one spouse to another back to the transferring spouse for tax purposes. Thus, although Mrs. Lipson owned the shares acquired from her husband, the dividend income and losses were attributed to Mr. Lipson.

[8] The third provision, although the shares were paid for with the proceeds of the share loan rather than the mortgage loan, was s. 20(3), which allows a deduction for interest on money borrowed to repay previously borrowed money if the interest on the original loan is deductible. As the Tax Court judge noted, the purpose of this provision is to facilitate refinancing (2006 TCC 148, [2006] 3 C.T.C. 2494, at para. 20). The mortgage loan was therefore treated as having funded the share purchase.

[9] Finally, Mr. Lipson deducted the interest on the mortgage loan pursuant to s. 20(1)(c), which permits the deduction of interest on money borrowed “for the purpose of earning income from a business or property”. It is not in dispute that the shares in Lipson Family Investments Limited were income-producing assets for Mrs. Lipson and that, were it not for the attribution rule of s. 74.1, she would be entitled, under s. 20(1)(c), to deduct the interest on the money borrowed to purchase the shares. As a result of that attribution rule, however, the dividend income and the interest expense were attributed to Mr. Lipson.

[10] On his 1994, 1995 and 1996 tax returns, Mr. Lipson deducted the interest on the mortgage loan and reported the taxable dividends on the shares as income where applicable. The Minister of National Revenue (“Minister”) disallowed the interest expenses of \$12,948.19, \$47,370.55 and \$44,572.95, respectively, for those years and reassessed Mr. Lipson accordingly. The Minister originally disallowed the deductions on the basis that the true

lieu au prix de base rajusté, pour lui, plutôt qu’à la juste valeur marchande, de sorte qu’il n’a pas subi de perte ni réalisé de gain lors de la vente.

[7] Deuxièmement, aux fins de l’impôt, l’art. 74.1 a pour effet de réattribuer à l’auteur du transfert tout revenu ou perte provenant du bien transféré d’un conjoint à l’autre. Même si M^{me} Lipson était propriétaire des actions achetées à son époux, le revenu de dividendes et les pertes étaient donc attribués à son mari.

[8] La troisième disposition invoquée, même si les actions ont été payées grâce au prêt contracté pour leur achat, et non grâce au prêt hypothécaire, correspond au par. 20(3), qui autorise la déduction de l’intérêt sur l’argent emprunté pour rembourser un emprunt antérieur lorsque l’intérêt sur le prêt initial est déductible. Comme le fait remarquer le juge de la Cour canadienne de l’impôt (« Cour de l’impôt »), cette disposition vise à faciliter le refinancement (2006 CCI 148, [2006] A.C.I. n^o 174 (QL), par. 20). Le prêt hypothécaire était donc réputé avoir servi à l’achat des actions.

[9] Enfin, M. Lipson a déduit l’intérêt hypothécaire en application de l’al. 20(1)(c), qui autorise la déduction de l’intérêt sur l’argent emprunté « en vue de tirer un revenu d’une entreprise ou d’un bien ». Nul ne conteste que les actions de Lipson Family Investments Limited constituaient des biens productifs de revenu pour M^{me} Lipson et que, n’eût été la règle d’attribution, l’épouse aurait pu déduire, suivant l’al. 20(1)(c), l’intérêt sur l’argent emprunté pour acheter les actions. Toutefois, par application de cette règle prévue à l’art. 74.1, le revenu de dividendes et les frais d’intérêts ont été attribués à M. Lipson.

[10] Dans ses déclarations de revenus pour 1994, 1995 et 1996, M. Lipson a déduit l’intérêt hypothécaire et déclaré les dividendes imposables versés sur les actions. Le ministre du Revenu national (« ministre ») a refusé la déduction des frais d’intérêts s’élevant respectivement à 12 948,19 \$, 47 370,55 \$ et 44 572,95 \$ pour les trois années d’imposition et il a établi de nouvelles cotisations en conséquence. Initialement, il a refusé les

economic purpose for which the borrowed money was used was not to earn income and that the interest was therefore not deductible under s. 20(1)(c) of the *ITA*. However, by the time the case reached the Tax Court of Canada, this Court had rejected the “true economic purpose” approach in *Singleton v. Canada*, 2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046, aff’g [1999] 4 F.C. 484. The Minister therefore argued the case on the basis of the GAAR set out in s. 245 of the *ITA* and submitted that the series of transactions amounted to abusive tax avoidance.

III. Judicial History

[11] The appellants appealed the Minister’s reassessments to the Tax Court of Canada. The only issue at trial was whether the transactions, which the parties agreed were avoidance transactions resulting in a tax benefit, constituted abusive tax avoidance and were prohibited by the GAAR. Bowman C.J.T.C. relied on the approach to the GAAR set out by this Court in *Canada Trustco* and *Kaulius*. He held that “[t]he overall purpose as well as the use to which each individual provision was put was to make interest on money used to buy a personal residence deductible” (para. 23). He emphasized this overall purpose in relation to the purposes of each of the provisions in question and found that the series of transactions resulted in a misuse of ss. 20(1)(c), 20(3), 73(1) and 74.1 of the *ITA* (para. 23). He therefore dismissed the appeals.

[12] On appeal to the Federal Court of Appeal, the appellants claimed that Bowman C.J.T.C. had erred by relying on the overall purpose of the series of transactions in concluding that the transactions resulted in a misuse of specific *ITA* provisions. They added that Bowman C.J.T.C. had relied on the economic purpose and substance of the transactions, which is not the test for interest deductibility under s. 20(1)(c). The proper approach, according to the appellants, would have been to assess each transaction, and the resulting legal relationships, separately, in which case the court could find no abuse

déductions au motif que la véritable fin économique à laquelle l’argent emprunté avait été utilisé n’était pas la production d’un revenu, de sorte que l’intérêt n’était pas déductible suivant l’al. 20(1)c) de la *LIR*. Toutefois, avant que la Cour de l’impôt ne soit saisie de l’affaire, dans l’arrêt *Singleton c. Canada*, 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046, conf. [1999] 4 C.F. 484, notre Cour a écarté le critère de la « véritable fin économique ». Le ministre a donc invoqué la RGAÉ prévue à l’art. 245 de la *LIR* et soutenu que la série d’opérations constituait de l’évitement fiscal abusif.

III. Historique judiciaire

[11] Les appelants ont interjeté appel des nouvelles cotisations devant la Cour de l’impôt. La seule question en litige était celle de savoir si les opérations, qui de l’aveu des appelants constituaient des opérations d’évitement conférant un avantage fiscal, donnaient lieu à un évitement fiscal abusif et tombaient sous le coup de la RGAÉ. Recourant à la méthode d’application de la RGAÉ retenue par notre Cour dans les arrêts *Trustco Canada* et *Kaulius*, le juge en chef Bowman a conclu que « [l’]objet global, de même que l’usage qui a été fait de chaque disposition visaient à rendre déductibles les intérêts sur l’argent utilisé pour acheter une résidence personnelle » (par. 23). Il a insisté sur l’importance de l’objet global des opérations au regard de l’objet de chacune de ces dispositions et il a conclu que les séries d’opérations donnaient lieu à un abus dans l’application de l’al. 20(1)c) de la *LIR*, de ses par. 20(3) et 73(1), ainsi que de son art. 74.1 (par. 23). Il a donc rejeté les appels.

[12] Devant la Cour d’appel fédérale, les appelants ont plaidé que le juge en chef Bowman avait eu tort de se fonder sur l’objet global des séries d’opérations pour conclure à l’abus dans l’application de certaines dispositions de la *LIR*. Ils ont fait valoir que le juge en chef Bowman avait tenu compte de la fin et de la raison d’être économiques des opérations, ce qui ne correspondait pas au critère applicable à la déductibilité de l’intérêt pour les besoins de l’al. 20(1)c). Selon eux, il fallait considérer séparément chacune des opérations ainsi que les rapports juridiques qui en avaient résulté, ce qui

and misuse of the provisions. They argued that this approach was consistent with the Supreme Court's rulings in *Canada Trustco* and *Kaulius*.

[13] Noël J.A. agreed that, viewed separately and without regard to the overall purpose of the scheme, no single one of the transactions appeared abusive (2007 FCA 113, [2007] 4 F.C.R. 641, at para. 33). However, he concluded that *Bowman C.J.T.C.* was entitled to consider the transactions as a series. Indeed, both ss. 245(2) and 245(3)(b) contemplate the denial of a tax benefit resulting from a "series of transactions". Further, Noël J.A. quoted para. 46 of *Kaulius*, in which this Court spoke of assessing the "object, spirit or purpose" of the provision "in light of the series of transactions". He concluded that "the series cannot be ignored in conducting the abuse analysis" for the purposes of the GAAR (para. 45). He held that it had been open to *Bowman C.J.T.C.* to find, as he did, that the transactions resulted in a misuse of several provisions of the *ITA*. He dismissed the appeals.

IV. Analysis

A. *Issues and Positions of the Parties*

[14] The appellants submit that the Minister has not established that abusive tax avoidance had occurred. They point out that it is not disputed that the share purchase transaction was a *bona fide*, legal transaction in which Mrs. Lipson acquired shares in Lipson Family Investments Limited. She earned income on those shares and, were it not for s. 74.1 of the *ITA*, would have been required to report that income for tax purposes but would, pursuant to s. 20(1)(c), have been entitled to deduct the interest paid on the money borrowed to purchase those shares. The purpose of s. 20(1)(c) is to encourage the accumulation of income-producing assets. The fact that the applicability of this provision depends on tracing (i.e., of the actual use of the borrowed funds) rather than on apportionment or ordering (based on assumptions about use) means that the

ne permettait pas de conclure à l'abus dans l'application des dispositions en cause. À leur avis, cette démarche était compatible avec celle préconisée par notre Cour dans les arrêts *Trustco Canada* et *Kaulius*.

[13] Le juge Noël a reconnu que, considérées séparément et sans égard à l'objet global du stratagème, les opérations ne semblaient pas abusives (2007 CAF 113, [2007] 4 C.F. 641, par. 33). Toutefois, il a conclu qu'on ne pouvait reprocher au juge en chef *Bowman* d'avoir considéré les opérations comme faisant partie d'une série. Le libellé du par. 245(2) et celui de l'al. 245(3)(b) renvoient en effet à la suppression d'un avantage fiscal découlant d'une « série d'opérations ». De plus, le juge Noël cite le par. 46 de l'arrêt *Kaulius* où notre Cour dit qu'il convient de considérer « l'objet ou l'esprit » de la disposition « à la lumière de la série d'opérations ». Il a donc estimé que « la série ne peut être ignorée quand on se demande s'il y a eu abus de la disposition » suivant la RGAÉ (par. 45). Il a statué qu'il était permis au juge en chef *Bowman* de conclure comme il l'avait fait qu'un abus dans l'application de plusieurs dispositions de la *LIR* avait découlé des opérations. Il a rejeté les appels.

IV. Analyse

A. *Questions en litige et thèses des parties*

[14] Les appelants soutiennent que le ministre n'a pas prouvé l'évitement fiscal abusif. Ils font remarquer que nul ne conteste que l'opération d'achat d'actions constituait une opération juridique véritable par laquelle M^{me} Lipson a fait l'acquisition d'actions de Lipson Family Investments Limited. La contribuable a tiré de ces actions un revenu qu'elle aurait dû déclarer n'eût été l'art. 74.1 de la *LIR*, mais en application de l'al. 20(1)(c) — qui vise à encourager l'accumulation de biens productifs de revenu —, elle aurait pu déduire l'intérêt payé sur l'argent emprunté pour acheter les actions. Comme l'applicabilité de l'al. 20(1)(c) dépend de l'affectation des fonds empruntés (soit leur utilisation réelle), et non de leur répartition (fondée sur des présomptions d'utilisation), la disposition s'intéresse aux rapports juridiques, et non à la véritable fin économique de

provision is concerned with legal relationships rather than with the true economic purpose of the transaction or series of transactions (Appellants' Factum, at paras. 72-76). This principle was confirmed in *Singleton*, where a taxpayer was effectively permitted to deduct his home mortgage interest under s. 20(1)(c) because the direct use of the funds in issue was to acquire an income-producing asset, not to purchase a house. Therefore, the transactions in that case did not frustrate the purpose of s. 20(1)(c).

[15] Similarly, according to the appellants, the purposes of the other three provisions on which they rely are not frustrated. Section 20(3) contemplates the refinancing of a loan, and that was what the Lipsons did in using the mortgage loan to pay off the share loan. Section 73(1) applies automatically unless the taxpayer opts out, and s. 74.1 also applies automatically if the taxpayer does not elect out of s. 73(1). The provisions operated as intended. It would have been a misuse had they *not* applied.

[16] The appellants argue that the courts below erred in their analysis of the GAAR by relying on the "overall purpose" of the transactions, since an "overall purpose" test is not part of the inquiry under s. 245(4). Further, to the extent that "overall purpose" is synonymous with "true economic purpose", this Court rejected the application of such a test under s. 20(1)(c) in *Singleton* and stated in *Canada Trustco* that "economic substance" is not determinative in the inquiry under s. 245(4) (*Canada Trustco*, at paras. 57 and 59). The effect of adopting an "overall purpose" test under s. 245(4) would be to cause uncertainty and inconsistency for taxpayers.

[17] The respondent, on the other hand, submits that the appellants' approach effectively reads the GAAR out of the *ITA*. The very purpose of the GAAR is to negate arrangements that would result

l'opération ou de la série d'opérations (mémoire des appelants, par. 72-76). Notre Cour l'a d'ailleurs confirmé dans l'affaire *Singleton*, où l'al. 20(1)c) autorisait effectivement le contribuable à déduire l'intérêt sur son prêt hypothécaire résidentiel parce qu'il avait affecté la somme empruntée directement à l'acquisition d'un bien productif de revenu, et non d'une résidence. Les opérations en question n'allaient donc pas à l'encontre de l'objet de l'al. 20(1)c).

[15] Dans le même ordre d'idées, les appelants font valoir que les opérations respectent l'objet des trois autres dispositions invoquées. Le paragraphe 20(3) porte sur le refinancement d'un prêt, et c'est ce que les Lipson ont fait en remboursant le prêt contracté pour l'achat des actions avec le montant du prêt hypothécaire. Le paragraphe 73(1) s'applique automatiquement à moins que le contribuable ne soustraie le bien à son application, et l'art. 74.1 s'applique lui aussi automatiquement si le contribuable ne soustrait pas le bien à l'application du par. 73(1). Les dispositions ont joué de la manière prévue. Il y aurait eu abus si elles *ne* s'étaient *pas* appliquées.

[16] Les appelants soutiennent que les tribunaux inférieurs ont appliqué erronément la RGAÉ en se fondant sur l'« objet global » des opérations, car l'« objet global » ne constitue pas un critère aux fins du par. 245(4). De plus, dans la mesure où « objet global » est synonyme de « véritable fin économique », dans l'arrêt *Singleton*, notre Cour a écarté ce critère pour les besoins de l'al. 20(1)c) et, dans l'arrêt *Trustco Canada*, elle a opiné que la « raison d'être économique » n'est pas déterminante dans l'analyse que commande le par. 245(4) (*Trustco Canada*, par. 57 et 59). Le recours au critère de l'« objet global » pour l'application du par. 245(4) donnerait lieu à des décisions contradictoires et serait source d'incertitude pour les contribuables.

[17] L'intimée prétend pour sa part que la thèse des appelants fait abstraction de l'existence de la RGAÉ. Or, cette règle de la *LIR* vise précisément à invalider un mécanisme qui, « sans le présent

in a tax benefit “but for this section” (s. 245(2)). In other words, even if the provision being relied on allows a tax benefit, this does not preclude the transaction from being abusive under s. 245(4) of the Act.

[18] A contextual and purposive approach to the GAAR, as is mandated by *Canada Trustco* and *Kaulius*, requires a court to consider the purpose of each provision relied on and whether that purpose was defeated by the transaction or series of transactions. According to the respondent, such an analysis leads inevitably to the conclusion that to allow the interest to be deducted in the case at bar would frustrate the purpose of the provisions being relied on. Specifically, the deduction of mortgage interest frustrates the purpose of s. 20(1)(c) because personal expenses such as home mortgage interest are not deductible under s. 20(1)(c), as is clear from ss. 18(1)(a) and 18(1)(h) of the *ITA*. Such a deduction also frustrates s. 74.1, because that provision is aimed at preventing income splitting. Section 74.1 is an anti-avoidance provision, but it was used here precisely to avoid tax. It cannot be consistent with the object, spirit or purpose of s. 20(1)(c), s. 73(1) or s. 74.1 to permit one spouse to deduct interest on money borrowed to fund a personal expense for the benefit of both spouses. The respondent therefore submits that the courts below were correct in finding that the transactions were prohibited by the GAAR.

B. *Applicability of the Singleton Case to the Present Situation*

[19] As I mentioned above, the appellants consider this Court’s decision in *Singleton* to weigh in their favour because of its focus on legal relationships. The Minister concedes that, were it not for the GAAR, Mr. Lipson could properly deduct the interest expense under s. 20(1)(c) (Statement of Agreed Facts and Conclusion, at para. 15). If, as in *Singleton*, the issue in the instant case were whether the deduction was properly available under s. 20(1)(c), the Minister’s concession would be fatal.

[20] However, neither the GAAR nor s. 74.1 of the *ITA* was at issue in *Singleton*, so the present

article [l’art. 245] », conférerait un avantage fiscal (par. 245(2)). En d’autres termes, même si la disposition invoquée accorde un avantage fiscal, l’opération peut être abusive au sens du par. 245(4) de la Loi.

[18] Suivant l’analyse contextuelle et téléologique de la RGAÉ que commandent les arrêts *Trustco Canada* et *Kaulius*, il faut examiner l’objet de chacune des dispositions invoquées puis déterminer si l’opération ou la série d’opérations respecte cet objet. Pour l’intimée, la démarche mène inéluctablement à la conclusion que la déduction de l’intérêt en l’espèce contrecarre l’objet des dispositions invoquées. Plus précisément, la déduction de l’intérêt hypothécaire est incompatible avec l’objet de l’al. 20(1)c), car les frais personnels, tel l’intérêt sur un prêt hypothécaire résidentiel, ne sont pas déductibles en application de cet alinéa, comme le confirment les al. 18(1)a) et h) de la *LIR*. Elle est également contraire à l’art. 74.1, dont la raison d’être est d’empêcher le fractionnement du revenu. Il s’agit d’une disposition anti-évitement, mais elle a été utilisée précisément pour soustraire le revenu à l’impôt. Permettre à un époux de déduire l’intérêt sur l’argent emprunté pour effectuer une dépense personnelle bénéficiant aux deux époux ne saurait être conforme à l’objet ou à l’esprit de l’al. 20(1)c), du par. 73(1) ou de l’art. 74.1. L’intimée prétend donc que les tribunaux inférieurs ont eu raison de conclure que les opérations tombaient sous le coup de la RGAÉ.

B. *Applicabilité en l’espèce de l’arrêt Singleton*

[19] Les appelants, je le rappelle, estiment que l’arrêt *Singleton* appuie leur thèse en ce qu’il met l’accent sur les rapports juridiques. Le ministre reconnaît que sans la RGAÉ, M. Lipson aurait pu à bon droit déduire l’intérêt sur le fondement de l’al. 20(1)c) (exposé conjoint des faits et conclusion, par. 15). Si, comme dans l’affaire *Singleton*, la question en litige s’entendait de la déductibilité suivant cet alinéa, l’aveu du ministre serait fatal.

[20] Or, dans l’affaire *Singleton*, ni la RGAÉ ni l’art. 74.1 de la *LIR* n’étaient en cause, de sorte

case is distinguishable. By treating *Singleton* as dispositive of the present appeals, the appellants in effect read the GAAR out of the *ITA*.

C. *Interpretation of Tax Statutes and the Principle of Minimizing Tax Liability*

[21] It has long been a principle of tax law that taxpayers may order their affairs so as to minimize the amount of tax payable (*Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)). This remains the case. However, the *Duke of Westminster* principle has never been absolute, and Parliament enacted s. 245 of the *ITA*, known as the GAAR, to limit the scope of allowable avoidance transactions while maintaining certainty for taxpayers (*Canada Trustco*, at para. 15). In brief, the GAAR denies a tax benefit where three criteria are met: the benefit arises from a transaction (ss. 245(1) and 245(2)); the transaction is an avoidance transaction as defined in s. 245(3); and the transaction results in an abuse and misuse within the meaning of s. 245(4). The taxpayer bears the burden of proving that the first two of these criteria are not met, while the burden is on the Minister to prove, on the balance of probabilities, that the avoidance transaction results in abuse and misuse within the meaning of s. 245(4).

[22] The appellants argue that the courts below erred by disregarding the existence of two tax benefits stemming from the series of transactions. They contend and concede that the series of transactions involves two tax benefits: Mrs. Lipson's entitlement to the interest deduction and the actual deduction of that interest from Mr. Lipson's income by application of the attribution rules (see Transcript, at pp. 9, 10 and 17). I would add that, as specified in *Canada Trustco*, at para. 19, the existence of a tax benefit is a factual determination best left to the Tax Court judge. However, in the case at bar, the Tax Court judge did not clearly decide whether the series of transactions created more than one tax benefit. This Court must therefore make that determination. I agree that the GAAR analysis should be conducted in respect of each of those tax benefits. The appellants sought an overall result, that is, the

qu'une distinction s'impose. En tenant l'arrêt *Singleton* pour déterminant en l'espèce, les appelants font en réalité abstraction de la présence de la RGAÉ dans la *LIR*.

C. *Interprétation de dispositions fiscales et principe de la réduction de l'obligation fiscale*

[21] En droit fiscal, un principe de longue date veut que le contribuable puisse organiser ses affaires de manière à réduire le plus possible l'impôt exigible (*Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)). Ce principe, qui vaut toujours, n'a jamais été absolu. Aussi, le législateur a adopté l'art. 245 de la *LIR* — la RGAÉ — pour limiter les opérations d'évitement permises tout en respectant le besoin de certitude des contribuables (*Trustco Canada*, par. 15). En résumé, la RGAÉ supprime un avantage fiscal à trois conditions : l'avantage découle d'une opération (par. 245(1) et 245(2)), qui constitue une opération d'évitement au sens du par. 245(3) et qui entraîne un abus au sens du par. 245(4). Il appartient au contribuable de démontrer que les deux premières conditions ne sont pas remplies, et au ministre de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que l'opération d'évitement entraîne un abus au sens du par. 245(4).

[22] Les appelants prétendent que les tribunaux inférieurs ont eu tort de faire fi de l'existence des deux avantages fiscaux découlant de la série d'opérations. Ils soutiennent et reconnaissent que la série d'opérations confère deux avantages fiscaux : la déductibilité de l'intérêt par M^{me} Lipson et la déduction de cet intérêt du revenu de M. Lipson par le jeu des règles d'attribution (transcription, p. 9, 10 et 17). Je préciserais que dans l'arrêt *Trustco Canada*, notre Cour a affirmé au par. 19 que l'existence d'un avantage fiscal reste une question de fait que la Cour de l'impôt est plus à même de trancher. Cependant, dans la présente affaire, cette dernière n'a pas clairement statué que la série d'opérations conférerait un seul avantage fiscal ou plusieurs. Notre Cour doit donc en décider. Je conviens que chacun de ces avantages fiscaux doit faire l'objet d'une analyse au regard de la RGAÉ. Les appelants

deduction of the interest payments on the mortgage from their income. Nevertheless, the legal analysis required by the GAAR cannot stop at this level. Its focus must be on the individual benefits — which may in combination have led to the overall result — in the context of the series of transactions.

[23] Mr. Lipson concedes that all the transactions were avoidance transactions (see Statement of Agreed Facts and Conclusion, at para. 16). Therefore, the issue before us is whether any of the transactions result in a misuse and an abuse having regard to the provisions the taxpayers have relied on.

[24] The GAAR is set out in s. 245 of the *ITA*. The provision at issue in the present case, s. 245(4), reads as follows:

Subsection (2) [i.e. the denial of a tax benefit] applies to a transaction only if it may reasonably be considered that the transaction

(a) would, if this Act were read without reference to this section, result directly or indirectly in a misuse of the provisions of any one or more of

- (i) this Act,
- (ii) the *Income Tax Regulations*,
- (iii) the *Income Tax Application Rules*,
- (iv) a tax treaty, or
- (v) any other enactment that is relevant in computing tax or any other amount payable by or refundable to a person under this Act or in determining any amount that is relevant for the purposes of that computation; or

(b) would result directly or indirectly in an abuse having regard to those provisions, other than this section, read as a whole.

[25] In other words, a taxpayer will not be denied a tax benefit resulting from an avoidance transaction unless that transaction directly or indirectly results in the abuse and misuse of provisions of the

recherchaient un effet global, à savoir la déduction de l'intérêt hypothécaire de leur revenu. L'analyse juridique que commande la RGAÉ ne peut cependant pas s'arrêter là. Elle doit s'attacher aux avantages individuels — dont le cumul a pu permettre d'obtenir l'effet global — dans le contexte de la série d'opérations.

[23] M. Lipson reconnaît que les opérations étaient toutes des opérations d'évitement (voir exposé conjoint des faits et conclusion, p. 16). Par conséquent, la question à trancher est celle de savoir si l'une ou l'autre des opérations a entraîné un abus dans l'application des dispositions invoquées par les contribuables.

[24] La RGAÉ est énoncée à l'art. 245 de la *LIR*. La disposition en litige, le par. 245(4), est rédigée comme suit :

Le paragraphe (2) [c.-à-d. la suppression d'un avantage fiscal] ne s'applique qu'à l'opération dont il est raisonnable de considérer, selon le cas :

a) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, s'il n'était pas tenu compte du présent article, un abus dans l'application des dispositions d'un ou de plusieurs des textes suivants :

- (i) la présente loi,
- (ii) le *Règlement de l'impôt sur le revenu*,
- (iii) les *Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu*,
- (iv) un traité fiscal,
- (v) tout autre texte législatif qui est utile soit pour le calcul d'un impôt ou de toute autre somme exigible ou remboursable sous le régime de la présente loi, soit pour la détermination de toute somme à prendre en compte dans ce calcul;

b) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, un abus dans l'application de ces dispositions compte non tenu du présent article lues dans leur ensemble.

[25] En d'autres termes, le contribuable ne se voit refuser l'avantage fiscal découlant d'une opération d'évitement que lorsque l'opération entraîne directement ou indirectement un abus dans l'application

Act (or regulations, etc.). The approach to determining whether a transaction results in a misuse and an abuse for the purposes of s. 245(4) was set out in *Canada Trustco*, at paras. 44-62, the key portion of which reads as follows:

The heart of the analysis under s. 245(4) lies in a contextual and purposive interpretation of the provisions of the Act that are relied on by the taxpayer, and the application of the properly interpreted provisions to the facts of a given case. The first task is to interpret the provisions giving rise to the tax benefit to determine their object, spirit and purpose. The next task is to determine whether the transaction falls within or frustrates that purpose. The overall inquiry thus involves a mixed question of fact and law. The textual, contextual and purposive interpretation of specific provisions of the *Income Tax Act* is essentially a question of law but the application of these provisions to the facts of a case is necessarily fact-intensive.

This analysis will lead to a finding of abusive tax avoidance when a taxpayer relies on specific provisions of the *Income Tax Act* in order to achieve an outcome that those provisions seek to prevent. As well, abusive tax avoidance will occur when a transaction defeats the underlying rationale of the provisions that are relied upon. An abuse may also result from an arrangement that circumvents the application of certain provisions, such as specific anti-avoidance rules, in a manner that frustrates or defeats the object, spirit or purpose of those provisions. By contrast, abuse is not established where it is reasonable to conclude that an avoidance transaction under s. 245(3) was within the object, spirit or purpose of the provisions that confer the tax benefit. [paras. 44-45]

[26] In determining the purpose of the relevant provision(s) of the Act, a court must take a unified textual, contextual and purposive approach to statutory interpretation (*Canada Trustco*, at para. 47). This approach is, of course, not unique to the GAAR. As this Court confirmed in *Kaulius*, the approach to statutory interpretation is the same for provisions of the *ITA* as for those of any other statute: it is necessary “to determine the intention of the legislator by considering the text, context and purpose of the provisions at issue” (para. 42; see also *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at paras. 21-23).

de dispositions de la Loi (ou du Règlement, etc.). La démarche qui s'impose pour déterminer si une opération entraîne un abus au sens du par. 245(4) a été établie dans l'arrêt *Trustco Canada*, aux par. 44-62, dont voici les passages les plus pertinents :

L'interprétation contextuelle et téléologique des dispositions de la Loi invoquées par le contribuable et l'application des dispositions interprétées correctement aux faits d'une affaire donnée sont au cœur de l'analyse fondée sur le par. 245(4). Il faut d'abord interpréter les dispositions générant l'avantage fiscal pour en déterminer l'objet et l'esprit. Il faut ensuite déterminer si l'opération est conforme à cet objet ou si elle le contrecarre. L'analyse globale porte donc sur une question mixte de fait et de droit. L'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est essentiellement une question de droit, mais l'application de ces dispositions aux faits d'une affaire dépend nécessairement des faits.

Cette analyse aboutit à une conclusion d'évitement fiscal abusif dans le cas où le contribuable se fonde sur des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour obtenir un résultat que ces dispositions visent à empêcher. Ainsi, il y a évitement fiscal abusif lorsqu'une opération va à l'encontre de la raison d'être des dispositions invoquées. Un mécanisme qui contourne l'application de certaines dispositions, comme des règles anti-évitement particulières, d'une manière contraire à l'objet ou à l'esprit de ces dispositions peut également donner lieu à un abus. Par contre, l'existence d'un abus n'est pas établie lorsqu'il est raisonnable de conclure qu'une opération d'évitement au sens du par. 245(3) était conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions conférant l'avantage fiscal. [par. 44-45]

[26] Pour déterminer l'objet d'une disposition de la Loi, le tribunal doit recourir à une méthode d'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée (*Trustco Canada*, par. 47). Évidemment, cette méthode ne vaut pas que pour la RGAÉ. Comme notre Cour l'a confirmé dans l'arrêt *Kaulius*, la méthode d'interprétation des lois est la même pour les dispositions de la *LIR* et celles de toute autre loi : il faut « dégager l'intention du législateur en tenant compte du libellé, du contexte et de l'objet des dispositions en cause » (par. 42; voir aussi l'arrêt *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, par. 21-23).

[27] Thus, the first analytical step is to interpret the four provisions at issue in the present case to determine their essential object, spirit and purpose. The parties do not generally dispute Bowman C.J.T.C.'s analysis in this regard, although they emphasize different aspects of the provisions' object, spirit and purpose. For example, the Minister highlights the link between certain provisions and Parliament's goal of regulating taxation within the spousal unit (Respondent's Factum, at para. 47). The appellants, on the other hand, submit that the Tax Court judge erred in his analysis of the purpose of s. 20(1)(c) by failing to appreciate the importance of "tracing" (Appellants' Factum, at para. 33(c)).

[28] At this step, it is important to identify which provisions are associated with each tax benefit. Here, it is clear that the tax benefit of deductibility of interest relates to ss. 20(1)(c) and 20(3). On the other hand, the tax benefit arising out of Mr. Lipson's use of the attribution rules, namely the possibility of deducting the interest to reduce his income, is linked with ss. 73(1) and 74.1(1). By virtue of these provisions, Mr. Lipson retains, for tax purposes, the stream of income from the shares sold to his wife but is able to deduct the interest payments on the mortgage from his income.

[29] Section 20(1)(c) allows taxpayers to deduct interest on borrowed money used for a commercial purpose. The purpose of this provision is to "create an incentive to accumulate capital with the potential to produce income" (*Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, 2001 SCC 62, [2001] 2 S.C.R. 1082, at para. 63), or to "encourage the accumulation of capital which would produce taxable income" (*Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 57).

[30] Section 20(3) was enacted "[f]or greater certainty" in order to make it clear that interest that is deductible under s. 20(1)(c) does not cease to be deductible because the original loan was refinanced. It serves "a practical function in the commercial world of facilitating refinancing" (Tax Court judgment, at para. 20).

[27] Par conséquent, la première étape consiste à interpréter les quatre dispositions en cause dans la présente affaire afin de déterminer leur objet essentiel et leur esprit. De façon générale, les parties ne contestent pas l'analyse du juge en chef Bowman à cet égard, mais elles mettent l'accent sur des aspects différents de l'objet et de l'esprit des dispositions. Par exemple, le ministre fait ressortir le lien entre certaines dispositions et l'objectif du législateur de régler l'assujettissement à l'impôt au sein de l'unité familiale (mémoire de l'intimée, par. 47). Les appelants soutiennent pour leur part que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son analyse de l'objet de l'al. 20(1)c) en n'accordant pas l'importance voulue à l'affectation des fonds (mémoire des appelants, par. 33c)).

[28] Il importe à cette étape de préciser quelles dispositions législatives correspondent à chacun des avantages fiscaux. En l'espèce, la déductibilité de l'intérêt correspond clairement à l'al. 20(1)c) et au par. 20(3). Pour sa part, l'avantage fiscal découlant de l'application des règles d'attribution, à savoir la possibilité que M. Lipson déduise l'intérêt de son revenu, est lié aux par. 73(1) et 74.1(1). Grâce à ces dispositions, M. Lipson conserve, aux fins de l'impôt, le revenu tiré des actions vendues à son épouse, mais il peut déduire l'intérêt hypothécaire de son revenu.

[29] L'alinéa 20(1)c) permet au contribuable de déduire l'intérêt sur les fonds empruntés qui sont employés à une fin commerciale. Son objet est « d'encourager l'accumulation de capitaux susceptibles de produire des revenus » (*Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, 2001 CSC 62, [2001] 2 R.C.S. 1082, par. 63) ou de « favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables » (*Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 57).

[30] Le paragraphe 20(3) précise que l'intérêt déductible suivant l'al. 20(1)c) ne cesse pas de l'être lorsque le prêt initial est refinancé. Il a pour « fonction pratique de faciliter le refinancement dans le monde des affaires » (jugement de la Cour de l'impôt, par. 20).

[31] The effect of s. 73(1) is to facilitate inter-spousal transfers of property without triggering immediate tax consequences (Tax Court judgment, at para. 21). This is an exception to the general rule that capital gains and losses are recognized when property is disposed of. According to Professor Vern Krishna:

The rationale for permitting a taxpayer to rollover assets is that it is undesirable, and perhaps unfair, to impose a tax on transactions that do not involve a fundamental economic change in ownership, even though there may be a change in form or legal structure.

(*The Fundamentals of Canadian Income Tax* (9th ed. 2006) at p. 1112)

[32] Finally, the attribution rules in ss. 74.1 to 74.5 are anti-avoidance provisions whose purpose is to prevent spouses (and other related persons) from reducing tax by taking advantage of their non-arm's length status when transferring property between themselves. The most common example of such a benefit is one derived from income splitting, but it is not the only example. In Canada, the unit of taxation is the individual: "Each individual is a taxpayer in his or her own right" (Krishna, at p. 16; see also *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, at para. 93). Thus, s. 74.1(1) is designed to prevent spouses from benefiting from their non-arm's length relationship by attributing, for tax purposes, any income or loss from property transferred to a spouse back to the transferring spouse.

[33] The second step in the s. 245(4) analysis is to determine whether the avoidance transaction frustrates the object, spirit or purpose of the relevant provisions. The appellants submit that the courts below erred at this step of the analysis by relying on the "overall purpose" of the transactions in question, that is, by collapsing the series of legally effective transactions into a single transaction and recharacterizing them by attributing an overall purpose to them (Appellants' Factum, at paras. 134-43). As I interpret the appellants'

[31] Le paragraphe 73(1) facilite le transfert de biens entre époux sans conséquences fiscales immédiates (jugement de la Cour de l'impôt, par. 21). Il établit une exception à la règle générale selon laquelle l'aliénation d'un bien donne lieu à un gain ou à une perte en capital. Selon le professeur Vern Krishna :

[TRADUCTION] La raison pour laquelle il est permis au contribuable de transférer un bien en franchise d'impôt est qu'il serait inopportun, voire injuste, de prélever un impôt sur une opération qui n'entraîne pas de changement financier fondamental quant au droit de propriété, même s'il peut y avoir modification de la forme ou du montage juridique.

(*The Fundamentals of Canadian Income Tax* (9^e éd. 2006), p. 1112)

[32] Enfin, les règles d'attribution prévues aux art. 74.1 à 74.5 constituent des dispositions anti-évitement destinées à empêcher les époux (ou d'autres contribuables ayant un lien de dépendance entre eux) de réduire l'impôt exigible en tirant avantage de ce lien de dépendance lorsque l'un d'eux transfère un bien à l'autre. Le cas le plus courant est celui de l'avantage découlant du fractionnement du revenu, mais ce n'est pas le seul. Au Canada, l'unité d'imposition s'entend de l'individu : [TRADUCTION] « Chaque particulier est considéré comme un contribuable » (Krishna, p. 16; voir également l'arrêt *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, par. 93). Par conséquent, le par. 74.1(1) a pour objet d'empêcher les époux de mettre à profit leur lien de dépendance en réattribuant à l'auteur du transfert, aux fins de l'impôt, tout revenu ou perte provenant du bien transféré.

[33] La deuxième étape de l'analyse que commande le par. 245(4) consiste à déterminer si l'opération d'évitement contrecarre l'objet ou l'esprit des dispositions pertinentes. Les appelants prétendent que les tribunaux inférieurs ont eu tort de tenir compte de l'« objet global » des opérations, c'est-à-dire de ramener plusieurs opérations juridiquement valables à une seule et de les qualifier différemment en leur attribuant un objet global (mémoire des appelants, par. 134-143). Si je comprends bien, les appelants s'opposent à l'attribution d'un « objet

submissions, the objection to an “overall purpose” approach is twofold: First, transactions under s. 20(1)(c) should be assessed individually rather than as a series (Appellants’ Factum, at paras. 90-91). This is an objection to the “overall” aspect of the “overall purpose” test. Second, this approach is legally incorrect because the purpose of the transactions — whether in the sense of the taxpayer’s motivation, of the primary purpose or perhaps even of economic substance — is not determinative in the s. 245(4) inquiry. This is an objection to the “purpose” aspect of the “overall purpose” test.

[34] It is true, as the appellants argue, that in assessing a series of transactions, the misuse and abuse must be related to the specific transactions forming part of the series. However, the entire series of transactions should be considered in order to determine whether the individual transactions within the series abuse one or more provisions of the Act. Individual transactions must be viewed in the context of the series. Consideration of this context will enable a reviewing court to assess and understand the nature of the individual parts of the series when analysing whether abusive tax avoidance has occurred. At the same time, care should be taken not to shift the focus of the analysis to the “overall purpose” of the transactions. Such an approach might incorrectly imply that the taxpayer’s motivation or the purpose of the transaction is determinative. In such a context, it may be preferable to refer to the “overall result”, which more accurately reflects the wording of s. 245(4) and this Court’s judgment in *Canada Trustco*. I will now review the arguments of the parties from this perspective.

[35] First, with regard to viewing transactions individually versus as a series (i.e., the “overall” aspect of the “overall purpose” test), the appellants argue that the results of a series of transactions are not relevant in an analysis under s. 20(1)(c). This submission is based both on the wording of s. 20(1)(c) itself, which does not refer to a series of transactions, and on the decisions of this Court and of the Federal Court of Appeal in *Singleton*.

global » pour deux raisons. Premièrement, aux fins de l’al. 20(1)c), les opérations devraient être considérées séparément, et non comme une série (mémoire des appelants, par. 90-91). Ils s’en prennent donc au volet « global » du critère de l’« objet global ». Deuxièmement, cette approche ne serait pas fondée en droit, car l’objet des opérations — au sens de la motivation du contribuable, de la fin principale, voire de la raison d’être économique — n’est pas déterminant pour l’application du par. 245(4). Ils s’en prennent donc alors au volet « objet » du critère de l’« objet global ».

[34] Les appelants font valoir à juste titre que dans le cas d’une série d’opérations, l’abus doit être lié aux opérations mêmes qui la constituent. Cependant, l’ensemble des opérations doit être pris en compte pour déterminer si, individuellement, elles entraînent un abus dans l’application d’une ou de plusieurs dispositions de la *LIR*. Chacune des opérations doit être considérée dans le contexte de la série. Le tribunal de révision appelé à déterminer s’il y a eu évitement fiscal abusif peut ainsi apprécier et saisir la nature des éléments individuels de la série. Il faut toutefois se garder de mettre l’accent sur l’« objet global » des opérations, car cela pourrait impliquer à tort que la motivation du contribuable ou la fin de l’opération est décisive. Il est alors préférable de parler d’« effet global », ce qui correspond plus précisément au libellé du par. 245(4) et à l’arrêt *Trustco Canada*. J’examinerai donc les thèses des parties dans cette optique.

[35] D’abord, pour ce qui est de la nécessité de considérer les opérations individuellement plutôt que dans leur ensemble (soit le volet « global » du critère de l’« objet global »), les appelants soutiennent qu’il n’y a pas lieu de tenir compte de l’effet d’une série d’opérations aux fins de l’al. 20(1)c). Ils invoquent à l’appui de leur thèse le libellé de la disposition, qui ne fait pas mention d’une série d’opérations, et les décisions de notre Cour et de la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Singleton*.

[36] It is true that this Court has held that no recourse may be had to a series of transactions in determining whether s. 20(1)(c) applies (*Singleton*, at para. 34). However, at issue is not whether the series is relevant in a s. 20(1)(c) analysis, but rather whether it is relevant to an analysis under s. 245(4) of the GAAR. There is no question that a court may consider a series of transactions of which the transaction is a part in order to determine whether the transaction results in abuse and misuse of one or more provisions of the Act. As Noël J.A. noted, this is clear from the wording of the GAAR provisions, and in particular from ss. 245(2) and 245(3)(b), which contemplate the denial of a tax benefit resulting from a series of transactions.

[37] Section 245(3)(b) indicates that an avoidance transaction is not necessarily a transaction that results in a tax benefit on its own, but may instead be one that is part of a series of transactions that result in a tax benefit. It would be odd if a court could not then consider the rest of that series in determining whether an avoidance transaction resulted in abuse and misuse of provisions of the Act. Further, s. 245(4) states that a tax benefit may be denied if a transaction would result “directly or indirectly” in a misuse of the provisions of the Act or in an abuse having regard to those provisions read as a whole. The use of the words “directly or indirectly” indicates that Parliament intended the GAAR to apply even where abuse is an indirect result of a transaction. It follows logically that regard may be had to the series of transactions when determining whether a transaction within the series is abusive; otherwise, the GARR would apply only to transactions that directly result in abuse and misuse. Finally, this Court agreed in *Kaulius* that the s. 245(4) analysis may be conducted “in light of the series of transactions” (para. 46; see also para. 56).

[38] The appellants raise another objection to an “overall purpose” approach. In their view, the Tax Court judge may have been relying on the taxpayers’ motivation, the true economic purpose of the transactions, or their economic substance when he adopted this approach. They submit that none of these is determinative at this stage of the analysis

[36] Certes, notre Cour a statué qu’il ne faut pas considérer une série d’opérations pour statuer sur l’application de l’al. 20(1)(c) (*Singleton*, par. 34). Toutefois, la question n’est pas de savoir si l’examen de la série joue un rôle dans l’application de l’al. 20(1)(c), mais bien si elle est pertinente dans l’analyse que commande le par. 245(4). Le tribunal peut assurément considérer la série dont l’opération fait partie pour déterminer si elle entraîne un abus dans l’application d’une ou de plusieurs dispositions de la Loi. Comme le fait remarquer le juge Noël de la Cour d’appel fédérale, c’est ce qui ressort du libellé de la RGAÉ, en particulier le par. 245(2) et l’al. 245(3)(b), qui prévoient la suppression d’un avantage fiscal découlant d’une série d’opérations.

[37] L’alinéa 245(3)(b) n’exige pas que l’opération d’évitement confère elle-même un avantage fiscal : elle peut avoir cet effet en tant qu’élément d’une série d’opérations. Il serait incongru qu’un tribunal ne puisse tenir compte des autres opérations de la série pour déterminer si une opération d’évitement a entraîné un abus dans l’application des dispositions de la Loi. De plus, le par. 245(4) prévoit qu’un avantage fiscal peut être supprimé lorsqu’une opération entraîne « directement ou indirectement » un abus dans l’application des dispositions de la Loi lues ou non dans leur ensemble. L’emploi des adverbes « directement ou indirectement » traduit l’intention du législateur que la RGAÉ s’applique même lorsque l’abus résulte indirectement d’une opération. Il s’ensuit logiquement qu’il faut tenir compte de la série d’opérations pour déterminer si l’une d’elles est abusive, sinon seules les opérations entraînant directement un abus tomberaient sous le coup de la disposition. Enfin, dans l’arrêt *Kaulius*, notre Cour a convenu que pour l’application du par. 245(4), l’analyse peut être effectuée « à la lumière de la série d’opérations » (par. 46; voir aussi le par. 56).

[38] Les appelants contestent le critère de l’« objet global » pour une autre raison. À leur avis, le juge de la Cour de l’impôt a pu, en appliquant ce critère, tenir compte de la motivation des contribuables ou de la véritable fin économique des opérations ou de leur raison d’être économique. Ils soutiennent qu’aucun de ces éléments n’est déterminant à cette

(Appellants' Factum, at para. 140). The appellants are correct on this point: it is clear from *Canada Trustco* that the proper approach under s. 245(4) is to determine whether the transaction frustrates the object, spirit or purpose of the provisions giving rise to the tax benefit. An avoidance purpose is needed to establish a violation of the GAAR when s. 245(3) is in issue, but is not determinative in the s. 245(4) analysis. Motivation, purpose and economic substance are relevant under s. 245(4) only to the extent that they establish whether the transaction frustrates the purpose of the relevant provisions (*Canada Trustco*, at paras. 57-60).

[39] Turning to the Tax Court judge's reasons, it is not entirely clear what Bowman C.J.T.C. meant by "overall purpose". He cited and applied the *Canada Trustco* analysis (paras. 17-30), but also appeared, at times, to rely on the taxpayers' motivation and on the economic substance of the transactions. For example, in para. 31, he mentioned that the primary objective of the transactions was to make the interest on the purchase of the house tax deductible. However, as I mentioned above, Bowman C.J.T.C. seems to have focussed on the result of the series of transactions. I will now turn to a review of the specific transactions within the series at issue.

D. Abuse and Misuse

[40] According to the framework set out in *Canada Trustco*, a transaction can result in an abuse and misuse of the Act in one of three ways: where the result of the avoidance transaction (a) is an outcome that the provisions relied on seek to prevent; (b) defeats the underlying rationale of the provisions relied on; or (c) circumvents certain provisions in a manner that frustrates the object, spirit or purpose of those provisions (*Canada Trustco*, at para. 45). One or more of these possibilities may apply in a given case. I should reiterate that in a case like the one at bar, the individual tax benefits must be analysed separately, but always in the context of the entire series of transactions and bearing in mind that each step may have an impact on the others, in order to determine whether any of the

étape de l'analyse (mémoire des appelants, par. 140). Ils ont raison sur ce point. Il ressort en effet de l'arrêt *Trustco Canada* que la démarche appropriée pour l'application du par. 245(4) consiste à déterminer si l'opération contrecarre l'objet ou l'esprit des dispositions qui confèrent l'avantage fiscal. Un objectif d'évitement est nécessaire pour qu'il y ait violation de la RGAÉ suivant le par. 245(3), mais son existence n'est pas décisive pour l'application du par. 245(4). Ce n'est que dans la mesure où ils établissent que l'opération contrecarre ou non l'objet des dispositions pertinentes que la motivation, la fin et la raison d'être économique sont prises en compte pour les besoins du par. 245(4) (*Trustco Canada*, par. 57-60).

[39] En ce qui concerne les motifs de la Cour de l'impôt, ce que le juge en chef Bowman entend par « objet global » n'est pas tout à fait clair. Il applique certes le cadre d'analyse établi par notre Cour dans l'arrêt *Trustco Canada* (par. 17-30), mais à certains moments, il paraît aussi s'appuyer sur la motivation des contribuables et sur la raison d'être économique des opérations. Par exemple, au par. 31, il dit que l'objectif principal des opérations était de rendre déductible l'intérêt hypothécaire. Or, je le répète, il semble mettre l'accent sur l'effet de la série d'opérations. J'examine maintenant les opérations comprises dans la série.

D. Abus

[40] Suivant le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Trustco Canada*, une opération d'évitement peut entraîner un abus dans l'application de la Loi de trois façons : a) elle donne lieu à un résultat que les dispositions invoquées visent à empêcher, b) elle va à l'encontre de la raison d'être de ces dispositions ou c) elle contourne l'application de certaines dispositions de manière à contrecarrer leur objet ou leur esprit (*Trustco Canada*, par. 45). Une ou plusieurs de ces conditions peuvent être remplies dans un cas donné. Il importe de rappeler que dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, déterminer s'il y a eu abus ou non dans l'application de l'une ou l'autre des dispositions invoquées exige que chacun des avantages fiscaux soit considéré séparément, mais toujours dans le contexte de la série en entier

provisions relied upon for each tax benefit was misused and abused.

[41] First of all, in accordance with the analytical approach described above, we must consider the tax benefit conferred on Mrs. Lipson by ss. 20(1)(c) and 20(3), namely the entitlement to deduct the interest. In my opinion, the respondent has not established that in view of their purpose, these provisions have been misused and abused. Mr. Lipson sold his shares to his wife and bought the residence with the proceeds of that sale (Statement of Agreed Facts and Conclusion, at para. 12). In the result, Mrs. Lipson financed the purchase of income-producing property with debt, whereas Mr. Lipson financed the purchase of the residence with equity. To this point, the transactions were unimpeachable. They became problematic when the parties took further steps in their series of transactions. The problem arose when Mr. Lipson and his wife turned to ss. 73(1) and 74.1(1) in order to obtain the result contemplated in the design of the series of transactions, namely to have Mr. Lipson apply his wife's interest deduction to his own income. This was contrary to the purpose of s. 74.1(1).

[42] As I mentioned above in para. 32, the purpose of s. 74.1(1) is to prevent spouses from reducing tax by taking advantage of their non-arm's length relationship when transferring property between themselves. In this case, the attribution to Mr. Lipson of the net income or loss derived from the shares would enable him to reduce the dividend income attributed to him by the amount of the interest on the loan that financed his wife's purchase of those shares. However, before the transfer, when the dividend income was in Mr. Lipson's hands, no interest expense could have been deducted from it. It seems strange that the operation of s. 74.1(1) can result in the reduction of the total amount of tax payable by Mr. Lipson on the income from the transferred property. The only way the Lipsons could have produced the result in this case was by taking advantage of their non-arm's length relationship. Therefore, the attribution by operation of s. 74.1(1) that allowed Mr. Lipson to deduct the interest in order to reduce the tax payable on the dividend

et en gardant présent à l'esprit que chacune d'elles peut avoir des répercussions sur les autres.

[41] Dans un premier temps, conformément au cadre d'analyse susmentionné, nous devons examiner l'avantage fiscal que l'al. 20(1)c) et le par. 20(3) confèrent à M^{me} Lipson, à savoir le droit de déduire l'intérêt. À mon avis, l'intimée n'a pas établi que les opérations entraînent un abus dans l'application de ces dispositions eu égard à leur objet. M. Lipson a vendu ses actions à son épouse, puis il a utilisé le produit de la vente pour acheter leur résidence (exposé conjoint des faits et conclusion, par. 12). Ainsi, M^{me} Lipson a financé par emprunt l'achat de biens productifs de revenu, alors que M. Lipson a financé par actions l'achat de la résidence. Jusque-là, les opérations étaient inattaquables. Elles sont devenues problématiques lorsque les parties ont effectué les autres opérations de la série. M. Lipson et son épouse ont en effet eu recours aux par. 73(1) et 74.1(1) pour atteindre l'objectif sous-tendant la série d'opérations, à savoir que M. Lipson déduise de propre revenu les intérêts que M^{me} Lipson pouvait déduire du sien, ce qui était contraire à l'objet du par. 74.1(1).

[42] Comme je l'indique au par. 32, le par. 74.1(1) vise à empêcher les époux de réduire l'impôt exigible en tirant avantage de leur lien de dépendance lors du transfert d'un bien de l'un à l'autre. En l'espèce, la réattribution à M. Lipson du revenu net ou de la perte nette provenant des actions lui permettrait de déduire du revenu de dividendes qui lui est attribué les intérêts payés sur le prêt contracté par M^{me} Lipson pour acheter les actions. Or, avant le transfert, lorsque le revenu de dividendes se trouvait entre les mains de M. Lipson, aucuns frais d'intérêts n'auraient pu en être déduits. Il paraît étrange que l'application du par. 74.1(1) puisse entraîner la réduction du montant total de l'impôt payable par M. Lipson sur le revenu tiré du bien transféré. Ce n'est qu'en tirant avantage de leur lien de dépendance que les Lipson pouvaient obtenir ce résultat en l'espèce. Par conséquent, la réattribution qui, par application du par. 74.1(1), a permis à M. Lipson de déduire l'intérêt de l'impôt payable sur le revenu de dividendes tiré des actions et sur d'autres

income from the shares and other income, which he would not have been able to do were Mrs. Lipson dealing with him at arm's length, qualifies as abusive tax avoidance. It does not matter that s. 74.1(1) was triggered automatically when Mr. Lipson did not elect to opt out of s. 73(1). His motivation or purpose is irrelevant. But to allow s. 74.1(1) to be used to reduce Mr. Lipson's income tax from what it would have been without the transfer to his spouse would frustrate the purpose of the attribution rules. Indeed, a specific anti-avoidance rule is being used to facilitate abusive tax avoidance.

[43] My colleague Rothstein J. agrees that the impugned transactions fall afoul of the *Income Tax Act* but would nevertheless refer the reassessment back to the Minister on the ground that the Minister ought to have relied on the specific anti-avoidance rule in s. 74.5(11) *ITA* instead of the GAAR. In my respectful view, this approach is not open to the Court in this case. Both parties have contended from the outset and reasserted in this Court that s. 74.5(11) *ITA*, on which Rothstein J. rests his conclusion, does not apply on the facts of this case.

[44] Although I agree with Rothstein J. that this Court is not bound to adopt, on a question of law, an interpretation on which the parties agree, it is quite another matter to settle their dispute on a basis of a construction and an application of the statute expressly disavowed by all parties throughout the proceedings. Our decision must turn on the issues as framed in the proceedings and litigated in the courts below and on appeal to this Court. The issue in these appeals was whether the GAAR applies to the impugned transactions.

[45] In my view, for the reasons set out above, the GAAR applies to these transactions. It is true that courts should avoid extending the GAAR beyond its statutory purpose. But, bearing this purpose in

revenus, ce qu'il n'aurait pu faire n'eût été le lien de dépendance avec M^{me} Lipson, constitue de l'évitement fiscal abusif. Il importe peu que la décision de M. Lipson de ne pas soustraire le bien en cause à l'application du par. 73(1) ait automatiquement emporté l'application du par. 74.1(1). L'objectif poursuivi demeure sans importance. Cependant, permettre à M. Lipson de se prévaloir du par. 74.1(1) pour que son impôt sur le revenu soit inférieur à ce qu'il aurait été sans le transfert des actions à son épouse contrecarrerait l'objet des règles d'attribution. En fait, une disposition anti-évitement est utilisée pour faciliter un évitement fiscal abusif.

[43] Mon collègue le juge Rothstein reconnaît que les opérations litigieuses vont à l'encontre de la *LIR*. Il est néanmoins d'avis de renvoyer la nouvelle cotisation au ministre au motif que ce dernier aurait dû s'appuyer sur la règle anti-évitement particulière prévue au par. 74.5(11) de la *LIR* au lieu de la RGAÉ. À mon humble avis, une telle avenue ne s'offre pas à notre Cour en l'espèce. Les deux parties soutiennent depuis le début que le par. 74.5(11) de la *LIR*, sur lequel le juge Rothstein fonde sa conclusion, ne s'applique pas eu égard aux faits, et elles l'ont confirmé devant notre Cour.

[44] Je conviens avec le juge Rothstein que lorsqu'elle est saisie d'une question de droit, notre Cour n'est pas tenue d'acquiescer à une interprétation sur laquelle s'entendent les parties, mais c'est tout autre chose que de statuer sur le différend qui les oppose en s'appuyant sur une interprétation et une application législatives qu'elles ont toutes deux expressément rejetées au fil des différentes instances. Nous devons trancher les questions en litige selon leur formulation dans les actes de procédure et lors des débats devant les tribunaux inférieurs et en appel devant notre Cour. La question en litige dans le cadre des présents pourvois est celle de savoir si la RGAÉ s'applique aux opérations en cause.

[45] Pour les motifs qui précèdent, j'estime que ces opérations tombent sous le coup de la RGAÉ. Les tribunaux doivent assurément s'abstenir d'étendre la portée de la RGAÉ au-delà de l'objectif

mind, where the language of and principles flowing from the GAAR apply to a transaction, the court should not refuse to apply it on the ground that a more specific provision — one that both the Minister and the taxpayers considered to be inapplicable throughout the proceedings — might also apply to the transaction.

[46] In this context, I need not decide whether the taxpayers could have succeeded under s. 74.5(11) *ITA*. I seriously doubt that that provision would have properly addressed the complex series of transactions before this Court in the present appeals. It may have been mentioned in factums and in questions at the hearing, but its interpretation and application were not the issues litigated by the parties in this case. The GAAR was and remains the focus of the present appeals. I would leave the issue of the interpretation of s. 74.5(11) *ITA* for another day.

[47] In the end, the parties focussed on the application of the GAAR, which was the proper basis for the reassessment. The GAAR is a residual provision, but it is designed to address the complexity of transactions which fall outside the scope of specific anti-avoidance provisions. As I mentioned above, it relates specifically to the impact of complex series of transactions which often depend on the interplay of discrete provisions of the *ITA*. The Minister could properly use the GAAR in respect of a series of transactions that had an impact on more than just one stream of income.

[48] In summary, the tax benefit of the interest deduction resulting from the refinancing of the shares of the family corporation by Mrs. Lipson is not abusive viewed in isolation, but the ensuing tax benefit of the attribution of Mrs. Lipson's interest deduction to Mr. Lipson is. It follows that this latter tax benefit can be denied under s. 245(2), which is triggered because the transactions in the series include the attribution of the interest deduction under s. 74.1(1) and this attribution frustrates the object, spirit and purpose of that provision. I must now briefly consider the tax consequences of the

sous-jacent, mais cela dit, lorsque son libellé et les principes qui en découlent s'appliquent à une opération, ils ne doivent pas refuser de l'appliquer au motif qu'une disposition plus particulière que le ministre et les contribuables ont tenue pour inapplicable tout au long de la procédure pourrait également s'appliquer.

[46] Partant, je n'ai pas à décider si les contribuables auraient pu avoir gain de cause sur le fondement du par. 74.5(11) de la *LIR*. Je doute sérieusement que cette disposition ait pu tenir compte en l'espèce de la série d'opérations dans toute sa complexité. Elle a pu être mentionnée dans les mémoires et faire l'objet de questions à l'audience, mais ni son interprétation ni son application n'ont été au cœur du litige qui oppose les parties en l'espèce. La RGAÉ était et demeure le point central des présents pourvois. Il faudra attendre qu'une autre occasion se présente pour se prononcer sur l'application du par. 74.5(11) de la *LIR*.

[47] En fin de compte, les parties ont mis l'accent sur l'application de la RGAÉ, qui fonde à juste titre la nouvelle cotisation. Il s'agit d'une disposition supplétive, mais elle est conçue pour tenir compte de la complexité d'opérations qui échappent à l'application de dispositions anti-évitement particulières. Je le répète, la RGAÉ s'intéresse précisément aux conséquences d'une série complexe d'opérations qui tient souvent à l'interaction de dispositions distinctes de la *LIR*. Le ministre pouvait légitimement l'appliquer à une série d'opérations ayant une incidence sur plus d'une source de revenu.

[48] En somme, considéré isolément, l'avantage fiscal de la déduction des intérêts issu du refinancement des actions de l'entreprise familiale par M^{me} Lipson n'est pas abusif, contrairement à l'avantage fiscal découlant de l'attribution à M. Lipson du droit de M^{me} Lipson à la déduction de l'intérêt. Cet avantage fiscal peut donc être supprimé en vertu du par. 245(2), qui s'applique du fait que l'une des opérations de la série consiste dans l'attribution du droit à la déduction de l'intérêt, une opération fondée sur le par. 74.1(1), mais contraire à l'objet et à l'esprit de cette disposition. Je dois maintenant examiner

denial of the tax benefit and the application of the GAAR.

E. Determination of the Tax Consequences of the Application of Section 245(2)

[49] The Minister seeks to deny the deductibility of the interest expense in the hands of Mr. Lipson, while still attributing the dividend income back to him (see Transcript, at p. 40). The appellants respond that such an outcome is impossible, since s. 74.1(1) only attributes the income or loss back to the transferor (see Transcript, at p. 22). Thus, the tax consequences of the application of s. 245(2) are in issue here.

[50] Section 245(5), without restricting the generality of s. 245(2), sets forth a scheme for determining the tax consequences of the application of that provision. Section 245(5) reads as follows:

245. . . .

(5) Without restricting the generality of subsection (2), and notwithstanding any other enactment,

(a) any deduction, exemption or exclusion in computing income, taxable income, taxable income earned in Canada or tax payable or any part thereof may be allowed or disallowed in whole or in part,

(b) any such deduction, exemption or exclusion, any income, loss or other amount or part thereof may be allocated to any person,

(c) the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and

(d) the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Act may be ignored,

in determining the tax consequences to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance transaction.

[51] When considering the application of s. 245(5), a court must be satisfied that there is an avoidance transaction that satisfies the requirements of

brèvement les effets fiscaux qu'entraînent la suppression de l'avantage fiscal et l'application de la RGAÉ.

E. Détermination des attributs fiscaux résultant de l'application du par. 245(2)

[49] Le ministre s'oppose à ce que M. Lipson déduise les frais d'intérêts, mais il persiste à lui réattribuer le revenu de dividendes (transcription, p. 40). Les appelants rétorquent qu'une telle issue est impossible, car le par. 74.1(1) ne prévoit que la réattribution du revenu ou de la perte à l'auteur du transfert (transcription, p. 22). Le litige porte donc sur les conséquences fiscales de l'application du par. 245(2).

[50] Sans préjudice de la portée générale du par. 245(2), le par. 245(5) encadre la détermination des conséquences fiscales de son application. Il est libellé ainsi :

245. . . .

(5) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (2) et malgré tout autre texte législatif, dans le cadre de la détermination des attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer l'avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement :

a) toute déduction, exemption ou exclusion dans le calcul de tout ou partie du revenu, du revenu imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou de l'impôt payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusée;

b) tout ou partie de cette déduction, exemption ou exclusion ainsi que tout ou partie d'un revenu, d'une perte ou d'un autre montant peuvent être attribués à une personne;

c) la nature d'un paiement ou d'un autre montant peut être qualifiée autrement;

d) les effets fiscaux qui découleraient par ailleurs de l'application des autres dispositions de la présente loi peuvent ne pas être pris en compte.

[51] Appelé à se prononcer sur l'application du par. 245(5), le tribunal doit être convaincu qu'il y a opération d'évitement satisfaisant aux exigences du

s. 245(4), that s. 245(5) provides for the tax consequences and that the tax benefits that would flow from the abusive transactions should accordingly be denied. The court must then determine whether these tax consequences are reasonable in the circumstances. In the present case, disallowing the interest deduction in computing the income or loss attributed to Mr. Lipson and attributing that deduction back to Mrs. Lipson is a reasonable outcome.

F. *Uncertainty and the GAAR*

[52] The appellants and several commentators have warned of the potential for uncertainty should this Court find that the GAAR applies in the instant case. The appellants argue that to maintain certainty for taxpayers, the direct use of the borrowed funds — as determined by tracing — should be determinative of whether the GAAR applies to deductions claimed under s. 20(1)(c) (Appellants' Factum, at para. 82). As I mentioned above, such an approach would effectively read the GAAR out of the *ITA*, since the "direct use" test applies only to determine whether interest is deductible under s. 20(1)(c) and involves an inquiry that is distinct from the one under s. 245, in which it must be asked whether otherwise valid transactions, such as those in *Singleton* and in the present case, frustrate the object, spirit and purpose of the provisions relied on. Indeed, contrary to the judgments in *Canada Trustco* and *Kaulius*, my colleague Binnie J. essentially guts the GAAR and reads it out of the *ITA* under the guise of an exercise in legal interpretation. To the extent that it may not always be obvious whether the purpose of a provision is frustrated by an avoidance transaction, the GAAR may introduce a degree of uncertainty into tax planning, but such uncertainty is inherent in all situations in which the law must be applied to unique facts. The GAAR is neither a penal provision nor a hammer to pound taxpayers into submission. It is designed, in the complex context of the *ITA*, to restrain abusive tax avoidance and to make sure that the fairness of the tax system is preserved. A desire to avoid uncertainty cannot justify ignoring a provision of the *ITA* that

par. 245(4), que le par. 245(5) prévoit les conséquences fiscales et que les avantages fiscaux découlant des opérations abusives devraient de ce fait être supprimés. Il doit ensuite déterminer si ces attributs fiscaux sont raisonnables dans les circonstances. En l'espèce, le refus de la déduction de l'intérêt dans le calcul du revenu ou de la perte attribué à M. Lipson et la réattribution de cette déduction à M^{me} Lipson est une issue raisonnable.

F. *Incertitude et RGAÉ*

[52] Les appelants et plusieurs observateurs mettent la Cour en garde contre l'incertitude susceptible de découler de la conclusion que la RGAÉ s'applique en l'espèce. Selon les appelants, le respect du besoin de certitude des contribuables exige que l'utilisation directe de l'argent emprunté — selon son affectation — soit décisive quant à l'applicabilité de la RGAÉ aux sommes déduites sur le fondement de l'al. 20(1)c) (mémoire des appelants, par. 82). Comme je l'ai signalé, pareille interprétation fait abstraction de la présence de la RGAÉ dans la *LIR*, car l'« utilisation directe » n'est pertinente que pour déterminer si l'intérêt est déductible suivant l'al. 20(1)c) et suppose une démarche différente de celle que commande l'art. 245, qui consiste à se demander si des opérations par ailleurs valables, comme celles considérées dans l'affaire *Singleton* et en l'espèce, vont néanmoins à l'encontre de l'objet et de l'esprit des dispositions invoquées. En fait, malgré les arrêts *Trustco Canada* et *Kaulius*, mon collègue le juge Binnie neutralise essentiellement la RGAÉ et en fait abstraction dans la *LIR*, et ce, sous couvert d'interprétation législative. Dans la mesure où il n'est pas toujours manifeste qu'une opération d'évitement ou une série d'opérations d'évitement contrecarre ou non l'objet d'une disposition, la RGAÉ peut rendre la planification fiscale quelque peu incertaine, mais il en va de même pour toute application de la loi à des circonstances particulières. La RGAÉ n'est ni une disposition pénale ni un instrument de soumission du contribuable. Dans le cadre complexe de la *LIR*, elle vise à empêcher l'évitement fiscal abusif et à préserver l'équité du régime fiscal. La volonté d'éviter l'incertitude

is clearly intended to apply to transactions that would otherwise be valid on their face.

[53] I would therefore dismiss the appeal of Earl Lipson with costs in this Court. Given the agreement between the parties, I would also dismiss the appeal of Jordan B. Lipson with costs in this Court.

The reasons of Binnie and Deschamps JJ. were delivered by

[54] BINNIE J. (dissenting) — How healthy is the *Duke of Westminster*? There is cause for concern. Although this Court in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, affirmed, at para. 11, the continuing viability of the principle that taxpayers are entitled to arrange their affairs to minimize the amount of tax payable (a principle enshrined in *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)), the traditional approach is now tempered by the application of the general anti-avoidance rule (“GAAR”). The question in these appeals, as it was in *Canada Trustco*, is where the appropriate balance is to be struck.

[55] The GAAR is a weapon that, unless contained by the jurisprudence, could have a widespread, serious and unpredictable effect on legitimate tax planning. At the same time, of course, the GAAR must be given a meaningful role. That role is circumscribed by the requirement in s. 245(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), that the transactions not only be shown to be “avoidance transaction[s]”, i.e. transactions structured primarily to obtain a tax benefit, but *in addition* that the Minister demonstrate that the tax benefit results from a misuse/abuse of the provisions of the Act relied upon to produce it.

[56] The tax plan at issue in this case is “*Singleton* with a spousal dimension” — or *Singleton* with a

ne saurait justifier que l’on fasse abstraction d’une disposition de la *LIR* à laquelle le législateur a clairement voulu assujettir des opérations qui sont par ailleurs valables à première vue.

[53] Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi d’Earl Lipson avec dépens devant notre Cour. Vu l’entente intervenue entre les parties, je rejetterais également le pourvoi de Jordan B. Lipson avec dépens devant notre Cour.

Version française des motifs des juges Binnie et Deschamps rendus par

[54] LE JUGE BINNIE (dissident) — Faut-il s’inquiéter de l’état de santé du *Duke of Westminster*? Je le crains. Même si, dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, notre Cour a confirmé au par. 11 la validité du principe consacré dans *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.), à savoir que le contribuable a le droit d’organiser ses affaires de façon à réduire le plus possible l’impôt qu’il lui faut payer, l’approche traditionnelle est désormais tempérée par l’application de la règle générale anti-évitement (« RGAÉ »). Dans les présents pourvois, comme dans l’affaire *Trustco Canada*, notre Cour est appelée à établir un juste équilibre.

[55] Si son application n’est pas balisée par la jurisprudence, la RGAÉ est une arme susceptible d’avoir un effet considérable, sérieux et imprévisible sur la planification fiscale légitime. Néanmoins, elle doit évidemment jouer un rôle véritable. Ce rôle est circonscrit au par. 245(4) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) : le ministre doit non seulement établir que l’opération est une « opération d’évitement », c’est-à-dire une opération effectuée dans le but principal d’obtenir un avantage fiscal, mais aussi que l’avantage fiscal découle d’un abus dans l’application des dispositions de la Loi qui sont invoquées.

[56] En l’espèce, le stratagème financier correspond à celui de l’affaire *Singleton*, plus la

twist — see *Singleton v. Canada*, 2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046. In that case, the taxpayer used \$300,000 of existing equity in his law firm to purchase a house. He refinanced his law firm equity with borrowed money. He deducted the interest on the loan claiming that the borrowed money now represented his investment in the law firm. Despite the Minister's objection, our Court held that he was entitled to do so.

[57] *Singleton* was not a GAAR case, and it did not involve the spousal attribution rules. Its outcome turned on the Court's view of s. 20(1)(c) interest deductibility. Nevertheless, it is important to emphasize at the outset that the Minister is not asking the Court to revisit *Singleton*. He does not claim that the GAAR would have applied on the facts of that case.

[58] In the Statement of Agreed Facts and Conclusion, the Minister acknowledged that it is common ground that the interest was deductible (para. 15). Applying *Singleton*, the only question is whether the deduction becomes "abusive" when income or losses are attributed back to the transferor (appellant) by the spousal attribution rules in ss. 73(1) and 74.1(1).

[59] In my opinion, the spousal "twist" added to *Singleton* should not cause the entire series of transactions to be characterized as abusive. After all, there is nothing in the Act to discourage the transfer of property at fair market value between spouses. Indeed, by allowing a spouse to transfer property to the other spouse at the transferor's adjusted cost base, Parliament intended to make such transfers attractive. If the tax plan in *Singleton* is not abusive, I do not believe the Minister has established that *Singleton* with a spousal twist is abusive tax avoidance either. I would therefore allow the appeals.

« dimension conjugale » — ou à une variante de celui en cause dans cette autre affaire : voir l'arrêt *Singleton c. Canada*, 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046. Dans cette affaire, le contribuable avait utilisé sa participation de 300 000 \$ dans son cabinet d'avocats pour acheter une maison, puis il avait refinancé sa participation au moyen d'un emprunt. Il avait ensuite déduit les intérêts sur le prêt, affirmant que l'argent emprunté constituait désormais son apport en capital dans le cabinet d'avocats. Malgré l'opposition du ministre, notre Cour a conclu qu'il avait droit à la déduction.

[57] Dans l'affaire *Singleton*, ni la RGAÉ ni les règles d'attribution entre époux n'étaient en cause. L'issue du pourvoi tenait à la déductibilité de l'intérêt suivant l'al. 20(1)c) et à l'interprétation de cette disposition. Néanmoins, il importe de signaler dès le départ que le ministre ne demande pas à la Cour de revenir sur l'arrêt *Singleton*. Il ne prétend pas que la RGAÉ se serait appliquée eu égard aux faits de cette affaire.

[58] Le ministre reconnaît que nul ne conteste la déductibilité des intérêts (exposé conjoint des faits et conclusion, par. 15). Si on applique l'arrêt *Singleton*, la seule question est celle de savoir si la déduction devient « abusive » lorsque le revenu ou la perte est réattribué au cédant (l'appelant) en application des règles d'attribution entre époux énoncées aux par. 73(1) et 74.1(1).

[59] À mon avis, la dimension conjugale, qui était absente dans l'affaire *Singleton*, ne devrait pas rendre la série d'opérations globalement abusive. Après tout, la Loi ne décourage pas le transfert de biens à leur juste valeur marchande entre époux. En effet, en permettant le transfert d'un bien à l'époux au prix de base rajusté pour l'auteur du transfert, le législateur a voulu rendre l'opération attrayante. Si la planification fiscale n'était pas abusive dans l'affaire *Singleton*, je ne crois pas que le ministre ait établi l'évitement fiscal abusif dans la présente espèce, qui se distingue uniquement par sa dimension conjugale. Je suis donc d'avis d'accueillir les pourvois.

Overview

[60] My colleague LeBel J. concludes that the series of transactions in the two appeals at issue here not only amounted to tax avoidance (which it was conceded to be) but *abusive* tax avoidance in the GAAR sense that the series of transactions initiated by the husband's sale of dividend-producing shares to his wife, and ending with his deduction of the interest on the loan used to fund the share acquisition, frustrated "the object, spirit or purpose of one or more of the provisions relied on by the taxpayer" (para. 2). It is true that by means of a series of transactions, the appellant turned the equity in his shares into the part purchase (with his wife) of a house, but as stated, *Singleton* illustrates the proposition that there is nothing abusive in principle for a taxpayer to rearrange his or her capital (borrowed or non-borrowed) in a tax efficient manner.

[61] My colleague Rothstein J. finds in s. 74.5(11) a sort of *deus ex machina* to dispose of the appeals on a basis not advanced by any of the parties. When asked at the hearing of the appeal by Rothstein J. about the possible application of s. 74.5(11), counsel for the Minister stated that in the Minister's view s. 74.5(11) "did not address the particular problem[s] of this case" because "the transfer of the shares by the appellant to the wife was not merely to reduce the tax payable on any future dividends. It was really to get the interest expense up to the appellant" (Transcript, at p. 41). The Minister was not prepared even to argue as a matter of *fact* "that one of the main reasons for the transfer or loan was to reduce the amount of tax that would, but for this subsection, be payable" within the meaning of s. 74.5(11). The appellant taxpayer was not called on to meet a case under s. 74.5(11) and I do not believe we should assume a factual basis for the application of s. 74.5(11) ("one of the main reasons") which none of the parties was prepared to support. The Minister defends the disputed reassessment squarely on the basis of the GAAR. The appellant responds that the GAAR, in its own terms, has no application. The proper limits of the GAAR raise questions of considerable interest to both taxpayers

Aperçu

[60] Mon collègue le juge LeBel conclut que la série d'opérations en cause dans les deux présents pourvois constituait non seulement de l'évitement fiscal (ce qui est reconnu), mais aussi de l'évitement fiscal *abusif* au sens de la RGAÉ, c'est-à-dire que les opérations ayant débuté par la vente du mari à l'épouse d'actions donnant droit à des dividendes pour se terminer par la déduction par le mari de l'intérêt payé sur le prêt contracté pour financer l'acquisition des actions allaient à l'encontre « de l'objet ou de l'esprit d'une ou de plusieurs des dispositions invoquées par le contribuable » (par. 2). Il est vrai que grâce à la série d'opérations, l'appelant a transformé sa participation dans le capital-actions en part de copropriété (avec son épouse) d'une résidence. Or, je le répète, l'arrêt *Singleton* enseigne qu'il n'y a rien d'abusif en principe à ce que le contribuable réorganise son capital (emprunté ou non) de façon avantageuse sur le plan fiscal.

[61] Mon collègue le juge Rothstein voit dans le par. 74.5(11) une sorte de *deus ex machina* permettant de trancher le litige sur un fondement qu'aucune des parties ne fait valoir. Interrogé à l'audience par le juge Rothstein au sujet de l'application éventuelle du par. 74.5(11), l'avocate du ministre a dit que, selon ce dernier, ce paragraphe [TRADUCTION] « ne s'appliquait pas aux problèmes particuliers soulevés en l'espèce », car « la cession des actions par l'appelant à l'épouse ne visait pas qu'à réduire l'impôt exigible sur les dividendes futurs. L'objectif véritable était de refilet les frais d'intérêts à l'appelant » (transcription, par. 41). Le ministre n'était même pas disposé à faire valoir sur le plan *factuel* « qu'un des principaux motifs du transfert ou prêt, selon le cas, consiste à réduire l'impôt qui, sans le présent paragraphe, serait payable » au sens du par. 74.5(11). I.e contribuable appelant n'avait pas à réfuter une preuve au regard du par. 74.5(11), et je ne crois pas que l'on devrait supposer, pour l'application de cette disposition, un fondement factuel (« un des principaux motifs ») qu'aucune des parties n'était disposée à reconnaître. Le ministre défend la nouvelle cotisation contestée en s'appuyant catégoriquement sur la RGAÉ. L'appelant oppose que suivant son libellé même, la RGAÉ ne s'applique pas.

and tax collectors. I believe we should respond to these questions and leave the more narrowly circumscribed role of s. 74.5(11) to another day when one or other of the parties sees fit to allege a factual basis for its application.

[62] The Minister takes the selective view that while it was perfectly appropriate for s. 74.1(1) to attribute the net dividend income to increase the tax payable by the appellant, it was abusive for s. 74.1(1) to attribute the losses to him, even though, as I see it, (i) the losses and income were both associated with the same transferred shares, (ii) whether the transfer resulted in net income or loss depended on the fluctuating dividends generated by the shares from year to year and (iii) s. 74.1(1) itself draws no distinction between the attribution of “income or loss[es]”. Counsel for the Minister maintains that “[i]t is perfectly logical that the attribution rule works to attribute back the net income and that application of the GAAR then denies the interest deduction, under 245(2)” (Transcript, at p. 40). With respect, once it is accepted (as it was here by the Federal Court of Appeal) that the wife borrowed money from the bank to purchase the shares, which qualified the interest as deductible under s. 20(1)(c), and that the subsequent bank borrowing secured by a mortgage on the house constituted a refinancing of the original share purchase loan under s. 20(3), which is the result anticipated by *Singleton*, I do not believe that the Minister has shown that the application of the spousal attribution rules to the appellant by operation of law was abusive even though, in the end result, it produced the intended tax benefit. To hold otherwise is to say that whereas it is legitimate for a taxpayer to rearrange his or her capital (borrowed or non-borrowed) in a tax efficient manner, it becomes abusive when the rearrangement involves a sale of property at fair market value between spouses. Introduction of the spousal element, according to the Minister, forfeits the s. 20(1)(c) interest deduction otherwise available under *Singleton*. Neither spouse in this case is to be allowed the benefit even though, under our system of tax assessment,

Les justes limites de l’application de la RGAÉ soulèvent des questions d’un intérêt considérable tant pour le contribuable que pour le percepteur d’impôt. J’estime que nous devrions trancher ces questions et nous prononcer ultérieurement sur le rôle plus étroitement circonscrit du par. 74.5(11) dans un dossier où les parties allégueront un fondement factuel permettant l’application de cette disposition.

[62] Le ministre estime d’une part qu’il était parfaitement légitime d’attribuer à l’appellant, sur le fondement du par. 74.1(1), le revenu de dividendes net, de manière à augmenter l’impôt exigible, mais, d’autre part, qu’il était abusif de lui attribuer en application du même paragraphe la perte subie, même si, à mon sens, (i) la perte et le revenu se rattachaient aux mêmes actions transférées, (ii) la question de savoir si le transfert avait donné lieu à un revenu net ou à une perte nette dépendait de la fluctuation des dividendes produits par les actions selon les années et (iii) le par. 74.1(1) lui-même ne fait aucune distinction entre l’attribution d’un « revenu ou [d’une] perte ». L’avocate du ministre soutient qu’[TRADUCTION] « [i]l est parfaitement logique que la règle d’attribution permette de réattribuer le revenu net et que la RGAÉ (par. 245(2)) empêche la déduction des intérêts » (transcription, p. 40). En toute déférence, une fois reconnu (par la Cour d’appel fédérale en l’espèce) que l’épouse a emprunté des fonds à la banque pour acheter les actions, ce qui rendait l’intérêt déductible suivant l’al. 20(1)c, et que l’emprunt subséquent garanti par une hypothèque grevant la maison constituait un refinancement du prêt initial contracté pour l’achat des actions suivant le par. 20(3), ce qui correspondait au résultat envisagé dans l’arrêt *Singleton*, je ne crois pas que le ministre a prouvé que l’application à l’appellant par effet de la loi des règles d’attribution entre époux était abusive bien que, en fin de compte, elle ait permis d’obtenir l’avantage fiscal voulu. Conclure le contraire revient à dire que même si le contribuable peut légitimement réorganiser son capital (emprunté ou non) de manière fiscalement optimale, cette réorganisation devient abusive lorsqu’elle englobe la vente d’un bien à l’époux à la juste valeur marchande. Pour le ministre, l’existence de la dimension conjugale fait obstacle à la déductibilité de l’intérêt en application de l’al. 20(1)c confirmée par ailleurs dans

each spouse is taxed individually. As observed in *Jabs Construction Ltd. v. The Queen*, 99 D.T.C. 729 (T.C.C.): “Section 245 is an extreme sanction. It should not be used routinely every time the Minister gets upset just because a taxpayer structures a transaction in a tax effective way, or does not structure it in a manner that maximizes the tax” (para. 48).

Identification of the Alleged Abuse

[63] The GAAR declares that a transaction or series of transactions which comply with the letter of the *Income Tax Act* may nevertheless be disallowed if the result is directly or indirectly “a misuse of the provisions [of the Act] or . . . an abuse having regard to [the] provisions [of this Act], other than this section, read as a whole” (s. 245(4)). The principles governing the application of the GAAR were considered by the Court in the companion cases of *Canada Trustco*, where the GAAR was held not to be applicable, and *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643 (“*Kaulius*”), where the GAAR was applied to disallow deductions claimed by the taxpayers. *Canada Trustco* recognized that the line between legitimate tax minimization and abusive tax avoidance is “far from bright” (para. 16). This has proven to be an understatement, and must be read together with the rule in *Canada Trustco* that

[i]f the existence of abusive tax avoidance is unclear, the benefit of the doubt goes to the taxpayer. [para. 66, point 3]

[64] In my view, when the series of transactions at issue in this case is properly characterized, it is a tax avoidance scheme that falls on the *Canada Trustco* side of the line, and should not have been found to be abusive under the GAAR.

[65] Here, as in *Canada Trustco* and *Kaulius*, it is clear that the series of transactions in question

l’arrêt *Singleton*. En l’espèce, aucun des époux n’a droit à l’avantage bien que, dans notre régime fiscal, les époux soient assujettis à l’impôt individuellement. Comme le tribunal l’a fait remarquer dans la décision *Jabs Construction Ltd. c. La Reine*, 1999 CanLII 520 (C.C.I.) : « L’article 245 est une sanction extrême. Cela ne doit pas être utilisé de façon routinière chaque fois que le ministre est mécontent du simple fait qu’un contribuable structure une opération d’une manière fiscalement efficace ou ne structure pas une opération d’une manière qui optimise l’impôt » (par. 48).

Nature de l’abus allégué

[63] Suivant la RGAÉ, l’opération ou la série d’opérations qui respecte la lettre de la *Loi de l’impôt sur le revenu* peut néanmoins être écartée lorsqu’elle entraîne directement ou non un « abus dans l’application des dispositions [de la *Loi*] ou [. . .] un abus dans l’application de ces dispositions compte non tenu du présent article lues dans leur ensemble » (par. 245(4)). Dans les pourvois connexes *Trustco Canada*, où elle a statué que la RGAÉ était inapplicable, et *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643 (« *Kaulius* »), où elle a appliqué la RGAÉ à l’encontre de la déductibilité alléguée par les contribuables, la Cour s’est penchée sur les principes régissant l’application de la RGAÉ. L’arrêt *Trustco Canada* reconnaît que la ligne de démarcation entre la réduction légitime de l’impôt et l’évitement fiscal abusif est « loin d’être nette » (par. 16). C’est le moins qu’on puisse dire, et il faut y ajouter le principe suivant établi dans le même arrêt :

S’il n’est pas certain qu’il y a eu évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable. [par. 66, point 3]

[64] À mon avis, une fois correctement qualifiée, la série d’opérations visée en l’espèce constitue un stratagème d’évitement fiscal semblable à celui considéré dans l’affaire *Trustco Canada* et elle n’aurait pas dû être jugée abusive au sens de la RGAÉ.

[65] Comme dans les affaires *Trustco Canada* et *Kaulius*, il est clair que la série d’opérations a

produced a tax benefit in some years for the appellant, and that the “shuffle of cheques” (as these schemes are sometimes characterized) was designed to obtain a tax benefit. Nevertheless the following cautionary observations in *Canada Trustco* are pertinent:

The courts cannot search for an overriding policy of the Act that is not based on a unified, textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions in issue. . . . To send the courts on the search for some overarching policy and then to use such a policy to override the wording of the provisions of the *Income Tax Act* would inappropriately place the formulation of taxation policy in the hands of the judiciary

Second, to search for an overriding policy of the *Income Tax Act* that is not anchored in a textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions that are relied upon for the tax benefit would run counter to the overall policy of Parliament that tax law be certain, predictable and fair, so that taxpayers can intelligently order their affairs. [Emphasis added; paras. 41-42.]

Counsel for the Minister argues that the appellant “wanted to take advantage of the tax-free rollover. He wanted to sell the shares to his wife in order to trigger the income-earning use, but he didn’t want the consequences that a sale of shares would normally carry with it” (Transcript, at p. 47). But this is precisely the outcome contemplated by Parliament when it enacted the spousal attribution rules. The outcome was not so much an abuse “of the specific provisions” as it was a fulfilment of them. The Minister’s argument paints with too broad a brush. *Canada Trustco* requires him to identify the misuse and abuse of an “object, spirit or purpose” that is “anchored in a textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions that are relied upon for the tax benefit” (para. 42 (emphasis added)). By ignoring the initial sale of shares and recharacterizing the interest payment in relation thereto as nothing more than interest on a house mortgage, and effectively arguing for a stand-alone prohibition on the deductibility of a house mortgage interest (despite *Singleton*), the Minister, with respect, engages in the sort of

permis à l’appelant de bénéficier d’un avantage fiscal pendant quelques années et que l’« échange de chèques » (expression parfois utilisée pour qualifier ce type de stratagème) visait l’obtention d’un avantage fiscal. Néanmoins, les mises en garde suivantes formulées dans l’arrêt *Trustco Canada* valent d’être citées :

Les tribunaux ne peuvent chercher une politique prépondérante de la Loi qui n’est pas fondée sur une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions en cause. [. . .] Demander aux tribunaux de chercher une politique globale quelconque pour ensuite se servir de cette politique pour passer outre au libellé des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* reviendrait à confier indûment à l’appareil judiciaire l’établissement de politiques fiscales. . . .

Deuxièmement, la recherche d’une politique prépondérante de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui n’est pas fondée sur une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions invoquées pour obtenir l’avantage fiscal irait à l’encontre de la politique globale du législateur voulant que le droit fiscal soit certain, prévisible et équitable afin que le contribuable puisse organiser intelligemment ses affaires. [Je souligne; par. 41-42.]

L’avocate du ministre prétend que l’appelant [TRADUCTION] « voulait se prévaloir du transfert en franchise d’impôt. Il voulait vendre les actions à son épouse pour donner lieu à une utilisation produisant un revenu, mais se soustraire aux conséquences habituelles d’une vente d’actions » (transcription, p. 47). Or, c’est précisément le résultat envisagé par le législateur lors de l’adoption des règles d’attribution entre époux. Il s’agit, de la part de l’appelant, non d’un véritable abus « des dispositions invoquées », mais bien de leur pleine application. La thèse du ministre dépasse les limites. Suivant l’arrêt *Trustco Canada*, le ministre doit décrire l’abus de « l’objet ou l’esprit » des dispositions « [selon] une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions invoquées pour obtenir l’avantage fiscal » (par. 42 (je souligne)). En faisant fi de la vente initiale des actions, en considérant plutôt les intérêts payés à cet égard comme de simples intérêts sur le prêt hypothécaire résidentiel et en faisant effectivement valoir la non-déductibilité en soi de l’intérêt hypothécaire (malgré l’arrêt *Singleton*), le ministre, en toute déférence, s’en remet plus ou

vague appeal to “overriding policy” or “overarching policy” that *Canada Trustco* sought to eliminate from the GAAR analysis (para. 41).

[66] The Minister argues that Mr. Lipson’s use of the attribution rules was abusive because he used them to reduce his tax. At the same time, his counsel readily acknowledged at the hearing that s. 74.1(1) can operate to transfer a loss from the lower income spouse up to the higher income spouse (Transcript, at p. 46), thereby opening the door to the higher income spouse (in this case Mr. Lipson) to reduce his tax (see further para. 75 below). Of course Mr. Lipson obtained a tax benefit in some years but the Minister’s proposition would, in this respect, further blur the distinction under the GAAR between tax avoidance and *abusive* tax avoidance. As *Canada Trustco* states:

Even if an avoidance transaction is established under the s. 245(3) inquiry, the GAAR will not apply to deny the tax benefit if it may be reasonable to consider that it did not result from abusive tax avoidance under s. 245(4), as discussed more fully below. [para. 35]

[67] In my opinion the Minister has failed to identify a specific policy shown to be frustrated by the appellant’s plan. The approbation by the Court of the Minister’s resort to vague generalities or “overriding policy” would only increase the element of uncertainty in tax planning that *Canada Trustco* sought to avoid.

The Series of Transactions

[68] In order to gain a proper appreciation of the context in which abuse is alleged to have resulted, it is useful to identify each distinct legal step in the series of transactions, and relate that step to the relevant provision of the *Income Tax Act*. Of course, in the GAAR analysis, the entire series of transactions must ultimately be taken into consideration to determine whether the tax benefit results from an abuse of the provisions relied upon.

moins à une espèce de « politique prépondérante » ou « politique globale » que notre Cour, dans l’arrêt *Trustco Canada*, a voulu exclure de l’analyse que commande la RGAÉ (par. 41).

[66] Le ministre fait valoir que M. Lipson a eu recours aux règles d’attribution de manière abusive, car il les a utilisées pour réduire son impôt. Pourtant, son avocat a volontiers reconnu à l’audience que le par. 74.1(1) peut s’appliquer pour que l’époux moins bien nanti transfère une perte à l’époux mieux nanti (transcription, p. 46), permettant ainsi à l’époux plus fortuné (en l’occurrence M. Lipson) de réduire l’impôt exigible (voir également le par. 75 des présents motifs). Certes, M. Lipson a bénéficié d’un avantage fiscal pendant quelques années, mais la thèse du ministre sur ce point, si elle était retenue, brouillerait davantage la ligne de démarcation entre l’évitement fiscal et l’évitement fiscal *abusif* pour les besoins de la RGAÉ. Notre Cour a dit ce qui suit dans l’arrêt *Trustco Canada* :

Comme nous le verrons en détail plus loin, même si l’examen fondé sur le par. 245(3) permet de constater l’existence d’une opération d’évitement, la RGAÉ ne permet pas de supprimer l’avantage fiscal dont il est raisonnable de considérer qu’il ne découle pas d’un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4). [par. 35]

[67] J’estime que le ministre a omis de mettre au jour la politique précise que contrecarrerait le stratagème de l’appelant. Si notre Cour permettait au ministre de s’en remettre à de vagues généralités ou à l’existence d’une « politique prépondérante », l’incertitude entourant la planification fiscale qu’elle a voulu lever en rendant l’arrêt *Trustco Canada* n’en serait que plus grande.

La série d’opérations

[68] Pour bien saisir le contexte dans lequel il y aurait eu abus, il convient de relever chacune des étapes distinctes de la série d’opérations et de la relier à la disposition pertinente de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Évidemment, l’analyse fondée sur la RGAÉ exige finalement que l’on tienne compte de la série d’opérations en entier pour déterminer si l’avantage fiscal découle d’un abus dans l’application des dispositions invoquées.

[69] Counsel for the Minister concedes that the GAAR does not permit the re-characterization of these individual transactions. “[E]ach transaction has to be respected for what it is” (Transcript, at p. 35).

[70] At the outset, the appellant owned a substantial block of stock in Lipson Family Investments Ltd. (which I will refer to as “Holdco”). At the conclusion of the series of transactions, he was no longer the owner of \$562,500 of the stock. It had been sold to his wife, Jordanna, at what the Minister does not dispute was fair market value.

[71] The wife did not have the cash on hand to buy the shares, so she took out a \$562,500 bank loan. I agree with the Federal Court of Appeal that, viewed in isolation, the interest on this loan was clearly deductible under s. 20(1)(c) of the Act as money borrowed to acquire an income-producing asset, i.e. the shares in Holdco. Noël J.A. wrote:

Jordanna having acquired an income producing asset and having financed the cost of acquisition, there is an obvious link between the borrowed money and a current eligible use. As such, paragraph 20(1)(c) cannot be said to have been misused.

(2007 FCA 113, [2007] 4 F.C.R. 641, at para. 40)

In other words, deductibility of the interest on the share purchase loan satisfied both the letter *and* the spirit of s. 20(1)(c).

[72] Prior to the share purchase, but plainly as part of the same series of transactions, the appellant and his wife agreed to purchase a house for \$750,000. On closing, the Lipsons took out a \$562,500 mortgage whose proceeds were used to pay off the wife’s bank loan. The advantage to the bank of this refinancing was that the \$562,500 loan was now secured by a \$750,000 house. The Minister concedes that the \$562,500 mortgage loan is properly considered to be a refinancing of the \$562,500 stock purchase loan. (It is true that the husband was co-charger on the mortgage, but this was necessarily so, given his joint ownership interest in

[69] L’avocate du ministre reconnaît que la RGAÉ ne permet pas de qualifier à nouveau ces opérations individuelles. [TRADUCTION] « [C]haque des opérations doit être respectée pour ce qu’elle est » (transcription, p. 35).

[70] Au départ, l’appelant détenait un important bloc d’actions de Lipson Family Investments Ltd. (ci-après « Holdco »). Au terme des opérations successives, il a cessé d’être propriétaire d’actions d’une valeur de 562 500 \$. Il les avait vendues à son épouse, Jordanna, à un prix qui, de l’aveu du ministre, correspondait à leur juste valeur marchande.

[71] Comme elle ne disposait pas de la somme nécessaire pour acheter les actions, l’épouse de l’appelant a emprunté 562 500 \$ à la banque. Je conviens avec la Cour d’appel fédérale que, considéré en vase clos, l’intérêt sur ce prêt était clairement déductible suivant l’al. 20(1)(c) de la Loi, car l’argent avait été emprunté pour acquérir un bien productif de revenu, à savoir les actions de Holdco. Le juge Noël dit ce qui suit :

Jordanna ayant acquis un actif productif de revenu et ayant financé le coût de l’acquisition, il y a un lien évident entre l’argent emprunté et une utilisation admissible courante. On ne saurait donc dire qu’il y a eu abus de l’alinéa 20(1)(c).

(2007 CAF 113, [2007] 4 R.C.F. 641, par. 40)

En d’autres mots, la déductibilité des intérêts sur le prêt contracté pour acheter les actions était conforme au texte *et* à l’esprit de l’al. 20(1)(c).

[72] Avant l’achat des actions, mais clairement dans le cadre de la même série d’opérations, l’appelant et son épouse ont convenu d’acheter une maison au coût de 750 000 \$. À la date de transfert du droit de propriété, les Lipson ont contracté un prêt hypothécaire dont le montant de 562 500 \$ a été affecté au remboursement du prêt bancaire de M^{me} Lipson. Ce refinancement présentait un avantage pour la banque en ce que le prêt de 562 500 \$ était dès lors garanti par une maison d’une valeur de 750 000 \$. Le ministre reconnaît que le prêt hypothécaire de 562 500 \$ est à juste titre considéré comme un refinancement du prêt de 562 500 \$ contracté pour

the \$750,000 house.) Interest payments were made from a joint account. There is no evidence about the source of funds going into that account. The Minister concedes that viewed in isolation s. 20(3) properly applied to preserve the deductibility of the interest payments. If the Minister's position were otherwise, the parties would be arguing about deductibility under s. 20(3), not the GAAR.

[73] Deductibility is based on the use of the borrowed funds prior to the refinancing (in this case the purchase of income-producing shares), not on the nature of the security eventually provided to secure the refinanced borrowings. Again, I agree with the Federal Court of Appeal that, viewed in isolation, the refinancing of the share purchase loan preserved the deductibility of the interest payments. Noël J.A. wrote:

In this case, the mortgage loan was used to repay the money which had been previously borrowed to purchase the shares. As such, the text, context and purpose of subsection 20(3), is to attribute to the mortgage loan the same purpose as the demand loan. Again, ignoring the overall purpose identified by Bowman C.J., I see no basis for holding that there has been an abuse or a misuse of that provision. [para. 42]

[74] At this point, in the sequence of events, the choice offered by Parliament in s. 73(1) presents itself, as explained by Bowman C.J.T.C.:

Subsection 73(1) has as its purpose the facilitation of inter-spousal transfers of property without immediate tax consequences. Such transfers, in the case of non-depreciable property, are deemed to take place at the transferor's [adjusted cost base] unless the transferor elects to have subsection 73(1) not apply.

(2006 TCC 148, [2006] 3 C.T.C. 2494, at para. 21)

The appellant *could* have elected not to enjoy the s. 73(1) rollover. In that event, the disposition of the shares would have been subject to the capital gains tax provisions. However, he did not make that

acheter des actions. (Il est vrai que le mari était codébiteur hypothécaire, mais il devait nécessairement en être ainsi puisqu'il était copropriétaire de la maison de 750 000 \$.) Les intérêts étaient payés par prélèvement sur un compte conjoint. Aucun élément ne précise la provenance des fonds déposés dans ce compte. Le ministre concède que, considéré isolément, le par. 20(3) s'appliquait bel et bien de manière à préserver la déductibilité de l'intérêt. Si la thèse du ministre était différente, les parties débattraient de la déductibilité en fonction du par. 20(3), et non de la RGAÉ.

[73] La déductibilité tient à l'utilisation des fonds empruntés avant le refinancement (en l'espèce, l'achat d'actions produisant un revenu), et non à la nature de la sûreté finalement consentie pour garantir les emprunts refinancés. Encore là, je conviens avec la Cour d'appel fédérale que, considéré isolément, le refinancement du prêt contracté pour acheter des actions assurait la déductibilité de l'intérêt. Le juge Noël dit ce qui suit :

En l'espèce, le prêt hypothécaire a servi à rembourser la somme qui avait été auparavant empruntée pour acheter les actions. Le texte, le contexte et l'objet du paragraphe 20(3) attribuent donc au prêt hypothécaire la même fin qu'au prêt remboursable sur demande. Encore une fois, si l'on ne tient pas compte de l'objet global défini par le juge en chef Bowman, je ne vois aucune raison de dire qu'il y a eu abus de ladite disposition. [par. 42]

[74] À ce stade, dans la suite des événements, le choix prévu par le législateur au par. 73(1) se dessine, comme l'explique le juge en chef Bowman :

Le paragraphe 73(1) a pour objet de faciliter les transferts de biens entre époux ou conjoints sans attributs fiscaux immédiats. De tels transferts, s'il s'agit de biens non amortissables, sont réputés avoir lieu au [prix de base rajusté] pour l'auteur du transfert, à moins que ce dernier ne choisisse de soustraire le bien à l'application du paragraphe 73(1).

(2006 CCI 148, [2006] A.C.I. n° 174 (QL), par. 21)

L'appellant *aurait pu* choisir de ne pas se prévaloir du mécanisme prévu au par. 73(1), auquel cas la vente des actions aurait été assujettie aux dispositions sur l'imposition des gains en capital. Toutefois, il ne l'a

election, and as the Federal Court of Appeal held, *per* Noël J.A.:

Subsection 73(1) also operated as intended. The shares were transferred from the appellant to Jordanna on a rollover basis (i.e., at the appellant's [adjusted cost base]) and any future gain or loss resulting from the disposition of the shares by Jordanna will be attributed back to the appellant. [para. 37]

[75] Since the appellant did not opt out of s. 73(1), any income or loss from the shares in the hands of Jordanna are deemed to be that of the appellant pursuant to s. 74.1(1) of the *Income Tax Act*. This is understandable. If for tax purposes there is no realization of the property, then for tax purposes Parliament has decided that the income or losses should stay with the transferor.

[76] My colleague LeBel J. states that “the purpose of s. 74.1(1) is to prevent spouses from reducing tax by taking advantage of their non-arm’s length relationship when transferring property between themselves” (para. 42). This concept of an abuse of s. 74.1(1) is so broad that it would include interspousal transfers of assets at fair market value for *bona fide* economic reasons. It offers, I think, too large a field of operation for the GAAR. The reality is that such a reduction in the total amount of tax is the likely result of any interspousal rollover from a higher income spouse to a lower income spouse, a result that s. 74.1 plainly contemplates. Nowhere in the provisions at issue does Parliament indicate that attribution of a loss could only be made from lower income spouses to higher income spouses. On the contrary, even counsel for the Minister acknowledged at the hearing that

there could be a situation where it is the lower-income spouse transferring a loss up to the higher-income spouse. It can work both ways and that is why you have “income or loss.” [Transcript, at p. 46]

Further, it seems that my colleague’s definition of s. 74.1(1) abuse is framed broadly enough to include *any* debt-financed transfer of assets between spouses where the tax consequences are attributed

pas fait, et la Cour d’appel fédérale conclut ce qui suit par la voix du juge Noël :

Le paragraphe 73(1) s’est également appliqué comme prévu. Les actions sont passées de l’appelant à Jordanna par roulement (c’est-à-dire au [prix de base rajusté] de l’appelant), et tout gain ou perte futur résultant de la disposition des actions par Jordanna sera réattribué à l’appelant. [par. 37]

[75] Comme l’appelant n’a pas soustrait les actions à l’application du par. 73(1), le revenu qu’en tire M^{me} Lipson ou la perte qui en découle pour elle est réputé être celui ou celle de l’appelant en vertu du par. 74.1(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et cela se comprend. Le législateur a voulu, lorsque aucun bien n’est réalisé aux fins de l’impôt, que l’auteur du transfert conserve le revenu ou la perte pour les besoins de l’impôt.

[76] Mon collègue le juge LeBel fait observer que « le par. 74.1(1) vise à empêcher les époux de réduire l’impôt exigible en tirant avantage de leur lien de dépendance lors du transfert d’un bien de l’un à l’autre » (par. 42). Cette conception de l’abus dans l’application du par. 74.1(1) est si large qu’elle inclut le transfert de biens entre époux à la juste valeur marchande pour des motifs financiers valables. À mon avis, cette interprétation confère une trop grande portée à la RGAÉ. Dans les faits, tout transfert d’un bien de l’époux dont le revenu est supérieur à l’époux dont le revenu est inférieur entraîne une réduction de l’impôt total exigible, comme le prévoit clairement l’art. 74.1. Les dispositions en cause ne permettent aucunement de conclure qu’une perte ne peut être attribuée que de l’époux au revenu inférieur à l’époux au revenu supérieur. Au contraire, et l’avocate du ministre l’a même reconnu à l’audience :

[TRADUCTION] . . . il pourrait arriver que l’époux dont le revenu est inférieur transfère une perte à l’autre. Le transfert peut se faire dans les deux sens, et c’est pourquoi on parle de « revenu ou perte ». [transcription, p. 46]

De plus, il semble que l’abus du par. 74.1(1) au sens où l’entend mon collègue soit large au point d’englober *tout* transfert de bien entre époux financé par emprunt lorsque les attributs fiscaux sont

back to the transferor spouse, whether such attribution happens because the transferor fails to make the election out of s. 73(1) or because the election is not available in the circumstances. This too gives the GAAR too wide a field of potential operation, in my view.

[77] The focus of my colleague's analysis is the appellant's ability to deduct the interest expense against dividend income, and thus to reduce his taxable income from what it would have been if the series of transactions had never taken place. Yet the Minister seems to concede that the *Singleton* deduction *per se* is not abusive. And as well, the Minister seems to accept that the deduction would not be abusive if the "income or loss" had been left in the wife's hands. Before the transactions in *Singleton* occurred, it will be recalled, Singleton was responsible for the tax consequences of his partnership stake and there was no interest deduction. Then he withdrew his stake, spent the proceeds on a house, and borrowed money to deposit back into the partnership. The end result was that the partnership stake remained with Singleton — along with a new interest deduction. If the interest deduction is not *per se* abusive, I do not believe the Minister has shown why it becomes abusive with the addition of a spousal rollover that operates precisely as it was intended by Parliament to operate.

[78] When Parliament used the words "income or loss" in s. 74.1(1), it expressly contemplated that regardless of the relative income of the spouses, interest expenses incurred by the transferee (here the wife) will in the circumstances dictated by Parliament be attributed to the transferor (here the appellant). Section 74.1(1) does not change the ownership of the property. It simply attributes the net income or loss arising from the transferred property to the transferor in circumstances where the transferor has decided not to opt for a deemed disposition and thereby risk capital gains tax.

[79] Parliament recognized that an attribution back to the transferor spouse might be inappropriate

réattribués à l'auteur du transfert, que cette réattribution intervienne parce que le cédant ne soustrait pas le bien à l'application du par. 73(1) ou qu'il ne peut le faire dans les circonstances. Et là encore, la portée éventuelle de la RGAÉ est selon moi bien trop grande.

[77] L'analyse de mon collègue met l'accent sur la faculté qu'a l'appelant de déduire les frais d'intérêts du revenu de dividendes, de sorte que son revenu imposable soit inférieur à ce qu'il aurait été sans la série d'opérations. Pourtant, le ministre semble concéder que la déduction considérée dans l'affaire *Singleton* n'était pas abusive en soi. Et il paraît reconnaître que la déduction effectuée en l'espèce ne serait pas abusive si M^{me} Lipson avait conservé « le revenu ou la perte ». Il importe de rappeler que dans l'affaire *Singleton*, avant que ne soient effectuées les opérations en cause, le contribuable assumait les attributs fiscaux de sa participation dans la société de personnes et nul intérêt n'était déductible. Puis, il avait retiré sa participation, affecté la somme à l'achat d'une maison et contracté un prêt pour renflouer son compte de capital dans la société de personnes. Finalement, M. Singleton avait conservé sa participation dans la société de personnes — en sus de la déductibilité nouvelle de l'intérêt. Si celle-ci n'est pas abusive en soi, je ne crois pas que le ministre a établi en quoi elle le devient du fait qu'il y a un transfert libre d'impôt entre époux ayant précisément l'effet voulu par le législateur.

[78] Par l'emploi des mots « le revenu ou la perte » au par. 74.1(1), le législateur a expressément envisagé que malgré la différence des revenus des époux, les frais d'intérêts du cessionnaire (en l'espèce, l'épouse) puissent, aux conditions prescrites, être attribués au cédant (en l'espèce, l'appelant). Le paragraphe 74.1(1) ne modifie pas la propriété du bien, mais attribue seulement le revenu net ou la perte nette découlant du bien transféré à l'auteur du transfert lorsque ce dernier n'a pas opté pour la disposition présumée et s'expose donc à l'exigibilité d'un impôt sur le gain en capital.

[79] Le législateur a reconnu que la réattribution à l'auteur du transfert pouvait être inopportune dans

in some circumstances. The attribution rules include an anti-avoidance provision. Section 74.5(11) provides that the spousal attribution rules

do not apply to a transfer or loan of property where it may reasonably be concluded that one of the main reasons for the transfer or loan was to reduce the amount of tax that would, but for this subsection, be payable under this Part on the income and gains derived from the property or from property substituted therefor.

The Minister made no attempt to bring this case within s. 74.5(11) (Respondent's Factum, at para. 45).

[80] In an effort to identify the "object, spirit or purpose" of s. 74.1(1) abused by the appellant's plan, my colleague LeBel J. states, as mentioned, that "the attribution rules in ss. 74.1 to 74.5 are anti-avoidance provisions whose purpose is to prevent spouses (and other related persons) from reducing tax by taking advantage of their non-arm's length status when transferring property between themselves" (para. 32). In my respectful view, what LeBel J. believes s. 74.1(1) is designed to *prevent* is actually a reasonable statement of what s. 74.1(1) seeks to *permit*. This case, as my colleague appears to acknowledge at para. 32, is not about income splitting. The taxpayer's evident purpose was to postpone capital gains tax on the transfer of property to the wife while in the meantime allowing any "income or loss[es]" to be attributed to himself.

[81] My colleague further says at para. 42 that "[t]he only way the Lipsons could have produced the result in this case was by taking advantage of their non-arm's length relationship." I agree, but, far from constituting an *indicia* of abuse, the spousal relationship is precisely the reason Parliament permits the attribution of income or loss back to the transferor. In other words, in my respectful view, the tax consequence my colleague condemns is precisely the consequence called for by s. 74.1(1) unless the taxpayer opts out. Thus, in the view of Noël J.A. writing for the Federal Court of Appeal:

certain cas. Les règles d'attribution entre époux renferment une disposition anti-évitement — le par. 74.5(11) —, qui prévoit qu'elles

ne s'appliquent pas à un transfert ou prêt de biens lorsqu'il est raisonnable de conclure qu'un des principaux motifs du transfert ou prêt, selon le cas, consiste à réduire l'impôt qui, sans le présent paragraphe, serait payable en vertu de la présente partie sur le revenu et les gains dérivés du bien ou d'un bien y substitué.

Le ministre ne prétend pas que le par. 74.5(11) s'applique à la présente espèce (mémoire de l'intimée, par. 45).

[80] Afin de déterminer « l'objet ou l'esprit » du par. 74.1(1) dont l'appelant aurait abusé par son stratagème, mon collègue le juge LeBel affirme, je le rappelle, que « les règles d'attribution prévues aux art. 74.1 à 74.5 constituent des dispositions anti-évitement destinées à empêcher les époux (ou d'autres contribuables ayant un lien de dépendance entre eux) de réduire l'impôt exigible en tirant avantage de ce lien de dépendance lorsque l'un d'eux transfère un bien à l'autre » (par. 32). En toute déférence, ce que le par. 74.1(1) vise selon lui à *empêcher* est en fait ce que la disposition vise à *permettre* si on l'interprète correctement. Comme mon collègue le juge LeBel paraît le reconnaître au par. 32 de ses motifs, la présente espèce n'a pas pour objet le fractionnement du revenu. Le but évident du contribuable était de reporter l'impôt sur le gain en capital réalisé lors du transfert des biens à son épouse tout en s'attribuant dans l'intervalle le « revenu » ou la « perte ».

[81] Mon collègue ajoute au par. 42 que « [c]e n'est qu'en tirant avantage de leur lien de dépendance que les Lipson pouvaient obtenir ce résultat en l'espèce. » Je suis d'accord. Mais loin de constituer un indice d'abus, le lien conjugal est précisément à l'origine de la décision du législateur de permettre la réattribution du revenu ou de la perte à l'auteur du transfert. Autrement dit, à mon humble avis, les conséquences fiscales que réproouve mon collègue sont justement celles censées découler du par. 74.1(1), à moins que le contribuable ne se soustraie à son application. D'où la conclusion que tire la Cour d'appel fédérale par la voix du juge Noël :

Considering the transactions as they unfolded, the purposes of subsections 74.1(1) and 73(1) were fulfilled. The appellant (presumably in a higher tax bracket his counsel suggests) transferred the shares to his spouse with the result that (pursuant to subsection 74.1(1)) any income or loss incurred by Jordanna with respect to the shares was attributed back to the appellant. [Emphasis added; para. 36.]

I agree with the Federal Court of Appeal to the extent that it recognized that the specific purposes of ss. 74.1(1) and 73(1) were fulfilled, not abused. In my view, moreover, the additional fact that the attribution occurred as part of a *Singleton* “shuffle” does not render the “series of transactions” abusive unless the *Singleton* shuffle itself is abusive, which is a position the Minister declined to advance.

[82] In one of the three years at issue, the appellant’s failure to opt out resulted in an *increase* in the appellant’s income. In 1995, the taxable dividend paid on the transferred shares and attributed to him under s. 74.1(1) exceeded the interest expense paid on the loan. In the other two years (1994 and 1996), the interest expense exceeded the Holdco dividends. Whether or not the appellant suffers a loss or gains additional income in any particular taxation year depends on the fluctuating amount of the dividends. There was no evidence about the dividend practice or policy of Holdco.

[83] In the Minister’s view, apparently, the spousal attribution rules provided in this case a narrow bridge over which income may pass, but not losses.

Identification of the “Overall Purpose”

[84] Having accepted that none of the transactions in the series, taken in isolation, offended the letter or intent of the tax provisions relied upon by the appellant, the Federal Court of Appeal nevertheless upheld the Tax Court on the basis of the view of the trial judge that “[t]he overall purpose of the scheme obviously was to make the interest

Compte tenu des opérations telles qu’elles se sont déroulées, les objets des paragraphes 74.1(1) et 73(1) ont été atteints. L’appellant (son avocat suggère qu’il se trouve probablement dans une tranche d’imposition plus élevée) a transféré les actions à son épouse, le résultat étant que, en application du paragraphe 74.1(1), le revenu gagné ou la perte subie par Jordanna au titre des actions a été réattribué à l’appellant. [Je souligne; par. 36.]

Je suis d’accord avec elle dans la mesure où elle reconnaît que les objets spécifiques des par. 74.1(1) et 73(1) ont été respectés et qu’il n’y a pas eu d’abus. De plus, le fait supplémentaire que la réattribution est intervenue dans le cadre d’un échange apparenté à celui de l’affaire *Singleton* ne saurait rendre la série d’opérations abusive à moins que dans cette autre affaire l’échange ne l’ait été lui-même, ce que le ministre n’a pas fait valoir.

[82] Pendant l’une des trois années d’imposition en cause, l’omission de l’appellant de faire le choix prévu dans la Loi a entraîné l’*augmentation* de son revenu. En 1995, les dividendes imposables versés sur les actions transférées et attribués à l’appellant en vertu du par. 74.1(1) dépassaient les frais d’intérêts liés au prêt. Pendant les deux autres années d’imposition (1994 et 1996), les frais d’intérêts ont été supérieurs aux dividendes versés par Holdco. Le fait que l’appellant subit une perte ou touche un revenu supplémentaire pour l’une ou l’autre des années d’imposition dépend de la fluctuation du montant des dividendes. Aucun élément de preuve n’a été offert concernant la politique de Holdco en matière de dividendes.

[83] Il appert qu’aux yeux du ministre, les règles d’attribution entre époux jetaient en l’espèce une passerelle permettant le passage du revenu, mais non celui des pertes.

Détermination de l’« objet global »

[84] Après avoir reconnu qu’aucune des opérations successives, considérées isolément, n’allait à l’encontre de la lettre ou de l’objet des dispositions fiscales invoquées par l’appellant, la Cour d’appel fédérale a néanmoins confirmé la décision du juge de la Cour de l’impôt en se fondant sur sa conclusion selon laquelle « [l]e but global du stratagème

on the mortgage on the home deductible by Earl” (Bowman C.J.T.C., at para. 8). Again, at para. 23, the Tax Court judge stated:

The overall purpose as well as the use to which each individual provision was put was to make interest on money used to buy a personal residence deductible.

This, of course, is the issue subsequently decided in the taxpayer’s favour by *Singleton*.

[85] The Federal Court of Appeal saw nothing wrong with the “overall purpose” approach taken by the Tax Court judge:

Bowman C.J. was entitled to consider the transactions as a whole and their overall purpose in the conduct of his misuse and abuse analysis and to give this factor the weight that he did. [para. 43]

[86] While *Canada Trustco* requires deference to Tax Court judges who have “proceeded on a proper construction of the provisions of the *Income Tax Act*” (para. 66), in my view the “overall purpose” approach that he adopted, and the Federal Court of Appeal accepted, was an error of law that invites our intervention. Identification of “purpose” is relevant to a determination under s. 245(3) about whether the impugned transaction is or is not an “avoidance transaction”. The appellant conceded before the Federal Court that it *was* a tax-avoidance scheme. The focus therefore shifts to s. 245(4) which disallows a tax benefit that would, but for the GAAR, “result directly or indirectly in a misuse [or] abuse”. At that stage, the principal focus is on results, not purpose.

[87] Moreover, it is not sufficient, in my view, for the Minister to offer a general “overall” conclusory snapshot of the series of transactions without regard to the legal relationships thereby created. Here, as in *Singleton*, there was a change in the taxpayer’s position with real economic substance. The

était de toute évidence de faire en sorte que les intérêts sur l’hypothèque prise à l’égard de la maison soient déductibles par M. Lipson » (le juge en chef Bowman, par. 8). Puis, au par. 23, le juge de la Cour de l’impôt ajoute :

L’objet global, de même que l’usage qui a été fait de chaque disposition visaient à rendre déductibles les intérêts sur l’argent utilisé pour acheter une résidence personnelle.

Telle est bien sûr la question que notre Cour a tranchée en faveur du contribuable dans l’arrêt *Singleton*.

[85] La Cour d’appel fédérale n’a rien vu d’erroné dans l’interprétation fondée sur l’« objet global » qu’a adoptée le juge de la Cour de l’impôt :

[L]e juge en chef Bowman était fondé à considérer les opérations comme un tout, ainsi que leur objet global, lorsqu’il s’est demandé s’il y avait eu abus de la disposition, et à accorder à ce facteur le poids qu’il lui a accordé. [par. 43]

[86] L’arrêt *Trustco Canada* commande la retenue envers le juge de la Cour de l’impôt qui « s’est fondé sur une interprétation correcte des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* » (par. 66), mais j’estime que l’interprétation fondée sur l’« objet global » adoptée par la Cour de l’impôt, puis entérinée par la Cour d’appel fédérale, constituait une erreur de droit qui justifie notre intervention. La détermination de l’« objet » est pertinente pour les besoins du par. 245(3) lorsqu’il s’agit de savoir si l’opération en cause constitue ou non une « opération d’évitement ». L’appellant a reconnu devant la Cour fédérale qu’il *s’agissait* bien d’un stratagème d’évitement fiscal. L’examen porte dès lors sur le par. 245(4), lequel empêche tout avantage fiscal qui, sans la RGAÉ, « entraînerait, directement ou indirectement, [. . .] un abus », l’accent étant alors mis principalement sur le résultat, et non sur l’objet.

[87] En outre, j’estime qu’il ne suffit pas au ministre d’offrir une qualification non étayée, générale et « globale » de la série d’opérations sans égard aux rapports juridiques qui en ont résulté. En l’espèce, comme dans l’affaire *Singleton*, il y a eu modification réelle de la situation financière du

wife became owner of the shares. Apart from the spousal attribution rules, which applied automatically as a result of the appellant's failure to opt out of s. 73(1), she would have been taxed on the dividends, and she would have been taxed on the capital gain or loss on the shares when she sold them. While many spouses regard themselves as forming an economic unit, the rate at which spousal units implode serves as a reminder that the economic union of marriage is neither indissoluble nor free of risk. As the Federal Court of Appeal wrote:

In this case, Jordanna borrowed money to acquire shares which had the potential to produce and did produce non-exempt income. The change in the respective ownership positions of the appellant and his spouse is real from both a legal and an economic perspective, and this is unaltered by the distinct treatment which the attribution rules provide for the purposes of the Act. The shares no longer belong to the appellant; they belong to Jordanna. [para. 39]

See also M. Thivierge, "GAAR Redux: After Canada Trustco", in *Report of Proceedings of the Fifty-Eighth Tax Conference* (2007), 4:1; F. Ahmed and C. Priede, "Case Comment — *Lipson v. Canada*" (2007), 17 *Can. Curr. Tax* 77; and T. E. McDonnell, "The Relevance of 'Overall Purpose' in a GAAR Analysis" (2007), 55 *Can. Tax J.* 720.

The Spousal Attribution Rules

[88] Section 74.5(1) provides that the spousal attribution rules do not apply where an individual transfers property to his or her spouse at fair market value *and* elects out of the s. 73(1) spousal rollover. The spousal attribution rules *do* apply if the transferor does *not* elect out of the spousal rollover (as was the case here). Thus, by operation of the spousal attribution rules in ss. 73(1) and 74.1(1), the losses associated with the shares in Holdco were attributed to the appellant.

[89] My colleague LeBel J. concludes that the only provision of the *Income Tax Act* for which

contribuable : son épouse est devenue propriétaire des actions. N'eût été les règles d'attribution entre époux, qui se sont appliquées automatiquement parce que l'appelant n'a pas soustrait les biens en cause à l'application du par. 73(1), l'épouse aurait été assujettie à l'impôt sur les dividendes ainsi qu'à l'impôt sur le gain en capital réalisé ou sur la perte en capital subie lors de la vente des actions. Bien des couples se considèrent comme une unité économique, mais les nombreuses ruptures rappellent que l'union économique issue du mariage n'est ni indissoluble ni exempte de risques. La Cour d'appel fédérale dit d'ailleurs :

En l'espèce, Jordanna a emprunté de l'argent pour acquérir des actions qui promettaient de produire, et ont effectivement produit, un revenu non exonéré. Les changements de propriété respectifs de l'appelant et de son épouse sont réels, tant du point de vue juridique que du point de vue économique, et cela n'est pas modifié par le traitement distinct que les règles d'attribution prévoient aux fins de la Loi. Les actions n'appartiennent plus à l'appelant; elles appartiennent à Jordanna. [par. 39]

Voir aussi M. Thivierge, « GAAR Redux : After Canada Trustco », dans *Report of Proceedings of the Fifty-Eighth Tax Conference* (2007), 4:1; F. Ahmed et C. Priede, « Case Comment — *Lipson v. Canada* » (2007), 17 *Can. Curr. Tax* 77; T. E. McDonnell, « The Relevance of "Overall Purpose" in a GAAR Analysis » (2007), 55 *Rev. fisc. can.* 720.

Les règles d'attribution entre époux

[88] Le paragraphe 74.5(1) prévoit que les règles d'attribution entre époux ne s'appliquent pas lorsqu'un particulier transfère un bien à son époux ou à son épouse à la juste valeur marchande *et* qu'il choisit de ne pas se prévaloir du transfert libre d'impôt entre époux prévu au par. 73(1). Elles *s'appliquent* lorsque, comme en l'espèce, l'auteur du transfert *n'opte pas* pour un transfert libre d'impôt entre époux. Ainsi, par application des règles d'attribution entre époux énoncées aux par. 73(1) et 74.1(1), les pertes liées aux actions de Holdco ont été attribuées à l'appelant.

[89] Mon collègue le juge LeBel conclut que le par. 74.1(1) est la seule disposition de la *Loi de*

the Minister had established abuse contrary to the GAAR is s. 74.1(1) because “the attribution by operation of s. 74.1(1) that allowed Mr. Lipson to deduct the interest in order to reduce the tax payable on the dividend income from the shares and other income, which he would not have been able to do were Mrs. Lipson dealing with him at arm’s length, qualifies as abusive tax avoidance” (para. 42). This conclusion it seems to me, with respect, gives the GAAR a sweeping effect not contemplated in *Canada Trustco* or *Kaulius*.

[90] Counsel for the Minister says that in this case, unlike *Singleton*, there was no rearrangement of capital:

Unlike Mr. Singleton, who had cash sitting in his partnership and was then able to take a mortgage out on his house, Mr. Lipson doesn’t have those options because he has only one pot of money, and that is borrowed money. At the end of the day he uses that borrowed money to buy the house. [Transcript, at p. 53]

The Minister’s argument simply ignores the initial step in the “series of transactions”, whereby the appellant did in fact and in law sell his dividend-generating shares to his wife at fair market value. I do not believe that *Singleton* can be distinguished on the basis suggested by the Minister. While the legal relationships actually created by the taxpayer do not control the application of the GAAR, they cannot be ignored.

[91] *Kaulius* states that “the entire factual context of the series of transactions” must be considered and applied to the provisions, properly interpreted (para. 59). If the Minister wished to contend that the share sale was a sham, it was open to him to make the argument, but he didn’t, and it must therefore be accepted as an essential part of the “series of transactions”.

Was There an Abuse of Section 74.1(1)?

[92] In my view, Parliament must have contemplated that by giving taxpayers a choice under

l’impôt sur le revenu pour laquelle le ministre a établi qu’il y avait eu abus au sens de la RGAÉ du fait que « la réattribution qui, par application du par. 74.1(1), a permis à M. Lipson de déduire l’intérêt de l’impôt payable sur le revenu de dividendes tiré des actions et sur d’autres revenus, ce qu’il n’aurait pu faire n’eût été le lien de dépendance avec M^{me} Lipson, constitue de l’évitement fiscal abusif » (par. 42). En toute déférence, cette conclusion me paraît prêter à la RGAÉ une portée beaucoup plus grande que celle envisagée dans les arrêts *Trustco Canada* et *Kaulius*.

[90] L’avocate du ministre soutient qu’en l’espèce, contrairement à ce qui était le cas dans l’affaire *Singleton*, il n’y a pas eu de réorganisation du capital :

[TRADUCTION] Contrairement à M. Singleton, qui disposait de capitaux dans la société de personnes et qui avait pu ainsi grever sa résidence d’une hypothèque, M. Lipson n’avait pas de telles options, car il n’avait qu’une seule source de financement, soit l’argent emprunté. Et il a utilisé cet argent pour acheter la maison. [transcription, p. 53]

La thèse du ministre fait simplement fi de la première opération de la série par laquelle l’appelant a en fait et en droit vendu à son épouse, à leur juste valeur marchande, ses actions produisant des dividendes. Je ne crois pas qu’on puisse faire la distinction que préconise le ministre d’avec l’affaire *Singleton*. Les rapports juridiques créés par le contribuable ne sont pas déterminants pour l’application de la RGAÉ, mais ils ne peuvent être ignorés.

[91] L’arrêt *Kaulius* dit que « tout le contexte factuel de la série d’opérations » doit être pris en considération et appliqué aux dispositions dûment interprétées (par. 59). Le ministre aurait pu faire valoir que la vente des actions était factice, mais il ne l’a pas fait. La vente doit donc être reconnue comme un maillon essentiel de la « série d’opérations ».

Y a-t-il eu abus du par. 74.1(1)?

[92] À mon avis, le législateur a certainement prévu que s’il offrait un choix au contribuable au

s. 73(1), they would exercise it in a tax-minimizing manner. Once it is accepted that interest is deductible under *Singleton*, the Minister's argument is simply that the appellant's tax plan offended the "object, spirit or purpose" of the spousal attribution rules when the interest deduction was attributed to him by the operation of s. 73(1) and the application of s. 74.1(1). The appellant's counsel suggests that "[t]he attribution rules will always offend the Crown when there is a reduction of tax by virtue of their application" (Transcript, at p. 23). This seems a plausible summary of the Minister's position in this case.

[93] I have already stated the reasons for my conclusion that far from offending the "object, spirit or purpose" of the spousal attribution rules, the appellant's tax plan fulfilled them, or at a minimum did not abuse them.

The Onus Is on the Minister to Establish Abuse

[94] *Canada Trustco* is emphatic that the GAAR "was enacted as a provision of last resort" (para. 21), and Parliament "intends taxpayers to take full advantage of the provisions of the *Income Tax Act* that confer tax benefits" (para. 31). The onus of establishing abuse is on the Minister to identify with some precision the "object, spirit or purpose" frustrated by the impugned series of transactions.

[95] As mentioned earlier, the Minister in the Statement of Agreed Facts and Conclusion acknowledged that the interest was deductible. It is also clear that by virtue of s. 20(3), what is being deducted (despite the refinancing) is correctly characterized for tax purposes as the interest on the original share purchase loan. The only question was whether the deductions available to the wife became abusive when attributed by s. 74.1(1) to the appellant.

[96] My colleague LeBel J. says that the foregoing analysis would essentially "gu[t]" the GAAR provision and "reads it out of the *ITA*" (para. 52), but, with respect, this seems a somewhat apocalyptic

par. 73(1), ce dernier s'en prévaudrait pour réduire son impôt. Une fois établi que l'arrêt *Singleton* reconnaît la déductibilité de l'intérêt, l'argument du ministre revient simplement à dire que le stratagème de l'appelant a contrevenu à « l'objet ou l'esprit » des règles d'attribution entre époux à l'étape où le droit à la déduction des intérêts lui a été attribué par l'effet des par. 73(1) et 74.1(1). L'avocat de l'appelant laisse entendre que [TRADUCTION] « [L]es règles d'attribution dont l'application entraînera une réduction de l'impôt déplairont toujours à l'État » (transcription, p. 23). Cela me semble bien résumer la position du ministre en l'espèce.

[93] J'ai déjà exposé les motifs qui m'incitaient à conclure que, loin de contrevenir à « l'objet ou l'esprit » des règles d'attribution entre époux, le stratagème de l'appelant les respectait ou, du moins, n'en constituait pas un abus.

L'obligation du ministre de prouver l'abus

[94] Dans l'arrêt *Trustco Canada*, notre Cour insiste sur le fait que la RGAÉ « représente une mesure de dernier recours » (par. 21) et que le législateur « veut que les contribuables profitent pleinement des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui confèrent des avantages fiscaux » (par. 31). L'obligation d'établir l'abus exige du ministre qu'il cerne assez précisément « l'objet ou l'esprit » qui serait contrecarré par la série d'opérations.

[95] Rappelons que le ministre reconnaît la déductibilité bien établie des intérêts (exposé conjoint des faits et conclusion, par. 15). Il est clair également que, suivant le par. 20(3), ce qui est déduit (malgré le refinancement) est à juste titre considéré, aux fins de l'impôt, comme l'intérêt sur le prêt initial contracté pour l'achat des actions. La seule question était celle de savoir si les déductions auxquelles avait droit l'épouse sont devenues abusives lorsqu'elles ont été attribuées à l'appelant par l'effet du par. 74.1(1).

[96] Mon collègue le juge LeBel estime que l'analyse qui précède « neutralise » essentiellement la RGAÉ et « en fait abstraction dans la *LIR* » (par. 52). Avec tout le respect que je lui dois, ce verdict

verdict on a disagreement about whether or not the Minister has met his onus of demonstrating abuse of a specific “object, spirit or purpose” arising out of the “specific provisions” relied upon by the taxpayers to claim the tax benefit. It cannot be right that whenever a lower income spouse borrows money to purchase shares from a higher income spouse there is an abuse of the spousal attribution rules unless the transferring spouse opts out of ss. 73(1) and 74.1(1), and thereby forfeits a tax benefit clearly available under the Act. As stated in *Canada Trustco*:

Where Parliament has specified precisely what conditions must be satisfied to achieve a particular result, it is reasonable to assume that Parliament intended that taxpayers would rely on such provisions to achieve the result they prescribe. [para. 11]

[97] In *Kaulius*, at para. 58, the Court was satisfied that “[i]nterpreted textually, contextually and purposefully”, the partnership provisions of the *Income Tax Act* were abused by a series of transactions under which a trust company purported to “sell” unrealized losses to unrelated parties who were entirely at arm’s length. The Court stated that the “abusive nature of the transactions [in issue was] confirmed by the vacuity and artificiality” of the transactions which, in the result, “frustrated Parliament’s purpose of confining the transfer of losses such as these to a non-arm’s length partnership” (para. 62). In this case, the sale of the shares in Holdco was neither vacuous nor artificial. No specific policy was frustrated or defeated by the series of transactions, for the reasons already discussed, in my opinion.

[98] The question here is not whether the series of transactions constituted a tax avoidance scheme. Clearly it did. The appellant readily admits it. However, *Canada Trustco* says that

a finding of abuse is only warranted where the opposite conclusion — that the avoidance transaction was

paraît quelque peu apocalyptique dans la mesure où le litige porte sur la question de savoir si le ministre s’est acquitté de son obligation de démontrer qu’il y avait abus d’un élément précis correspondant à « l’objet ou l’esprit » des « dispositions invoquées » par les contribuables pour se prévaloir de l’avantage fiscal. Il ne saurait y avoir abus des règles d’attribution chaque fois qu’un époux dont le revenu est inférieur contracte un prêt pour acheter les actions d’un époux dont le revenu est supérieur, sauf dans le cas où l’auteur du transfert les soustrait à l’application des par. 73(1) et 74.1(1) et renonce ainsi à l’avantage fiscal que prévoit clairement la Loi. Comme notre Cour l’a dit dans l’arrêt *Trustco Canada* :

Lorsque le législateur précise les conditions à remplir pour obtenir un résultat donné, on peut raisonnablement supposer qu’il a voulu que le contribuable s’appuie sur ces dispositions pour obtenir le résultat qu’elles prescrivent. [par. 11]

[97] Dans l’arrêt *Kaulius*, la Cour a dit être convaincue qu’une série d’opérations par laquelle une société de fiducie « vendait » apparemment des pertes non réalisées à des tiers sans lien de dépendance portait atteinte aux dispositions sur les sociétés de personnes de la *Loi de l’impôt sur le revenu* « interprété[s] de manière textuelle, contextuelle et téléologique » (par. 58). Elle a statué que le « caractère abusif des opérations [était] confirmé par la vacuité et la facticité » de la série d’opérations, de sorte que celle-ci « contrecarrait l’objectif du législateur qui est de réserver le transfert de ce type de pertes aux sociétés ayant un lien de dépendance » (par. 62). Dans la présente affaire, la vente des actions de Holdco n’était ni vide de sens ni factice. Pour les motifs déjà exposés, je ne crois pas que la série d’opérations ait contrecarré quelque politique.

[98] La question qui se pose en l’espèce n’est pas celle de savoir si la série d’opérations constituait un stratagème d’évitement fiscal. C’était clairement le cas. L’appelant le reconnaît volontiers. Toutefois, dans l’arrêt *Trustco Canada*, notre Cour a opiné ce qui suit :

[U]ne conclusion d’abus n’est justifiée que lorsqu’il n’est pas raisonnable de conclure le contraire, c’est-à-

consistent with the object, spirit or purpose of the provisions of the Act that are relied on by the taxpayer — cannot be reasonably entertained. In other words, the abusive nature of the transaction must be clear. [para. 62]

I do not believe the Minister has shown that the abusive nature of this transaction is “clear”. The application of the GAAR in these circumstances, in my respectful view, means paying lip service to the *Duke of Westminster* principle without taking seriously its role in promoting consistency, predictability and fairness in the tax system.

Disposition

[99] I would therefore allow the appeals, with one set of costs throughout.

The following are the reasons delivered by

ROTHSTEIN J. (dissenting) —

Introduction

[100] I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Binnie J. and LeBel J. I am in agreement with their analyses insofar as ss. 20(1)(c) and 20(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“Act”), are concerned. There is no reason why taxpayers may not arrange their affairs so as to finance personal assets out of equity and income earning assets out of debt.

[101] However, I am unable to agree with either of my colleagues’ approaches to the attribution rules.

[102] With respect to the views of my colleague, LeBel J., I do not believe it was appropriate for the Minister to rely on the general anti-avoidance rule (“GAAR”) in this case. In my opinion, the GAAR does not apply here because there is a specific anti-avoidance rule that pre-empted its application. Had the Minister reassessed Mr. Earl Lipson using the relevant specific anti-avoidance provision,

dire que l’opération d’évitement était conforme à l’objet ou à l’esprit des dispositions de la Loi invoquées par le contribuable. Autrement dit, l’opération doit être manifestement abusive. [par. 62]

À mon sens, le ministre n’a pas établi le caractère « clairement » abusif de l’opération. Appliquer la RGAÉ dans ces circonstances équivaut, à mon humble avis, à invoquer pour la forme le principe dégagé dans l’arrêt *Duke of Westminster* sans prendre son rôle au sérieux en ce qui concerne la cohérence, la prévisibilité et l’équité du régime fiscal.

Dispositif

[99] Je suis donc d’avis d’accueillir les pourvois avec dépens devant toutes les cours, à raison d’un seul mémoire de frais.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) —

Introduction

[100] J’ai eu l’avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Binnie et LeBel. Je souscris à leurs analyses en ce qui concerne l’application de l’al. 20(1)c) et du par. 20(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« Loi »). Rien ne s’oppose à ce qu’un contribuable organise ses affaires de façon à acquérir un bien personnel grâce à un financement par actions et un bien productif de revenus grâce à un financement par emprunt.

[101] Cependant, je ne puis souscrire à l’une ou l’autre de leurs interprétations des règles d’attribution.

[102] Pour ce qui concerne l’avis exprimé par mon collègue le juge LeBel, je ne crois pas que le ministre ait eu raison de se fonder sur la règle générale anti-évitement (« RGAÉ »). À mon avis, la RGAÉ ne s’applique pas en l’espèce parce qu’une règle anti-évitement particulière — le par. 74.5(11) — l’emporte sur la règle générale. Si la nouvelle cotisation visant M. Earl Lipson avait été établie sur le

s. 74.5(11), the tax benefit that resulted from Mr. Lipson's use of the attribution rules would have been precluded.

[103] I agree with Binnie J. that the GAAR does not apply in this case. However, I am unable to agree with his reasons because in my view they do not take account of s. 74.5(11) of the Act. He says, at para. 66:

... s. 74.1(1) can operate to transfer a loss from the lower income spouse up to the higher income spouse (Transcript, at p. 46), thereby opening the door to the higher income spouse (in this case Mr. Lipson) to reduce his tax. [Emphasis deleted.]

While s. 74.1(1) permits a net loss to be transferred between spouses, this section must be read harmoniously with s. 74.5(11). I agree with Binnie J. that the attribution of a net loss from a lower income spouse to a higher income spouse can occur, in some cases. However, this is not the case where, as here, s. 74.5(11) precludes the attribution of the net loss because one of the main reasons for the transfer of the shares was to reduce the amount of tax that would be payable on the dividend income derived from the shares. By not addressing s. 74.5(11), Binnie J.'s reasons leave the inaccurate impression that because the GAAR did not apply in this case, nothing in the Act prevented the attribution of the net loss to Mr. Lipson.

Analysis

The Relationship Between the GAAR and Section 74.5(11)

[104] In my opinion, the Minister could not reassess Mr. Lipson's use of the attribution rules on the basis of the GAAR. The Minister can only resort to the GAAR when he has no other recourse. In *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, McLachlin C.J. and Major J. stated at para. 21:

The GAAR was enacted as a provision of last resort in order to address abusive tax avoidance, it was not intended to introduce uncertainty in tax planning.

fondement de cette disposition anti-évitement particulière, l'avantage fiscal issu de l'utilisation des règles d'attribution aurait été supprimé.

[103] Je conviens avec le juge Binnie que la RGAÉ ne s'applique pas au cas considéré en l'espèce. Je ne puis toutefois souscrire à ses motifs car, à mon avis, ils ne tiennent pas compte du par. 74.5(11) de la Loi. Voici ce qu'il dit au par. 66 :

... le par. 74.1(1) peut s'appliquer pour que l'époux moins bien nanti transfère une perte à l'époux mieux nanti (transcription, p. 46), permettant ainsi à l'époux plus fortuné (en l'occurrence M. Lipson) de réduire l'impôt exigible. [Italiques omis.]

Même si le par. 74.1(1) permet le transfert d'une perte nette d'un époux à l'autre, il doit être interprété harmonieusement avec le par. 74.5(11). Le juge Binnie a certes raison d'affirmer que l'époux dont le revenu est inférieur peut dans certains cas transférer une perte nette à l'époux dont le revenu est supérieur. Or, tel n'est pas le cas lorsque, comme en l'espèce, le par. 74.5(11) fait obstacle à l'attribution de la perte nette parce que l'un des principaux objectifs du transfert d'actions est la réduction de l'impôt payable sur les dividendes tirés des actions. En ne se prononçant pas sur l'application de ce paragraphe, le juge Binnie donne erronément à penser que, la RGAÉ ne s'appliquant pas, aucune disposition de la Loi n'empêchait l'attribution de la perte nette à M. Lipson.

Analyse

Le lien entre la RGAÉ et le par. 74.5(11)

[104] À mon sens, le ministre ne pouvait invoquer la RGAÉ pour établir une nouvelle cotisation à l'égard de l'utilisation des règles d'attribution. Il ne peut prendre appui sur la RGAÉ qu'en l'absence de tout autre recours. Dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, la juge en chef McLachlin et le juge Major ont dit ce qui suit au par. 21 :

La RGAÉ, qui représente une mesure de dernier recours destinée à prévenir l'évitement fiscal abusif, ne devait pas créer de l'incertitude en matière de planification fiscale.

In my respectful view, the Minister did have other recourse in this case.

[105] Section 74.5(11) provides:

Notwithstanding any other provision of this Act, sections 74.1 to 74.4 do not apply to a transfer or loan of property where it may reasonably be concluded that one of the main reasons for the transfer or loan was to reduce the amount of tax that would, but for this subsection, be payable under this Part on the income and gains derived from the property or from property substituted therefor.

Section 74.5(11) is a specific anti-avoidance rule that precludes the use of the attribution rules where one of the main reasons for the transfer of property was to reduce the amount of tax that would be payable on the income derived from the property. As I will explain, that is what occurred here.

[106] The fact that the GAAR is a provision of last resort is indicated by the words of s. 245 itself. Section 245(2) provides:

Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

For the Minister to invoke the GAAR, a tax benefit must result unless the GAAR were applied to prevent it.

[107] The wording of s. 245(4) is to the same effect:

Subsection (2) applies to a transaction only if it may reasonably be considered that the transaction

(a) would, if this Act were read without reference to this section, result directly or indirectly in a misuse of the provisions of any one or more of

(i) this Act,

À mon humble avis, le ministre disposait d'autres moyens en l'espèce.

[105] Le paragraphe 74.5(11) est libellé comme suit :

Malgré les autres dispositions de la présente loi, les articles 74.1 à 74.4 ne s'appliquent pas à un transfert ou prêt de biens lorsqu'il est raisonnable de conclure qu'un des principaux motifs du transfert ou prêt, selon le cas, consiste à réduire l'impôt qui, sans le présent paragraphe, serait payable en vertu de la présente partie sur le revenu et les gains dérivés du bien ou d'un bien y substitué.

Il s'agit d'une règle anti-évitement particulière faisant obstacle à l'application des règles d'attribution lorsque l'un des principaux objectifs du transfert d'un bien est la réduction de l'impôt payable sur le revenu tiré du bien. Pour les raisons exposées ci-après, tel est le cas en l'espèce.

[106] Le texte même de l'art. 245 précise que la RGAÉ est une disposition de dernier recours. Le paragraphe 245(2) prévoit :

En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opérations fait partie.

Pour que le ministre puisse invoquer la RGAÉ, un avantage fiscal doit découler de l'opération, à moins que la RGAÉ ne s'applique pour y faire obstacle.

[107] Le libellé du par. 245(4) va dans le même sens :

Le paragraphe (2) ne s'applique qu'à l'opération dont il est raisonnable de considérer, selon le cas :

a) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, s'il n'était pas tenu compte du présent article, un abus dans l'application des dispositions d'un ou de plusieurs des textes suivants :

(i) la présente loi,

(b) would result directly or indirectly in an abuse having regard to those provisions, other than this section, read as a whole.

[108] Again, it is apparent that in order for there to be a finding of misuse and abuse in respect of a transaction, the Act must be read without reference to the GAAR. In other words, s. 245(4) requires that all other relevant provisions of the Act be read before the Minister may have recourse to the GAAR. This would include not only the enabling provision that is alleged to be misused and abused, but also provisions that themselves would prevent the use of the enabling provision for the purpose objected to by the Minister. If there is a specific anti-avoidance rule that precludes the use of an enabling rule to avoid or reduce tax, then the GAAR will not apply.

The Application of Section 74.5(11)

[109] The issue here is whether s. 74.5(11) applies to preclude the attribution back to Mr. Lipson of the net income or loss with respect to the shares transferred to Mrs. Lipson. As I read s. 74.5(11), it provides that there can be no attribution under s. 74.1(1) when one of the main reasons for the transfer of property (the transfer of the shares from Mr. Lipson to Mrs. Lipson) was to reduce the amount of tax that would, but for s. 74.5(11), be payable on the income (dividends less interest) derived from the property (the shares).

[110] It is uncontroversial that one of the main reasons for the transfer of shares to Mrs. Lipson was to use mortgage interest on a loan to reduce or eliminate the income from the dividends on the shares. There were other reasons, but certainly it is reasonable to conclude that this was one of the main reasons.

[111] In 1995, the dividend income exceeded the interest expense and so there was net income. But that net income was less than what it would have been had the transfer not taken place. Without the transfer, the dividends in Mr. Lipson's hands would not have been reduced by any interest expense. In

(b) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, un abus dans l'application de ces dispositions compte non tenu du présent article lues dans leur ensemble.

[108] Encore là, la conclusion qu'une opération est abusive doit apparemment se fonder sur une interprétation de la Loi faisant abstraction de la RGAÉ. En d'autres termes, le par. 245(4) exige du ministre qu'il prenne en compte toutes les autres dispositions pertinentes de la Loi avant d'avoir recours à la RGAÉ. Cela comprend non seulement la disposition habilitante dont il y aurait eu abus, mais aussi les dispositions qui font elles-mêmes obstacle à l'utilisation de la disposition habilitante dans le dessein que conteste le ministre. Lorsqu'une règle anti-évitement particulière interdit au contribuable de se prévaloir de la disposition habilitante pour se soustraire entièrement ou partiellement à l'impôt, la RGAÉ ne s'applique pas.

L'application du par. 74.5(11)

[109] La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si le par. 74.5(11) empêche la réattribution à M. Lipson du revenu net ou de la perte nette provenant des actions transférées à M^{me} Lipson. Suivant mon interprétation de ce paragraphe, la règle d'attribution énoncée au par. 74.1(1) ne saurait s'appliquer lorsque l'un des principaux objectifs du transfert (celui des actions de M. Lipson à son épouse) est de réduire le montant de l'impôt qui, sans le par. 74.5(11), serait payable sur le revenu (dividendes moins intérêts) tiré des biens (les actions).

[110] Nul ne conteste que l'une des principales raisons du transfert des actions à M^{me} Lipson était de faire en sorte que l'intérêt hypothécaire réduise ou neutralise le revenu de dividendes tiré des actions. Il y en avait d'autres, mais il est assurément raisonnable de conclure que c'était l'une des principales.

[111] En 1995, le revenu de dividendes dépassait les frais d'intérêts, ce qui a donné lieu à un revenu net. Or, ce revenu net était inférieur à ce qu'il aurait été sans le transfert, car sans cette opération, les frais d'intérêts n'auraient pas été déductibles des dividendes touchés par M. Lipson. En 1994 et

1994 and 1996, the interest expense exceeded the gross dividend income and no tax was payable on the dividends. There was a net loss. Again, there would have been tax payable by Mr. Lipson on the dividends had the transfer not taken place, whereas with the transfer, no tax was payable on the dividend income.

[112] By using s. 74.1(1), Mr. Lipson was presumably able to apply the net loss on the dividends in 1994 and 1996 to offset his other income in those years. While reducing tax on income earned from sources other than the transferred property would not be caught directly by s. 74.5(11), offsetting other income cannot take place without the income on the dividends first having been reduced to zero. That is because under s. 74.1(1) the amount attributed back to the transferor, Mr. Lipson, would be the net income or loss from the property transferred. Therefore, the transfer had to have as one of its main purposes the reduction of tax on the income from the transferred property, namely the dividends on the shares transferred to Mrs. Lipson.

[113] In the circumstances, s. 74.5(11) precluded the application of s. 74.1(1). As a result, if it had been invoked by the Minister as the basis for reassessing in respect of the use of s. 74.1(1) by Mr. Lipson, the tax benefit in his hands would have been precluded. By the same reasoning, there could be no misuse and abuse of s. 74.1(1) for purposes of the GAAR because its use would have been pre-empted by s. 74.5(11).

[114] The Minister was obliged to resort to s. 74.5(11) in order to reassess Mr. Lipson in respect of his use of s. 74.1(1). Section 245 did not apply and could not be relied upon by the Minister. The Minister's failure to invoke s. 74.5(11) is fatal to his reassessment in respect of s. 74.1(1).

Responses to LeBel J. and Binnie J.

[115] LeBel J. (at para. 47 of his reasons) says that the GAAR was the appropriate remedy in this

en 1996, les frais d'intérêts étaient supérieurs au revenu de dividendes brut, de sorte qu'aucun impôt n'était payable sur les dividendes. Il y avait perte nette. Rappelons que n'eût été le transfert, M. Lipson aurait dû payer de l'impôt sur les dividendes, alors que grâce à lui, il n'a pas eu à le faire.

[112] En recourant au par. 74.1(1), M. Lipson a vraisemblablement pu, en 1994 et en 1996, déduire la perte nette du revenu de dividendes afin de compenser son revenu d'autres sources pour ces années. La réduction de l'impôt sur le revenu non tiré des biens transférés ne tombe pas directement sous le coup du par. 74.5(11), mais il est impossible de compenser le revenu d'autres sources sans d'abord abaisser à zéro le revenu de dividendes. En effet, suivant le par. 74.1(1), le montant réattribué à l'auteur du transfert, M. Lipson, s'entend du revenu net ou de la perte nette provenant des biens transférés. Par conséquent, l'un des principaux objectifs du transfert devait être la réduction de l'impôt sur le revenu tiré des biens transférés, à savoir les dividendes versés sur les actions transférées à M^{me} Lipson.

[113] Dans les circonstances, le par. 74.5(11) faisait obstacle à l'application du par. 74.1(1). Par conséquent, si le ministre s'était fondé sur cette disposition pour établir une nouvelle cotisation à l'égard du recours au par. 74.1(1), M. Lipson n'aurait pas eu droit à l'avantage fiscal. Suivant le même raisonnement, il n'aurait pu y avoir d'abus dans l'application du par. 74.1(1) au sens de la RGAÉ, car l'application de celle-ci aurait été écartée par l'effet du par. 74.5(11).

[114] Le ministre devait se fonder sur le par. 74.5(11) pour établir la nouvelle cotisation eu égard à l'application du par. 74.1(1). L'article 245 ne s'appliquait pas et ne pouvait être invoqué. L'omission du ministre de s'appuyer sur le par. 74.5(11) porte un coup fatal à la nouvelle cotisation qu'il a établie en liaison avec le par. 74.1(1).

Réponses aux motifs des juges LeBel et Binnie

[115] Le juge LeBel dit (au par. 47 de ses motifs) que la RGAÉ offre le recours approprié en l'espace

case because, in his view, the GAAR “relates specifically to the impact of complex series of transactions”. I cannot agree. In my respectful view, my colleague can only reach this conclusion by ignoring the relevant specific anti-avoidance rule contained in the Act, s. 74.5(11), which precluded Mr. Lipson’s use of s. 74.1(1). The fact that a transfer of property between spouses, to which s. 74.1(1) applied, was part of a “complex series of transactions” does not preclude a determination that one of the main reasons for the transfer of property between the spouses was to reduce or eliminate tax on the income derived from the property. The fact that the transfer occurred as part of a series does not permit the Minister to ignore the specific anti-avoidance rule that would preclude the attribution of net income or loss under s. 74.1(1) to the transferor. Nothing in s. 74.5(11) says that it does not apply where the transfer of property between spouses is part of a series of transactions. On the contrary, by its express terms, it does apply. The Minister cannot preemptively rely on the GAAR to address the alleged abusive use of s. 74.1(1) as if s. 74.5(11) did not exist.

[116] LeBel J. writes (at para. 45) that “the court should not refuse to apply it [the GAAR] on the ground that a more specific provision . . . might also apply to the transaction”. This passage indicates that both the GAAR and s. 74.5(11) may be concurrently applicable. That cannot be correct. This Court was clear in *Canada Trustco* that the GAAR is a provision of last resort. It can only be relied upon by the Minister to address abusive tax avoidance when a relevant specific anti-avoidance rule in the Act does not apply (see also V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (9th ed. 2006), at p. 1018). The GAAR is a supplementary rule. It is not a catch-all provision that the Minister can choose to deploy any or every time that he suspects a taxpayer of abusive tax avoidance.

[117] At para. 47 of his reasons, LeBel J. says that “[t]he Minister could properly use the GAAR

parce que, selon lui, elle « s’intéresse précisément aux conséquences d’une série complexe d’opérations ». Je ne puis être d’accord. À mon humble avis, mon collègue ne peut arriver à cette conclusion qu’en ignorant la règle anti-évitement particulière énoncée au par. 74.5(11) de la Loi, qui empêchait M. Lipson de se prévaloir du par. 74.1(1). Le fait que le transfert de biens entre les époux, auquel s’appliquait le par. 74.1(1), faisait partie d’une « série complexe d’opérations » n’empêche pas de conclure que l’un des principaux motifs du transfert était la réduction ou la suppression de l’impôt payable sur le revenu tiré des biens. L’appartenance de l’opération à une série ne permet pas au ministre de faire abstraction de la règle anti-évitement particulière qui empêche la réattribution à l’auteur du transfert de la perte ou du revenu net en application du par. 74.1(1). Aucun élément du par. 74.5(11) n’exclut son application lorsque le transfert de biens entre époux fait partie d’une série d’opérations. Au contraire, son libellé dit expressément qu’il s’applique. Le ministre ne peut décider d’emblée de s’en remettre plutôt à la RGAÉ pour réprimer le recours abusif au par. 74.1(1), comme si le par. 74.5(11) n’existait pas.

[116] Le juge LeBel écrit au par. 45 que « lorsque [le] libellé [de la RGAÉ] et les principes qui en découlent s’appliquent à une opération, [les tribunaux] ne doivent pas refuser de l’appliquer au motif qu’une disposition plus particulière [. . .] pourrait également s’appliquer ». À son avis, la RGAÉ et le par. 74.5(11) peuvent s’appliquer concurremment. Je ne peux partager ce point de vue. Notre Cour a clairement statué dans l’arrêt *Trustco Canada* que la RGAÉ était une disposition de dernier recours. Le ministre ne peut l’invoquer en matière d’évitement fiscal abusif que lorsque la règle anti-évitement particulière pertinente de la Loi ne s’applique pas (voir aussi V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (9^e éd. 2006), p. 1018). La RGAÉ est une règle supplétive, non une disposition générale dont le ministre peut se servir à son gré lorsqu’il soupçonne un contribuable d’évitement fiscal abusif.

[117] Au sujet de la RGAÉ, le juge LeBel ajoute au par. 47 de ses motifs que « [l]e ministre pouvait

in respect of a series of transactions that had an impact on more than just one stream of income”. This passage implies that the tax benefit from the series of transactions included the possibility that Mr. Lipson might set the net losses attributed to him against his other sources of income (other than the dividend income from the shares) to reduce tax and that, because s. 74.5(11) does not preclude this tax benefit, it is not the appropriate provision for the Minister to have relied on. However, in the context of this case, the tax benefit of setting the attributed net losses against Mr. Lipson’s other sources of income was precluded by s. 74.5(11). Section 74.5(11) precludes the operation of s. 74.1(1) where, as here, one of the main reasons that Mr. Lipson transferred the shares to Mrs. Lipson was to reduce the amount of tax payable on the dividends from those same shares. No attributed loss could be set off against Mr. Lipson’s other sources of income unless the dividend income from the shares was first reduced to zero. On the facts of this case, the Minister did not have to resort to the GAAR to preclude Mr. Lipson from setting off the attributed net losses against his other sources of income because s. 74.5(11) precluded this tax benefit.

[118] Finally, LeBel J. asserts at paras. 43-46 of his reasons that s. 74.5(11) was not the focus of this litigation. Rather, this case was litigated on the basis of the GAAR. Binnie J. makes the same argument at para. 61 of his reasons. While this is true, s. 74.5(11) was referred to in both parties’ factums and counsel for both parties were questioned about s. 74.5(11) in oral argument. The fact that the parties did not rely on s. 74.5(11) — either as the basis for reassessment or as the reason why the Minister’s claim should fail — does not change the fact that the section applies in law. In my view, the parties cannot avoid the proper application of the Act by conceding or asserting that the relevant provision does not apply. It is not open to this Court to assist the Minister by allowing him to ignore the applicable specific anti-avoidance rule and instead rely on the GAAR.

légitimement l’appliquer à une série d’opérations ayant une incidence sur plus d’une source de revenu ». Cette affirmation implique que l’avantage fiscal issu de la série d’opérations englobait la possibilité que M. Lipson déduise les pertes nettes réattribuées de ses autres sources de revenu (à l’exclusion des dividendes versés sur les actions) pour réduire son impôt et que, le par. 74.5(11) n’ayant pas pour effet de supprimer cet avantage fiscal, ce n’était pas la bonne disposition à invoquer. Toutefois, dans le contexte de l’espèce, le par. 74.5(11) faisait obstacle à l’avantage fiscal consistant dans la déduction de la perte nette attribuée à M. Lipson de ses autres sources de revenu. Le paragraphe 74.5(11) empêche l’application du par. 74.1(1) parce que, en l’espèce, l’un des motifs principaux pour lesquels M. Lipson a transféré les actions à M^{me} Lipson était de réduire l’impôt payable sur les dividendes provenant de ces actions. Nulle perte réattribuée à M. Lipson ne pouvait être déduite de ses revenus d’autres sources avant que le revenu de dividendes tiré des actions ne soit d’abord abaissé à zéro. Dans les circonstances de la présente affaire, le ministre n’avait pas à invoquer la RGAÉ pour empêcher M. Lipson de déduire la perte nette réattribuée de ses revenus d’autres sources parce que le par. 74.5(11) faisait obstacle à cet avantage fiscal.

[118] Enfin, mon collègue le juge LeBel affirme aux par. 43-46 de ses motifs que le par. 74.5(11) n’était pas au cœur du litige, l’affaire ayant plutôt été plaidée en fonction de la RGAÉ. C’est aussi l’avis du juge Binnie (par. 61 de ses motifs). Bien que ce soit exact, les deux parties font mention du par. 74.5(11) dans leurs mémoires et, lors de la plaidoirie, leurs avocats ont été interrogés à son sujet. Le fait que les parties ne l’ont pas invoqué pour établir la nouvelle cotisation ou pour demander le rejet de la thèse du ministre n’empêche pas le par. 74.5(11) de s’appliquer en droit. À mon sens, les parties ne peuvent se soustraire à la juste application de la Loi en reconnaissant ou en affirmant que la disposition pertinente ne s’applique pas. Notre Cour ne saurait venir au secours du ministre en lui permettant de faire abstraction de la règle anti-évitement particulière qui s’applique et d’invoquer plutôt la RGAÉ.

[119] Binnie J. says that the Court should deal with “[t]he proper limits of the GAAR” and leave s. 74.5(11) to another day (para. 61). At para. 46 of his reasons, LeBel J. also says that the “interpretation and application” of s. 74.5(11) should be considered in another case. The problem with this argument is that, as noted above, the GAAR is only intended to operate as a provision of last resort. Debating the proper application of the GAAR without taking into account the specific anti-avoidance rule that displaces it ignores the words of the GAAR itself. In my respectful view, it is impossible to define “[t]he proper limits of the GAAR” while failing to recognize the limits imposed by the express terms of the provision itself. Binnie J.’s reliance on an overly broad foundation to base his opinion distorts the actual site of legal conflict. This leads to an unhelpful legal analysis because it ignores the applicable limits that the legislature has chosen to impose on the operation of the GAAR in favour of an analysis that is based on the assumption that the GAAR would be the appropriate anti-avoidance rule where the Minister is able to establish Mr. Lipson’s abuse and misuse of s. 74.1(1).

[120] Binnie J. also says that I am “assum[ing] a factual basis for the application of s. 74.5(11)” (para. 61). He asserts that s. 74.5(11) was inapplicable in this case because counsel for the Minister was of the view that the purpose of the transfer of shares from Mr. Lipson to Mrs. Lipson “was not merely to reduce the tax payable on any future dividends. It was really to get the interest expense up [from Mrs. Lipson] to the appellant [Mr. Lipson]” (Transcript, at p. 41). With respect, s. 74.5(11) applies so long as “one of the main reasons for the transfer” was to reduce tax payable on the dividend income from the transferred shares. I do not disagree that one of the main reasons for the transfer of shares from Mr. Lipson to Mrs. Lipson was “to get the interest expense up to the appellant”. However to accomplish that objective, the interest expense deduction first had to be applied to reduce the dividend income. This is because the operation of s. 74.1(1) only attributes the net income or losses from Mrs. Lipson (the transferee) to Mr. Lipson (the transferor). Section 74.1(1) mandates that the

[119] Le juge Binnie propose que notre Cour s’attache aux « justes limites de l’application de la RGAÉ » et qu’elle se prononce sur le par. 74.5(11) dans une affaire ultérieure (par. 61). Au paragraphe 46 de ses motifs, le juge LeBel estime lui aussi que nous devrions attendre une autre occasion pour nous pencher sur l’interprétation et l’application du par. 74.5(11). Cette option est problématique en ce que, je le rappelle, la RGAÉ n’est censée constituer qu’une disposition de dernier recours. Débattre de son applicabilité sans tenir compte de la règle anti-évitement particulière qui l’écarte fait abstraction de son libellé même. Malgré tout le respect que je dois à mon collègue, il est impossible de définir les « justes limites de l’application de la RGAÉ » sans reconnaître les limites expressément prévues par la disposition. Le fondement trop large de la thèse du juge Binnie embrouille le véritable enjeu juridique. L’analyse juridique qui en résulte est vaine, car elle ignore les limites que le législateur a choisi d’apporter à l’application de la RGAÉ, et ce, au profit d’une analyse fondée sur la présomption selon laquelle la RGAÉ constitue la règle anti-évitement appropriée lorsque, comme en l’espèce, le ministre peut établir l’abus du par. 74.1(1) par le contribuable.

[120] Le juge Binnie affirme par ailleurs que je « suppos[e], pour l’application [du par. 74.5(11)], un fondement factuel » (par. 61). Il fait valoir l’inapplicabilité de cette disposition du fait que, dans la présente affaire, l’avocate du ministre estimait que la cession des actions par M. Lipson à son épouse [TRADUCTION] « ne visait pas qu’à réduire l’impôt exigible sur les dividendes futurs. L’objectif véritable était de refiler les frais d’intérêts à [M. Lipson] » (transcription, par. 41). En toute déférence, le par. 74.5(11) s’applique dès lors qu’« un des principaux motifs du transfert » consistait à réduire l’impôt payable sur le revenu de dividendes tiré des actions transférées. Je ne nie pas que l’un des principaux motifs du transfert d’actions entre les Lipson était de « refiler les frais d’intérêts à l’appellant ». Mais pour y parvenir, la déduction des frais d’intérêts devait d’abord servir à réduire le revenu de dividendes, car le par. 74.1(1) ne fait qu’attribuer la perte ou le revenu net de M^{me} Lipson (la cessionnaire) à M. Lipson (le cédant). Suivant le par. 74.1(1), le seul moyen de « refiler les frais d’intérêts à l’appellant »

only way to “get the interest expense up to the appellant” was by first reducing or eliminating the dividend income from the transferred shares contrary to s. 74.5(11). Thus, s. 74.5(11) was engaged by operation of law, not by reason of an assumed factual basis.

Conclusion

[121] I accept that the tax benefit that the Minister sought to prevent was obtained by the series of transactions involving ss. 20(1)(c) and 20(3) as well as s. 74.1(1). If the Minister wished to reassess in respect of the transactions, relying on the use of all three sections, then his recourse was to reassess in respect of the alleged misuse and abuse of ss. 20(1)(c) and 20(3) by invoking the GAAR and s. 74.1(1) by invoking s. 74.5(11).

[122] Had the Minister reassessed on the basis of s. 74.5(11), his remedy would simply have been to disallow Mr. Lipson’s use of the attribution rules and leave the dividend income and interest deduction in the hands of Mrs. Lipson. The rollover of the shares from Mr. to Mrs. Lipson at their adjusted cost base would not have been affected.

[123] It may seem anomalous that the rollover would be allowed to stand while the attribution rules would not apply. However, that is the way in which s. 74.5(11) must be interpreted. It does not prevent the operation of s. 73(1) which enables a taxpayer to elect either to rollover the shares to his or her spouse or sell them to him or her at fair market value and pay whatever tax may be applicable on any capital gains on the shares. Section 74.5(11) is the Minister’s remedy when the attribution rules are being used to reduce tax on income from transferred property and it applies “[n]otwithstanding any other provision of this Act”, including the GAAR. It is the remedy that Parliament provided in the circumstances. If it does not go far enough in some cases, it is up to the Minister to ask Parliament to change it.

[124] Because there was no abuse of ss. 20(1)(c) and 20(3) of the Act and because the Minister could

consiste à d’abord réduire ou neutraliser le revenu de dividendes tiré des actions transférées contrairement au par. 74.5(11), de sorte que ce dernier s’applique en raison de la loi, et non de quelque supposé fondement factuel.

Conclusion

[121] Je reconnais que l’avantage fiscal que le ministre a voulu supprimer découlait de la série d’opérations faisant jouer l’al. 20(1)c) et le par. 20(3), de même que le par. 74.1(1). S’il voulait établir une nouvelle cotisation en fonction de ces trois dispositions, il devait invoquer la RGAÉ pour l’abus allégué de l’al. 20(1)c) et du par. 20(3), et le par. 74.5(11) pour l’abus du par. 74.1(1).

[122] Si le ministre avait établi une nouvelle cotisation sur le fondement du par. 74.5(11), il aurait pu simplement refuser que M. Lipson se prévale des règles d’attribution, de sorte que le revenu de dividendes et la déduction des intérêts demeurent entre les mains de M^{me} Lipson, ce qui n’aurait pas eu d’incidence sur le transfert libre d’impôt des actions (de M. Lipson à son épouse) au prix de base rajusté.

[123] Il peut sembler incongru de permettre le transfert libre d’impôt alors que les règles d’attribution ne s’appliquent pas, mais c’est ainsi que le par. 74.5(11) doit être interprété. Celui-ci n’empêche pas l’application du par. 73(1), qui permet au contribuable soit de transférer les actions en franchise d’impôt à son époux, soit de les lui vendre à leur juste valeur marchande et de payer l’impôt exigible sur le gain en capital alors réalisé. C’est le par. 74.5(11) que le ministre doit invoquer lorsque les règles d’attribution sont utilisées pour réduire l’impôt sur le revenu tiré du bien transféré. Il s’applique « [m]algré les autres dispositions de la présente loi », y compris la RGAÉ. C’est le recours prévu par le législateur dans les circonstances. S’il estime qu’il ne va pas assez loin dans certains cas, le ministre doit en demander la modification au législateur.

[124] Comme il n’y a pas eu d’abus dans l’application de l’al. 20(1)c) et du par. 20(3) de la Loi et

not invoke the GAAR to reassess in respect of Mr. Lipson's use of s. 74.1, I am of the opinion that the appeals should be allowed with one set of costs in this Court and the courts below.

APPENDIX

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

. . .

(h) personal or living expenses of the taxpayer, other than travel expenses incurred by the taxpayer while away from home in the course of carrying on the taxpayer's business;

20. (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

. . .

(c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending on the method regularly followed by the taxpayer in computing the taxpayer's income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than borrowed money used to acquire property the income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy),

(ii) an amount payable for property acquired for the purpose of gaining or producing income

que le ministre ne pouvait invoquer la RGAÉ pour établir une nouvelle cotisation à l'égard de l'utilisation de l'art. 74.1 par M. Lipson, je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens devant notre Cour et les tribunaux inférieurs, à raison d'un seul mémoire de frais.

ANNEXE

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles :

a) les dépenses, sauf dans la mesure où elles ont été engagées ou effectuées par le contribuable en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou du bien;

. . .

h) le montant des frais personnels ou de subsistance du contribuable — à l'exception des frais de déplacement engagés par celui-ci dans le cadre de l'exploitation de son entreprise pendant qu'il était absent de chez lui;

20. (1) Malgré les alinéas 18(1)a), b) et h), sont déductibles dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qu'il est raisonnable de considérer comme s'y rapportant :

. . .

c) la moins élevée d'une somme payée au cours de l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu) et d'une somme raisonnable à cet égard, en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur :

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré ou pour contracter une police d'assurance-vie),

(ii) une somme payable pour un bien acquis en vue d'en tirer un revenu ou de tirer un revenu

from the property or for the purpose of gaining or producing income from a business (other than property the income from which would be exempt or property that is an interest in a life insurance policy),

(iii) an amount paid to the taxpayer under

(A) an appropriation Act and on terms and conditions approved by the Treasury Board for the purpose of advancing or sustaining the technological capability of Canadian manufacturing or other industry, or

(B) the *Northern Mineral Exploration Assistance Regulations* made under an appropriation Act that provides for payments in respect of the Northern Mineral Grants Program, or

(iv) borrowed money used to acquire an interest in an annuity contract in respect of which section 12.2 applies (or would apply if the contract had an anniversary day in the year at a time when the taxpayer held the interest) except that, where annuity payments have begun under the contract in a preceding taxation year, the amount of interest paid or payable in the year shall not be deducted to the extent that it exceeds the amount included under section 12.2 in computing the taxpayer's income for the year in respect of the taxpayer's interest in the contract,

or a reasonable amount in respect thereof, whichever is the lesser;

(3) For greater certainty, it is hereby declared that where a taxpayer has used borrowed money

(a) to repay money previously borrowed, or

(b) to pay an amount payable for property described in subparagraph (1)(c)(ii) previously acquired,

subject to subsection 20.1(6), the borrowed money shall, for the purposes of paragraphs (1)(c), (e) and (e.1), subsections 20.1(1) and (2), section 21 and subparagraph 95(2)(a)(ii) and for the purpose of paragraph 20(1)(k) of the *Income Tax Act*, Chapter 148 of the Revised Statutes of Canada, 1952, be deemed to have been used for the purpose for which the money previously borrowed was used or was deemed by this subsection to have been

d'une entreprise (à l'exception d'un bien dont le revenu serait exonéré ou à l'exception d'un bien représentant un intérêt dans une police d'assurance-vie),

(iii) une somme payée au contribuable :

(A) en vertu d'une loi de crédits et selon les modalités approuvées par le Conseil du Trésor en vue de relever ou de maintenir le niveau de compétence technologique des industries manufacturières canadiennes ou d'autres industries canadiennes,

(B) en vertu des *Règlements sur l'aide à l'exploration minière dans le Nord*, pris en vertu d'une loi de crédits qui prévoit les paiements à effectuer relativement au Programme de subventions visant les minéraux dans le Nord,

(iv) de l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un intérêt dans un contrat de rente auquel l'article 12.2 s'applique, ou s'appliquerait si le jour anniversaire du contrat tombait dans l'année à un moment où le contribuable détient l'intérêt; toutefois, lorsque la rente a commencé à être versée aux termes du contrat au cours d'une année d'imposition antérieure, les intérêts payés ou payables au cours de l'année ne sont pas déduits dans la mesure où ils dépassent le montant inclus en application de l'article 12.2 dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année quant à son intérêt dans le contrat;

(3) Il est entendu que si un contribuable a utilisé de l'argent emprunté :

a) pour rembourser un emprunt antérieur;

b) pour payer une somme due relativement à des biens visés au sous-alinéa (1)c)(ii) et acquis antérieurement,

sous réserve du paragraphe 20.1(6), l'argent emprunté est, pour l'application des alinéas (1)c), (e) et e.1), des paragraphes 20.1(1) et (2), de l'article 21 et du sous-alinéa 95(2)a)(ii), ainsi que de l'alinéa 20(1)k) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, chapitre 148 des Statuts révisés du Canada de 1952, réputé avoir été utilisé aux fins auxquelles l'argent emprunté antérieurement a été utilisé ou était réputé par le présent paragraphe avoir été

used, or to acquire the property in respect of which the amount was payable, as the case may be.

73. (1) For the purposes of this Part, where at any time any particular capital property of an individual (other than a trust) has been transferred in circumstances to which subsection (1.01) applies and both the individual and the transferee are resident in Canada at that time, unless the individual elects in the individual's return of income under this Part for the taxation year in which the property was transferred that the provisions of this subsection not apply, the particular property is deemed

(a) to have been disposed of at that time by the individual for proceeds equal to,

(i) where the particular property is depreciable property of a prescribed class, that proportion of the undepreciated capital cost to the individual immediately before that time of all property of that class that the fair market value immediately before that time of the particular property is of the fair market value immediately before that time of all of that property of that class, and

(ii) in any other case, the adjusted cost base to the individual of the particular property immediately before that time; and

(b) to have been acquired at that time by the transferee for an amount equal to those proceeds.

74.1 (1) Where an individual has transferred or lent property (otherwise than by an assignment of any portion of a retirement pension pursuant to section 65.1 of the *Canada Pension Plan* or a comparable provision of a provincial pension plan as defined in section 3 of that Act or of a prescribed provincial pension plan), either directly or indirectly, by means of a trust or by any other means whatever, to or for the benefit of a person who is the individual's spouse or common-law partner or who has since become the individual's spouse or common-law partner, any income or loss, as the case may be, of that person for a taxation year from the property or from property substituted therefor, that relates to the period in the year throughout which the individual is resident in Canada and that person is the individual's spouse or common-law partner, shall be deemed to be income or a loss, as the case may be, of the individual for the year and not of that person.

utilisé ou pour acquérir les biens relativement auxquels cette somme était due.

73. (1) Pour l'application de la présente partie, lorsque l'immobilisation d'un particulier (sauf une fiducie) a été transférée dans les circonstances visées au paragraphe (1.01) et que le particulier et le cessionnaire résident au Canada au moment du transfert, à moins que le particulier ne choisisse, dans sa déclaration de revenu produite en vertu de la présente partie pour l'année d'imposition du transfert, de soustraire l'immobilisation à l'application du présent paragraphe, celle-ci est réputée :

a) d'une part, avoir fait l'objet d'une disposition par le particulier au moment du transfert, pour un produit égal au montant suivant :

(i) si l'immobilisation est un bien amortissable d'une catégorie prescrite, le produit de la multiplication de la fraction non amortie du coût en capital pour le particulier, immédiatement avant ce moment, des biens de cette catégorie par le rapport entre la juste valeur marchande, immédiatement avant ce moment, de l'immobilisation et la juste valeur marchande, immédiatement avant ce moment, de l'ensemble des biens de cette catégorie,

(ii) dans les autres cas, le prix de base rajusté, pour le particulier, de l'immobilisation immédiatement avant ce moment;

b) d'autre part, avoir été acquise par le cessionnaire à ce moment, pour un montant égal à ce produit.

74.1 (1) Dans le cas où un particulier prête ou transfère un bien — sauf par la cession d'une partie d'une pension de retraite conformément à l'article 65.1 du *Régime de pensions du Canada* ou à une disposition comparable d'un régime provincial de pensions au sens de l'article 3 de cette loi ou d'un régime provincial de pensions visé par règlement —, directement ou indirectement, par le biais d'une fiducie ou par tout autre moyen, à une personne qui est son époux ou conjoint de fait ou qui le devient par la suite ou au profit de cette personne, le revenu ou la perte de cette personne pour une année d'imposition provenant du bien ou d'un bien y substitué et qui se rapporte à la période de l'année tout au long de laquelle le particulier réside au Canada et tout au long de laquelle cette personne est son époux ou conjoint de fait est considéré comme un revenu ou une perte, selon le cas, du particulier pour l'année et non de cette personne.

(3) For the purposes of subsections (1) and (2), where, at any time, an individual has lent or transferred property (in this subsection referred to as the “lent or transferred property”) either directly or indirectly, by means of a trust or by any other means whatever, to or for the benefit of a person, and the lent or transferred property or property substituted therefor is used

(a) to repay, in whole or in part, borrowed money with which other property was acquired, or

(b) to reduce an amount payable for other property,

there shall be included in computing the income from the lent or transferred property, or from property substituted therefor, that is so used, that proportion of the income or loss, as the case may be, derived after that time from the other property or from property substituted therefor that the fair market value at that time of the lent or transferred property, or property substituted therefor, that is so used is of the cost to that person of the other property at the time of its acquisition, but for greater certainty nothing in this subsection shall affect the application of subsections (1) and (2) to any income or loss derived from the other property or from property substituted therefor.

74.5 . . .

(11) Notwithstanding any other provision of this Act, sections 74.1 to 74.4 do not apply to a transfer or loan of property where it may reasonably be concluded that one of the main reasons for the transfer or loan was to reduce the amount of tax that would, but for this subsection, be payable under this Part on the income and gains derived from the property or from property substituted therefor.

245. (1) In this section,

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act, and includes a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount that would be payable under this Act but for a tax treaty or an increase in a refund of tax or other amount under this Act as a result of a tax treaty;

“tax consequences” to a person means the amount of income, taxable income, or taxable income earned

(3) Pour l’application des paragraphes (1) et (2), lorsqu’un particulier, à un moment donné, prête ou transfère un bien — appelé « bien prêté ou transféré » au présent paragraphe —, directement ou indirectement, par le biais d’une fiducie ou par tout autre moyen, à une personne ou au profit d’une personne et que le bien prêté ou transféré ou un bien y substitué est utilisé :

a) soit pour rembourser tout ou partie de l’argent emprunté et utilisé pour acquérir un autre bien;

b) soit pour réduire un montant payable pour un autre bien,

est inclus dans le calcul du revenu tiré du bien prêté ou transféré, ou du bien y substitué, ainsi utilisé le produit de la multiplication du revenu ou de la perte, dérivé après ce moment de l’autre bien ou du bien y substitué, par le rapport entre la juste valeur marchande à ce moment du bien prêté ou transféré ou du bien y substitué, ainsi utilisé et le coût de l’autre bien pour cette personne au moment de son acquisition; il est entendu toutefois que le présent paragraphe n’a pas pour effet de modifier l’application des paragraphes (1) et (2) à un revenu ou une perte dérivé de l’autre bien ou du bien y substitué.

74.5 . . .

(11) Malgré les autres dispositions de la présente loi, les articles 74.1 à 74.4 ne s’appliquent pas à un transfert ou prêt de biens lorsqu’il est raisonnable de conclure qu’un des principaux motifs du transfert ou prêt, selon le cas, consiste à réduire l’impôt qui, sans le présent paragraphe, serait payable en vertu de la présente partie sur le revenu et les gains dérivés du bien ou d’un bien y substitué.

245. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

« attribut fiscal » S’agissant des attributs fiscaux d’une personne, revenu, revenu imposable ou revenu imposable gagné au Canada de cette personne, impôt ou autre montant payable par cette personne, ou montant qui lui est remboursable, en application de la présente loi, ainsi que tout montant à prendre en compte pour calculer, en application de la présente loi, le revenu, le revenu imposable, le revenu imposable gagné au Canada de cette personne ou l’impôt ou l’autre montant payable par cette personne ou le montant qui lui est remboursable.

« avantage fiscal » Réduction, évitement ou report d’impôt ou d’un autre montant exigible en application

in Canada of, tax or other amount payable by or refundable to the person under this Act, or any other amount that is relevant for the purposes of computing that amount;

de la présente loi ou augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi. Y sont assimilés la réduction, l'évitement ou le report d'impôt ou d'un autre montant qui serait exigible en application de la présente loi en l'absence d'un traité fiscal ainsi que l'augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi qui découle d'un traité fiscal.

“transaction” includes an arrangement or event.

« opération » Sont assimilés à une opération une convention, un mécanisme ou un événement.

(2) Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

(2) En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

(3) An avoidance transaction means any transaction

(3) L'opération d'évitement s'entend :

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit; or

a) soit de l'opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit.

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

(4) Subsection (2) applies to a transaction only if it may reasonably be considered that the transaction

(4) Le paragraphe (2) ne s'applique qu'à l'opération dont il est raisonnable de considérer, selon le cas :

(a) would, if this Act were read without reference to this section, result directly or indirectly in a misuse of the provisions of any one or more of

a) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, s'il n'était pas tenu compte du présent article, un abus dans l'application des dispositions d'un ou de plusieurs des textes suivants :

(i) this Act,

(i) la présente loi,

(ii) the *Income Tax Regulations*,

(ii) le *Règlement de l'impôt sur le revenu*,

(iii) the *Income Tax Application Rules*,

(iii) les *Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu*,

(iv) a tax treaty, or

(iv) un traité fiscal,

(v) any other enactment that is relevant in computing tax or any other amount payable by

(v) tout autre texte législatif qui est utile soit pour le calcul d'un impôt ou de toute autre

or refundable to a person under this Act or in determining any amount that is relevant for the purposes of that computation; or

(b) would result directly or indirectly in an abuse having regard to those provisions, other than this section, read as a whole.

(5) Without restricting the generality of subsection (2), and notwithstanding any other enactment,

(a) any deduction, exemption or exclusion in computing income, taxable income, taxable income earned in Canada or tax payable or any part thereof may be allowed or disallowed in whole or in part,

(b) any such deduction, exemption or exclusion, any income, loss or other amount or part thereof may be allocated to any person,

(c) the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and

(d) the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Act may be ignored,

in determining the tax consequences to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance transaction.

(6) Where with respect to a transaction

(a) a notice of assessment, reassessment or additional assessment involving the application of subsection (2) with respect to the transaction has been sent to a person, or

(b) a notice of determination pursuant to subsection 152(1.11) has been sent to a person with respect to the transaction,

any person (other than a person referred to in paragraph (a) or (b)) shall be entitled, within 180 days after the day of mailing of the notice, to request in writing that the Minister make an assessment, reassessment or additional assessment applying subsection (2) or make a determination applying subsection 152(1.11) with respect to that transaction.

(7) Notwithstanding any other provision of this Act, the tax consequences to any person, following the application of this section, shall only be determined through

somme exigible ou remboursable sous le régime de la présente loi, soit pour la détermination de toute somme à prendre en compte dans ce calcul;

b) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, un abus dans l'application de ces dispositions compte non tenu du présent article lues dans leur ensemble.

(5) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (2) et malgré tout autre texte législatif, dans le cadre de la détermination des attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer l'avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement :

a) toute déduction, exemption ou exclusion dans le calcul de tout ou partie du revenu, du revenu imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou de l'impôt payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusée;

b) tout ou partie de cette déduction, exemption ou exclusion ainsi que tout ou partie d'un revenu, d'une perte ou d'un autre montant peuvent être attribués à une personne;

c) la nature d'un paiement ou d'un autre montant peut être qualifiée autrement;

d) les effets fiscaux qui découleraient par ailleurs de l'application des autres dispositions de la présente loi peuvent ne pas être pris en compte.

(6) Dans les 180 jours suivant la mise à la poste d'un avis de cotisation, de nouvelle cotisation ou de cotisation supplémentaire, envoyé à une personne, qui tient compte du paragraphe (2) en ce qui concerne une opération, ou d'un avis concernant un montant déterminé en application du paragraphe 152(1.11) envoyé à une personne en ce qui concerne une opération, toute autre personne qu'une personne à laquelle un de ces avis a été envoyé a le droit de demander par écrit au ministre d'établir à son égard une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire en application du paragraphe (2) ou de déterminer un montant en application du paragraphe 152(1.11) en ce qui concerne l'opération.

(7) Malgré les autres dispositions de la présente loi, les attributs fiscaux d'une personne, par suite de l'application du présent article, ne peuvent être déterminés

a notice of assessment, reassessment, additional assessment or determination pursuant to subsection 152(1.11) involving the application of this section.

(8) On receipt of a request by a person under subsection (6), the Minister shall, with all due dispatch, consider the request and, notwithstanding subsection 152(4), assess, reassess or make an additional assessment or determination pursuant to subsection 152(1.11) with respect to that person, except that an assessment, reassessment, additional assessment or determination may be made under this subsection only to the extent that it may reasonably be regarded as relating to the transaction referred to in subsection (6).

Appeals dismissed with costs, BINNIE, DESCHAMPS and ROTHSTEIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.

que par avis de cotisation, de nouvelle cotisation ou de cotisation supplémentaire ou que par avis d'un montant déterminé en application du paragraphe 152(1.11), compte tenu du présent article.

(8) Sur réception d'une demande présentée par une personne conformément au paragraphe (6), le ministre doit, dès que possible, après avoir examiné la demande et malgré le paragraphe 152(4), établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire ou déterminer un montant en application du paragraphe 152(1.11), en se fondant sur la demande. Toutefois, une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire ne peut être établie, ni un montant déterminé, en application du présent paragraphe que s'il est raisonnable de considérer qu'ils concernent l'opération visée au paragraphe (6).

Pourvois rejetés avec dépens, les juges BINNIE, DESCHAMPS et ROTHSTEIN sont dissidents.

Procureurs des appelants : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Ottawa.

Michel Strecko *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. STRECKO

Neutral citation: 2009 SCC 2.

File No.: 32679.

2009: January 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Extortion — Acquittal — Court of Appeal substituting conviction — Substitution justified.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, 2008 QCCA 871, J.E. 2008-1069, [2008] SOQUIJ AZ-50491225, [2008] J.Q. n° 3837 (QL), 2008 CarswellQue 3773, setting aside the accused's acquittal and entering a conviction. Appeal dismissed, Fish and Cromwell JJ. dissenting.

Marie-Hélène Giroux and Clément Monterosso, for the appellant.

Harry Pierre-Étienne and Michel Pennou, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] LEBEL J. — The majority of the Court consider that the trial judge drew the necessary findings from the evidence and that the substitution of a conviction for the acquittal was justified in the circumstances. The appeal is accordingly dismissed. Fish and Cromwell JJ., dissenting, would have allowed the appeal in part to order a new trial.

Michel Strecko *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. STRECKO

Référence neutre : 2009 CSC 2.

N° du greffe : 32679.

2009 : 14 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Extorsion — Acquittement — Substitution par la Cour d'appel d'un verdict de culpabilité — Substitution justifiée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, 2008 QCCA 871, J.E. 2008-1069, [2008] SOQUIJ AZ-50491225, [2008] J.Q. n° 3837 (QL), 2008 CarswellQue 3773, qui a annulé l'acquittement de l'accusé et y a substitué une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté, les juges Fish et Cromwell sont dissidents.

Marie-Hélène Giroux et Clément Monterosso, pour l'appelant.

Harry Pierre-Étienne et Michel Pennou, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE LEBEL — La majorité de la Cour est d'avis que le juge du procès a tiré les constatations nécessaires de la preuve et que la substitution d'un verdict de culpabilité à l'acquittement était justifiée dans les circonstances. En conséquence, l'appel est rejeté. Les juges Fish et Cromwell sont dissidents et auraient accueilli en partie le pourvoi afin d'ordonner un nouveau procès.

Judgment accordingly.

*Solicitors for the appellant: Monterosso Giroux,
Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Poursuites crimi-
nelles et pénales du Québec, Montréal.*

Jugement en conséquence.

*Procureurs de l'appelant : Monterosso Giroux,
Montréal.*

*Procureur de l'intimée : Poursuites criminelles
et pénales du Québec, Montréal.*

**Attorney General of Ontario, 3rd Party
Record Holder** *Appellant*

v.

**Lawrence McNeil, Her Majesty The Queen
and Chief of Barrie Police Service, 3rd Party
Record Holder** *Respondents*

and

**Attorney General of Alberta, Matthew
Marshall, Police Association of Ontario
and Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. McNEIL

Neutral citation: 2009 SCC 3.

File No.: 31852.

2008: March 19; 2009: January 16.

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

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

Criminal law — Evidence — Production — Crown's duty to disclose — Corollary police obligation to disclose to Crown — Accused charged with drug-related offences — Crown's main police witness involved in drug-related misconduct leading to disciplinary proceedings and criminal charges — Accused sought production of arresting officer's police disciplinary records and criminal investigation files — Whether common law production regime for third party records applicable only in cases where these records attract reasonable expectation of privacy — Whether criminal investigation files relating to third party accused attract reasonable expectation of privacy — Whether police records relating to findings of misconduct by officer involved in investigation against accused fall within

* Bastarache J. took no part in the judgment.

**Procureur général de l'Ontario, tiers
détenteur des dossiers** *Appelant*

c.

**Lawrence McNeil, Sa Majesté la Reine et
Chef du service de police de Barrie, tiers
détenteur des dossiers** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Alberta, Matthew
Marshall, Police Association of Ontario
et Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. McNEIL

Référence neutre : 2009 CSC 3.

N° du greffe : 31852.

2008 : 19 mars; 2009 : 16 janvier.

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

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

Droit criminel — Preuve — Production — Obligation du ministère public de communiquer la preuve — Obligation corollaire de la police de communiquer la preuve au ministère public — Accusé inculpé d'infractions relatives aux stupéfiants — Policier témoin principal du ministère public a fait preuve d'inconduite relative aux stupéfiants à l'origine de procédures disciplinaires et d'accusations criminelles — Accusé a demandé la production des dossiers disciplinaires et des dossiers d'enquête criminelle du policier qui a procédé à son arrestation — Le régime de common law de production de dossiers en la possession de tiers s'applique-t-il uniquement aux cas où ces dossiers ouvrent droit à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée? — Les dossiers d'enquête criminelle relatifs à un tiers accusé ouvrent-ils droit à

* Le juge Bastarache n'a pas participé au jugement.

scope of first party disclosure package from police to Crown.

The accused was convicted on multiple drug charges. The arresting officer was the Crown's main witness. After his conviction but before sentencing, the accused learned that the arresting officer was engaged in drug-related misconduct that had led to both internal disciplinary proceedings under the Ontario *Police Services Act* and to criminal charges. In a preliminary motion before the Court of Appeal, the accused sought production of all documents related to the arresting officer's misconduct, claiming that he required this material to assist him in preparing an application to introduce fresh evidence on his appeal from conviction. The Court of Appeal held that an *O'Connor*-type procedure is only required in cases where third party records attract a reasonable expectation of privacy, and concluded that no expectation of privacy existed in respect of the criminal investigation files. Subject to appropriate redactions and the resolution of any privilege claims, the Court of Appeal ordered the third parties to produce the criminal investigation files in their possession related to the charges against the arresting officer to the federal Crown prosecuting the accused's case. Subsequently, the arresting officer pleaded guilty to one of the criminal charges brought against him. Evidence of the officer's conviction was admitted on the accused's appeal, and the accused's convictions were set aside, following which the Crown undertook not to re-prosecute him. The production issue in this case was rendered moot and the accused withdrew his participation in this appeal. The Court appointed an *amicus curiae* and heard this appeal despite its mootness.

Held: The appeal is allowed and the order in the court below is set aside. The application having become moot, the Court makes no further order.

The Crown's obligation to disclose all relevant information in its possession to an accused is well established at common law under the *Stinchcombe* regime.

une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée? — Les dossiers de la police sur les conclusions d'inconduite d'un policier chargé de l'enquête visant l'accusé sont-ils compris dans les renseignements que la police doit remettre au ministère public à titre de partie principale?

L'accusé a été reconnu coupable de plusieurs chefs d'accusation relatifs aux stupéfiants. L'agent responsable de son arrestation était le témoin principal du ministère public. Après avoir été déclaré coupable, mais avant le prononcé de sa peine, l'accusé a appris que l'agent responsable de son arrestation avait fait preuve d'inconduite relativement aux stupéfiants qui a donné lieu à la fois à des procédures disciplinaires internes intentées en vertu de la *Loi sur les services policiers* de l'Ontario et à des accusations criminelles. Dans une demande préliminaire à la Cour d'appel, l'accusé a sollicité la production de tous les renseignements relatifs à l'inconduite de l'agent responsable de son arrestation, soutenant en avoir besoin pour demander l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve lors de son appel à l'encontre de la déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a conclu qu'une procédure de type *O'Connor* ne s'impose que dans les cas où les dossiers en la possession de tiers ouvrent droit à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et a statué qu'il n'existait pas d'attente du genre quant aux dossiers de l'enquête criminelle. À la condition que soient effectuées les suppressions appropriées et réglées les revendications de privilège, la cour a ordonné aux tiers de remettre au représentant du ministère public fédéral responsable de la poursuite contre l'accusé les dossiers de l'enquête criminelle concernant les accusations visant l'agent responsable de l'arrestation qui se trouvaient en sa possession. Par la suite, l'agent a plaidé coupable à une des accusations criminelles portées contre lui. La preuve de la déclaration de culpabilité relative à l'agent a été admise dans le pourvoi interjeté par l'accusé. Les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé ont été annulées, après quoi le ministère public a choisi de ne pas le poursuivre à nouveau. Les questions en l'espèce relatives à la production sont devenues théoriques et l'accusé s'est désisté du pourvoi. La Cour a nommé un *amicus curiae* et a entendu le pourvoi malgré son caractère théorique.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance rendue par la juridiction inférieure est annulée. La demande étant devenue théorique, la Cour ne rend aucune autre ordonnance.

L'obligation du ministère public de communiquer à l'accusé tous les renseignements pertinents qui sont en sa possession est bien établie en common law par le

Under *Stinchcombe*, the Crown's first party disclosure obligation extends only to material relating to the accused's case in the possession or control of the prosecuting Crown. A question then arises as to whether the "Crown" for disclosure purposes encompasses other state authorities. While the roles of the Crown and the police are separate and distinct, the police have a duty to participate in the disclosure process. The necessary corollary to the Crown's disclosure duty under *Stinchcombe* is the obligation of police to disclose to the Crown all material pertaining to its investigation of the accused. For the purposes of fulfilling this corollary obligation, the investigating police force, although distinct and independent from the Crown at law, is not a third party. Rather, it acts on the same first party footing as the Crown. Records relating to findings of serious misconduct by police officers involved in the investigation against the accused properly fall within the scope of the first party disclosure package due to the Crown from police, where the police misconduct is either related to the investigation, or the finding of misconduct could reasonably impact on the case against the accused. [14-15] [22-23]

Production of disciplinary records and criminal investigation files in the possession of the police that do not fall within the scope of this first party disclosure package is governed by the *O'Connor* regime for third party production. The *O'Connor* procedure provides a general mechanism at common law for ordering production of any record beyond the possession or control of the prosecuting Crown, and is not limited to cases where third party records attract a reasonable expectation of privacy. To limit the applicability of the *O'Connor* regime to those cases where a third party has an expectation of privacy in the targeted documents would raise some uncertainty concerning the appropriate mechanism for accessing third party records when it is unknown whether a reasonable expectation of privacy attaches. [11] [15]

The first step in the *O'Connor* procedure for production of documents in the possession of a third party is for the person seeking production to satisfy the court that the documents are likely relevant to the proceedings. If likely relevance is demonstrated by the applicant, the third party record holder may be ordered to produce the documents for inspection by the court in order to determine whether production should be ordered. Ultimately,

régime *Stinchcombe*. Selon *Stinchcombe*, l'obligation de communication qui incombe au ministère public à titre de partie principale ne vise que les renseignements en sa possession ou qui sont sous son contrôle. La question qui se pose alors est celle de savoir si le « ministère public », pour les besoins de la communication, englobe d'autres autorités de l'État. Même si les rôles du ministère public et de la police sont distincts, la police est tenue de participer au processus de communication de la preuve. Forcément, le corollaire de l'obligation de communication du ministère public établie dans *Stinchcombe* est celle de la police de communiquer au ministère public tous les renseignements se rapportant à son enquête sur l'accusé. Pour s'acquitter de cette obligation corollaire, le service de police chargé de l'enquête n'est pas un tiers, même si, en droit, il est distinct et indépendant du ministère public. En fait, il agit en tant que partie principale, tout comme le ministère public. Les dossiers sur les conclusions d'inconduite grave de policiers chargés de l'enquête visant l'accusé sont à bon droit compris dans les renseignements que la police doit remettre au ministère public à titre de partie principale quand l'inconduite en question est liée à l'enquête ou quand il est raisonnable de penser qu'elle risque d'avoir des répercussions sur la poursuite engagée contre l'accusé. [14-15] [22-23]

La production des dossiers disciplinaires et des dossiers d'enquête criminelle détenus par la police et qui ne font pas partie des dossiers que doit communiquer la partie principale est régie par le régime de production des dossiers en la possession de tiers établi dans *O'Connor*. La procédure établie dans *O'Connor* crée un mécanisme général en common law pour ordonner la production de tout dossier qui n'est pas en la possession du poursuivant ou sous son contrôle et ne s'impose pas que dans les cas où les dossiers en la possession de tiers ouvrent droit à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Limiter la portée du régime établi dans l'arrêt *O'Connor* aux cas où un tiers a une attente en matière de protection de la vie privée relativement aux dossiers visés comporterait certaines incertitudes sur le mécanisme auquel il convient de recourir pour obtenir les dossiers en la possession d'un tiers quand on ignore si une telle attente raisonnable s'y rattache. [11] [15]

À la première étape d'une demande de type *O'Connor* visant la production de renseignements en la possession d'un tiers, il incombe à la personne qui demande la production de convaincre la cour que les renseignements sont vraisemblablement pertinents. Si l'auteur de la demande réussit à démontrer la pertinence vraisemblable, le tiers détenteur du dossier peut se voir ordonner de produire les renseignements pour que la

what is required at this second stage of the common law regime is a balancing of the competing interests at stake in the particular circumstances of the case. [28] [34] [35]

In most cases, a useful starting point for courts in balancing the competing interests at the second stage of an *O'Connor* application will be to assess the true relevancy of the targeted record in the case against the accused. Once a court has ascertained upon inspection that third party records are indeed relevant to the accused's case, in the sense that they pertain to an issue in the trial, the second stage balancing exercise is easily performed. In effect, a finding of true relevance puts the third party records in the same category for disclosure purposes as the fruits of the investigation against the accused in the hands of the prosecuting Crown under *Stinchcombe*. It may be useful to pose the question in this way: If the third party record in question had found its way into the Crown prosecutor's file, would there be any basis under the first party *Stinchcombe* disclosure regime for not disclosing it to the accused? If the answer to that question is no, there can be no principled reason to arrive at a different outcome on the third party production application. The accused's interest in obtaining disclosure for the purpose of making full answer and defence will, as a general rule, outweigh any residual privacy interest held by third parties in the material. This is particularly so in respect of criminal investigation files concerning third party accused. [20] [39] [42]

That is not to say that residual privacy interests in the contents of criminal investigation files, police disciplinary records or any other third party records should be disregarded. The court should ensure that a production order is properly tailored to meet the exigencies of the case but do no more. To ensure that only relevant material is produced and that no unwarranted invasion of privacy interests occurs, the court may find it necessary to make a production order subject to redactions or other conditions. In addition, when just and appropriate to do so, the court may well impose restrictions on the dissemination of the information produced for purposes unrelated to the accused's full answer and defence or prosecution of an appeal. [43-44] [46]

cour en fasse l'examen et décide s'ils devraient être communiqués. En fin de compte, à la deuxième étape du régime de common law, il faut mettre en balance les droits divergents en jeu dans les circonstances particulières de l'espèce. [28] [34] [35]

Dans la plupart des cas, il serait plus utile que les tribunaux évaluent d'abord la pertinence véritable du dossier visé relativement à la poursuite engagée contre l'accusé lorsqu'ils mettent en balance des droits divergents à la seconde étape d'une demande de type *O'Connor*. Une fois qu'un tribunal a déterminé, après examen, que des dossiers en la possession de tiers sont effectivement pertinents à l'égard de la poursuite engagée contre l'accusé, en ce qu'ils se rapportent à une question en litige au procès, l'exercice de mise en balance de la seconde étape peut facilement être effectué. En effet, une conclusion confirmant la pertinence véritable a pour effet de classer les dossiers en la possession de tiers dans la même catégorie, pour les besoins de la communication, que les fruits de l'enquête contre l'accusé qui se trouvent en la possession du ministère public suivant *Stinchcombe*. Il pourrait être utile de poser la question de la manière suivante : si le renseignement en la possession d'un tiers s'était retrouvé dans le dossier du ministère public, y aurait-il un fondement, suivant le régime de communication qui incombe à la partie principale établi dans *Stinchcombe*, qui justifierait de ne pas le communiquer à l'accusé? Si la réponse est négative, aucun motif rationnel ne permet de tirer une conclusion différente relativement à la demande de production de renseignements en la possession de tiers. En général, l'intérêt qu'a l'accusé à obtenir la communication afin de pouvoir présenter une défense pleine et entière l'emporte sur le droit résiduel des tiers à la protection de la vie privée. Il en est de même particulièrement à l'égard de dossiers relatifs à une enquête criminelle concernant un tiers accusé. [20] [39] [42]

Cela ne veut pas dire que les droits résiduels à la protection de la vie privée quant au contenu des dossiers d'enquête criminelle, des dossiers disciplinaires de la police ou de tout autre dossier en la possession de tiers doivent être ignorés. Le tribunal doit garantir que l'ordonnance de production est conçue pour satisfaire aux exigences de l'affaire, sans plus. Pour garantir que seuls des renseignements pertinents sont produits et pour empêcher toute atteinte injustifiée au droit à la vie privée, la cour peut juger nécessaire d'assujettir l'ordonnance de production à l'obligation d'effectuer des suppressions ou à d'autres conditions. De plus, lorsqu'elle estime une telle mesure juste et nécessaire, la cour peut également imposer des restrictions à la diffusion des renseignements produits qui ne sont pas liés à la défense pleine et entière de l'accusé ou à la poursuite d'un appel. [43-44] [46]

Cases Cited

Referred to: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754; *R. v. Gingras* (1992), 120 A.R. 300; *R. v. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67; *R. v. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378; *R. v. Gagné* (1998), 131 C.C.C. (3d) 444; *Driskell v. Dangerfield*, 2008 MBCA 60, [2008] 6 W.W.R. 615; *R. v. MacPherson* (1991), 105 N.S.R. (2d) 123; *R. v. Oliver* (1995), 143 N.S.R. (2d) 134; *R. v. Campbell*, [1992] N.S.J. No. 702 (QL); *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Clifford* (2002), 163 C.C.C. (3d) 3; *P. (D.) v. Wagg* (2004), 239 D.L.R. (4th) 501; *R. v. Arsenaault* (1994), 153 N.B.R. (2d) 81; *R. v. Ahluwalia* (2000), 138 O.A.C. 154.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information and Protection of Privacy Act, S.N.L. 2002, c. A-1.1, s. 22.
Act respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information, R.S.Q., c. A-2.1, s. 28.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Code of ethics of Québec police officers, (1990) 122 G.O. II, 1760, s. 7(2).
Code of Professional Conduct Regulation, B.C. Reg. 205/98, s. 5(e).
Code of Professional Conduct Regulation — Police Act, N.B. Reg. 2007-81, s. 36(1)(d)(iii).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91, 278.3(4), 698(1), 700(1).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, s. 20.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 165, s. 15.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 14.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F-15.01, s. 18.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.M. 1997, c. 50, s. 25.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.N.S. 1993, c. 5, s. 15.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.S. 1990-91, c. F-22.01, s. 15.
General, O. Reg. 123/98 (*Police Services Act*), Sch., s. 2(1)(c)(vi).
Police Service Regulation, Alta. Reg. 356/90, s. 5(2)(h)(vii).
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 42(1)(e).
Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 22.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754; *R. c. Gingras* (1992), 120 A.R. 300; *R. c. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67; *R. c. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378; *R. c. Gagné*, [1998] J.Q. n° 3240 (QL); *Driskell c. Dangerfield*, 2008 MBCA 60, [2008] 6 W.W.R. 615; *R. c. MacPherson* (1991), 105 N.S.R. (2d) 123; *R. c. Oliver* (1995), 143 N.S.R. (2d) 134; *R. c. Campbell*, [1992] N.S.J. No. 702 (QL); *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Clifford* (2002), 163 C.C.C. (3d) 3; *P. (D.) c. Wagg* (2004), 239 D.L.R. (4th) 501; *R. c. Arsenaault* (1994), 153 R.N.-B. (2^e) 81; *R. c. Ahluwalia* (2000), 138 O.A.C. 154.

Lois et règlements cités

Access to Information and Protection of Privacy Act, S.N.L. 2002, ch. A-1.1, art. 22.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 278.1 à 278.91, 278.3(4), 698(1), 700(1).
Code de déontologie des policiers du Québec, (1990) 122 G.O. II, 2531, art. 7(2).
Code de déontologie professionnelle — Loi sur la Police, Règl. du N.-B. 2007-81, art. 36(1)(d)(iii).
Code of Professional Conduct Regulation, B.C. Reg. 205/98, art. 5e).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, ch. F-25, art. 20.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.B.C. 1996, ch. 165, art. 15.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-15.01, art. 18.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.N.S. 1993, ch. 5, art. 15.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.S. 1990-91, ch. F-22.01, art. 15.
General, Règl. de l'Ont. 123/98 (*Loi sur les services policiers*), ann., art. 2(1)(c)(vi).
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.M. 1997, ch. 50, art. 25.
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14.
Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., ch. A-2.1, art. 28.
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 22.
Loi sur le droit à l'information, L.N.-B. 1978, ch. R-10.3, art. 6a), f).

Right to Information Act, S.N.B. 1978, c. R-10.3, s. 6(a), (f).

Authors Cited

Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.

Ontario. *Review and Recommendations Concerning Various Aspects of Police Misconduct*, vol. I. Toronto: Toronto Police Service, 2003 (online: <http://www.torontopolice.on.ca/publications/files/reports/ferguson1.pdf>).

Paciocco, David M. "Filling the Seam between *Stinchcombe* and *O'Connor*: The 'McNeil' Disclosure Application" (2007), 53 *Crim. L.Q.* 161.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, Simmons and Blair J.J.A.) (2006), 218 O.A.C. 1, 215 C.C.C. (3d) 22, 43 C.R. (6th) 370, [2006] O.J. No. 4746 (QL), 2006 CarswellOnt 7557, allowing a motion for production of certain documents. Appeal allowed.

Christine Bartlett-Hughes and *Elise Nakelsky*, for the appellant.

James C. Martin and *Rick Visca*, for the respondent Her Majesty the Queen.

H. Reginald Watson and *Jill Sexsmith*, for the respondent the Chief of Barrie Police Service, 3rd Party Record Holder.

James A. Bowron, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Gary R. Clewley and *Henry S. Brown, Q.C.*, for the intervener Matthew Marshall.

Ian J. Roland and *Danny Kastner*, for the intervener the Police Association of Ontario.

David M. Porter and *Christopher A. Wayland*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Marie Henein and *Jordan Glick*, for the *amicus curiae*.

Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 42(1)e).

Police Service Regulation, Alta. Reg. 356/90, art. 5(2)h(vii).

Doctrine citée

Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto : The Committee, 1993.

Ontario. *Review and Recommendations Concerning Various Aspects of Police Misconduct*, vol. I. Toronto : Toronto Police Service, 2003 (online : <http://www.torontopolice.on.ca/publications/files/reports/ferguson1.pdf>).

Paciocco, David M. « Filling the Seam between *Stinchcombe* and *O'Connor* : The "McNeil" Disclosure Application » (2007), 53 *Crim. L.Q.* 161.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Feldman, Simmons et Blair) (2006), 218 O.A.C. 1, 215 C.C.C. (3d) 22, 43 C.R. (6th) 370, [2006] O.J. No. 4746 (QL), 2006 CarswellOnt 7557, qui a accueilli une demande de production de certains documents. Pourvoi accueilli.

Christine Bartlett-Hughes et *Elise Nakelsky*, pour l'appelant.

James C. Martin et *Rick Visca*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

H. Reginald Watson et *Jill Sexsmith*, pour l'intimé le Chef du service de police de Barrie, tiers détenteur des dossiers.

James A. Bowron, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Gary R. Clewley et *Henry S. Brown, c.r.*, pour l'intervenant Matthew Marshall.

Ian J. Roland et *Danny Kastner*, pour l'intervenante Police Association of Ontario.

David M. Porter et *Christopher A. Wayland*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Marie Henein et *Jordan Glick*, pour l'*amicus curiae*.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Introduction

[1] This appeal concerns an accused's motion for production of police disciplinary records and criminal investigation files relating to the Crown's main police witness in the case against him. The respondent Lawrence McNeil brought his motion in accordance with the procedure set out in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, for the production of third party records. The proceedings against McNeil have since been discontinued, McNeil has withdrawn his participation in this appeal, and the production issue is now moot.

[2] Issues concerning the production of police disciplinary records and criminal investigation files relating to third party accused occur frequently and, because the proceedings in which these questions generally arise are interlocutory in nature, production orders are often evasive of appellate review. In addition, the third parties in the present case have a subsisting interest in clarifying some of the uncertainties arising from the decision below. For these reasons, the Court appointed an *amicus curiae* and heard this appeal despite its mootness.

[3] The question of whether production of the particular documents at issue in the court below should or should not have been ordered is no longer before us. The evidence and prior proceedings in the current case will therefore be reviewed simply to provide the necessary background for discussion of the issues canvassed by the parties on this appeal.

2. Background

[4] McNeil was arrested by Constable Rodney Hackett and other members of the Barrie Police

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Introduction

[1] Le pourvoi porte sur la demande présentée par l'accusé en vue d'obtenir la production des dossiers disciplinaires de la police et des dossiers d'enquête criminelle concernant le policier qui a été le témoin principal du ministère public dans la poursuite engagée contre lui. L'intimé, Lawrence McNeil, a présenté cette demande de dossiers en la possession de tiers conformément à la procédure énoncée dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. Depuis, les procédures intentées contre M. McNeil ont été abandonnées, ce dernier ne participe plus au présent pourvoi et la question de la production est devenue théorique.

[2] Les questions relatives à la production de dossiers disciplinaires de la police et de dossiers d'enquête criminelle concernant un tiers accusé se posent fréquemment. En outre, comme elles sont généralement soulevées dans le cadre de procédures de nature interlocutoire, les ordonnances de production échappent souvent à l'examen en appel. De plus, en l'espèce, les tiers ont encore un intérêt à faire clarifier certaines des incertitudes découlant de la décision du tribunal de juridiction inférieure. Pour ces motifs, la Cour a nommé un *amicus curiae* et a entendu le pourvoi malgré son caractère théorique.

[3] Nous ne sommes plus saisis de la question de savoir si la production des documents particuliers en cause devant la juridiction inférieure aurait dû faire l'objet d'une ordonnance. La preuve et les procédures antérieures seront donc examinées uniquement dans le but de fournir les éléments nécessaires pour analyser les questions soulevées par les parties dans le présent pourvoi.

2. Contexte

[4] Monsieur McNeil a été arrêté par l'agent Rodney Hackett et d'autres membres du service de

Service in respect of an alleged drug transaction. He was subsequently prosecuted by the federal Crown and convicted on multiple drug charges, including possession of marijuana and cocaine for the purpose of trafficking. Hackett was the Crown's main witness in the case against McNeil. He was the only witness who testified to the reasonable grounds supporting McNeil's arrest. In addition, the trial judge's ultimate finding that McNeil's admitted possession of marijuana and cocaine was for the purpose of trafficking turned on Hackett's credibility.

[5] After his conviction but before sentencing, McNeil learned that Hackett was engaged in drug-related misconduct that had led to both internal disciplinary proceedings under the Ontario *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, and to criminal charges. Both proceedings against Hackett were ongoing at the time. Following an aborted application to reopen his trial to introduce evidence about Hackett's misconduct, McNeil chose to proceed to sentence and appeal his conviction instead.

[6] In a preliminary motion before the Court of Appeal for Ontario, McNeil sought production of all documents related to Hackett's misconduct, claiming that he required this material to assist him in preparing an application to introduce fresh evidence on his appeal from conviction. The police disciplinary and criminal investigation documents at issue were intermingled, and were in the possession of both the Barrie Police Service and the provincial Crown prosecuting the criminal charges against Hackett. Both entities resisted production, and the federal Crown supported their opposition to the motion.

police de Barrie relativement à une prétendue transaction de stupéfiants. Il a ensuite été poursuivi par le ministère public fédéral et a été reconnu coupable de plusieurs chefs d'accusation relatifs aux stupéfiants, dont celui de possession de marijuana et de cocaïne en vue d'en faire le trafic. L'agent Hackett était le témoin principal du ministère public dans la poursuite engagée contre M. McNeil et le seul à avoir témoigné sur les motifs raisonnables invoqués à l'appui de l'arrestation de ce dernier. En outre, la conclusion finale du juge du procès selon laquelle M. McNeil a admis avoir été en possession de marijuana et de cocaïne, et ce, dans le but d'en faire le trafic, reposait sur la crédibilité de M. Hackett.

[5] Après avoir été déclaré coupable, mais avant le prononcé de sa peine, M. McNeil a appris que M. Hackett avait fait preuve d'inconduite relativement aux stupéfiants. Ces faits avaient donné lieu à la fois à des procédures disciplinaires internes intentées en vertu de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, et à des accusations criminelles. Ces deux procédures contre M. Hackett étaient alors en cours. Monsieur McNeil a demandé la réouverture de son procès afin de pouvoir présenter les éléments de preuve concernant l'inconduite de M. Hackett. À la suite de l'annulation de cette demande, M. McNeil a plutôt choisi de se voir infliger sa peine et d'interjeter appel de sa déclaration de culpabilité.

[6] Dans une demande préliminaire à la Cour d'appel de l'Ontario, M. McNeil a sollicité la production de tous les renseignements relatifs à l'inconduite de M. Hackett. Il soutenait en avoir besoin pour demander l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve lors de son appel à l'encontre de la déclaration de culpabilité. Les renseignements en question — qui se rapportent aux procédures disciplinaires de la police et à l'enquête criminelle — étaient indissociables, et ils se trouvaient en la possession du service de police de Barrie et de l'avocat du ministère public provincial qui avait engagé les poursuites pénales contre M. Hackett. Les deux entités se sont opposées à la production et le ministère public fédéral a appuyé leur opposition à la demande.

[7] In *O'Connor*, this Court set out a two-part test for production of third party records. First, the applicant must demonstrate that the information contained in the records is likely relevant. In the appellate context, it was therefore incumbent on McNeil to show that the targeted documents were likely relevant to his proposed application to introduce fresh evidence on his appeal from conviction. Second, if the threshold test of likely relevance is met, the court may order production of the records for its inspection. With the targeted documents before it, the court weighs “the positive and negative consequences of production, with a view to determining whether, and to what extent, production should be ordered” (*O'Connor*, at para. 137). The second part of the *O'Connor* test essentially requires a court to conduct a balancing of the third party’s privacy interest in the targeted documents, if any, and the accused’s interest in making full answer and defence.

[8] In the present case, the Court of Appeal found that some of the targeted records, including both disciplinary police records and criminal investigation files, met the requisite relevancy threshold, satisfying the first part of the *O'Connor* test. Rather than proceeding to the second part of the test, however, the court held that an “*O'Connor*-type procedure” is only required in cases where third party records attract a reasonable expectation of privacy ((2006), 218 O.A.C. 1). The court drew a distinction between criminal investigation files and police disciplinary records, and concluded that no expectation of privacy existed in respect of the former. Accordingly, subject to appropriate redactions and the resolution of any privilege claims, the court ordered the third parties to produce the criminal investigation files in their possession related to the charges against Hackett to the federal Crown prosecuting McNeil’s case. The court directed the prosecuting Crown in McNeil’s case to determine whether the documents were in fact relevant to McNeil’s appeal and, if so, to make disclosure to

[7] Dans *O'Connor*, notre Cour a énoncé une analyse en deux étapes pour statuer sur les demandes de production de dossiers en la possession de tiers. Premièrement, l’auteur de la demande doit démontrer que les renseignements contenus dans les dossiers sont vraisemblablement pertinents. Dans le contexte de l’appel, il incombait donc à M. McNeil de démontrer que les renseignements visés se rapportaient vraisemblablement à sa demande visant la production de nouveaux éléments de preuve pour son appel à l’encontre de la déclaration de culpabilité. Deuxièmement, s’il est satisfait à cette exigence minimale de pertinence, le tribunal peut ordonner la production des dossiers aux fins d’examen. Dossiers en mains, le tribunal soupèse « les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la production pour déterminer si et dans quelle mesure la production devrait être ordonnée » (*O'Connor*, par. 137). La deuxième étape de l’analyse énoncée dans *O'Connor* exige essentiellement du tribunal qu’il mette en balance, d’une part, le droit au respect de la vie privée du tiers en ce qui a trait, s’il y a lieu, au contenu des renseignements visés et, d’autre part, le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière.

[8] En l’espèce, la Cour d’appel a jugé que certains des dossiers visés, dont les dossiers disciplinaires de la police et les dossiers d’enquête criminelle, satisfaisaient à l’exigence minimale de pertinence, de sorte que la première étape du test énoncé dans *O'Connor* était respectée. Cependant, au lieu de passer à la deuxième étape, la cour a conclu qu’une « procédure de type *O'Connor* » ne s’impose que dans les cas où les dossiers en la possession de tiers ouvrent droit à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ((2006), 218 O.A.C. 1). Elle a fait une distinction entre les dossiers de l’enquête criminelle et les dossiers disciplinaires de la police et a statué qu’il n’existait aucune attente du genre dans le premier cas. Par conséquent, à la condition que soient effectuées les suppressions appropriées et réglées les revendications de privilège, la cour a ordonné aux tiers de remettre au représentant du ministère public fédéral responsable de la poursuite contre M. McNeil les dossiers de l’enquête criminelle concernant les accusations visant M. Hackett qui se trouvaient en sa possession.

the accused. As for the police disciplinary records, the court noted the conflicting jurisprudence on whether such records are subject to a reasonable expectation of privacy and invited counsel to make further submissions on this issue. The balance of the motion was adjourned accordingly.

[9] The Attorney General of Ontario, as third party record holder, was granted leave to appeal to this Court and the production order was stayed pending disposition of the appeal. Subsequently, Hackett pleaded guilty to one of the criminal charges brought against him. Evidence of Hackett's conviction was admitted on McNeil's appeal before the Court of Appeal for Ontario, and his convictions were set aside, following which the Crown undertook not to re-prosecute him. McNeil then withdrew his participation in the appeal. This Court acceded to the remaining parties' request to proceed with the appeal despite its mootness and appointed an *amicus curiae* to maintain a proper adversarial context.

3. Overview of the Issues on Appeal

[10] As stated earlier, the third party record holders in this case seek clarification in respect of some of the uncertainties arising from the decision below. The issues canvassed before this Court are the following.

[11] First, by limiting the applicability of the *O'Connor* production regime to those cases where a third party has an expectation of privacy in the targeted documents, the decision under appeal raises some uncertainty concerning the appropriate mechanism for accessing third party records when

La cour a demandé à l'avocat du ministère public chargé du dossier de M. McNeil de déterminer si les renseignements se rapportaient véritablement à l'appel de ce dernier et, dans l'affirmative, de les lui communiquer. Quant aux dossiers disciplinaires de la police, la cour a souligné l'existence d'une jurisprudence contradictoire sur la question de savoir s'il existait à l'égard de ces dossiers une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et elle a invité les avocats à présenter des observations additionnelles à cet égard. La cour a ajourné en conséquence l'examen des autres éléments de la demande.

[9] À titre de tiers détenteur de dossiers, le procureur général de l'Ontario a obtenu la permission de se pourvoir devant notre Cour et l'exécution de l'ordonnance de production a été suspendue en attendant l'issue du pourvoi. Par la suite, M. Hackett a plaidé coupable à une des accusations criminelles portées contre lui. La preuve de cette déclaration de culpabilité a été admise dans le pourvoi interjeté par M. McNeil devant la Cour d'appel de l'Ontario. Les déclarations de culpabilité prononcées contre lui ont été annulées, après quoi le ministère public a choisi de ne pas poursuivre M. McNeil à nouveau. Monsieur McNeil s'est ensuite désisté du pourvoi. Notre Cour a accueilli la demande des autres parties visant à poursuivre le pourvoi malgré son caractère théorique et elle a nommé un *amicus curiae* pour assurer la tenue d'un véritable débat contradictoire.

3. Aperçu des questions soulevées en appel

[10] Comme je l'ai dit précédemment, les tiers détenteurs des dossiers en l'espèce demandent des précisions à propos de quelques-unes des ambiguïtés découlant de la décision de la Cour d'appel. Les questions examinées par notre Cour sont les suivantes.

[11] Premièrement, en limitant la portée du régime de production établi dans l'arrêt *O'Connor* aux cas où un tiers a une attente en matière de protection de la vie privée relativement aux dossiers visés, la décision portée en appel comporte certaines incertitudes sur le mécanisme auquel il convient

it is unknown whether a reasonable expectation of privacy attaches. As I will explain, the procedure set out in *O'Connor* provides a general mechanism at common law for ordering production of *any* record beyond the possession or control of the prosecuting Crown. Whether or not the targeted record is subject to a reasonable expectation of privacy is one of the questions that must be determined at the hearing of an *O'Connor* application. For that pragmatic reason alone, the operation of the common law production regime cannot be premised on the existence of a reasonable expectation of privacy.

[12] Second, to the extent that the decision in the court below suggests that there can be no expectation of privacy in the contents of a criminal investigation file, it is in error. As this Court stated in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668: “Privacy is not an all or nothing right. It does not follow from the fact that the Crown has possession of the records that any reasonable expectation of privacy disappears” (para. 108). This principle holds equally in respect of criminal investigation files relating to third party accused that are *not* in the possession or control of the prosecuting Crown. There can be no assumption that criminal investigation files relating to third party accused persons do not attract an expectation of privacy absent consideration of their particular contents and other relevant factors. The existence of a reasonable expectation of privacy and its impact, if any, on a third party’s obligation to produce is always a contextual, fact-based inquiry. Likewise, no blanket ruling can be made in respect of privacy interests in police disciplinary records without regard to their contents.

[13] Third, to the extent that the operative terms of the production order below may suggest that records in possession of one Crown entity are deemed to be in the possession of another, this interpretation should be discarded. The notion

de recourir pour obtenir les dossiers en la possession d’un tiers quand on ignore si une telle attente raisonnable s’y rattache. Comme je l’expliquerai plus loin, la procédure établie dans *O'Connor* crée un mécanisme général en common law pour ordonner la production de *tout* dossier qui n’est pas en la possession du poursuivant ou sous son contrôle. La question de savoir si le dossier visé fait l’objet d’une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée est une des questions qui doivent être résolues à l’audition d’une demande de type *O'Connor*. Pour cette seule raison d’ordre pratique, l’application du régime de production de common law ne peut reposer sur l’existence d’une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

[12] Deuxièmement, dans la mesure où la décision du tribunal de juridiction inférieure suggère qu’il est impossible d’avoir une attente en matière de protection de la vie privée à l’égard du contenu d’un dossier d’enquête criminelle, elle est erronée. Comme l’a dit notre Cour dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 : « Le droit à la vie privée n’est pas un droit absolu. Toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ne disparaît pas du simple fait que le ministère public est en possession des dossiers » (par. 108). Ce principe vaut tout autant pour les dossiers d’enquête criminelle concernant un tiers accusé qui *ne sont pas* en la possession ou sous le contrôle du poursuivant. On ne peut présumer que les dossiers d’enquête criminelle concernant des tiers accusés ne suscitent aucune attente en matière de protection de la vie privée sans avoir examiné leur teneur précise et d’autres facteurs pertinents. L’existence d’une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et son incidence, le cas échéant, sur l’obligation d’un tiers de produire des renseignements exigent toujours une analyse contextuelle qui repose sur des faits. De même, aucune règle générale ne peut être établie à propos du droit à la confidentialité des dossiers disciplinaires de la police sans tenir compte de leur contenu.

[13] Troisièmement, dans la mesure où les conditions clés de l’ordonnance de production rendue par le tribunal de juridiction inférieure peuvent laisser croire que les dossiers détenus par une entité étatique sont réputés être en la possession d’une autre

that all state authorities constitute a single indivisible Crown entity for the purposes of disclosure finds no support in law and, moreover, is unworkable in practice. Accordingly, Crown entities other than the prosecuting Crown are third parties under the *O'Connor* production regime. As I will explain, however, this does not relieve the prosecuting Crown from its obligation to make reasonable inquiries of other Crown entities and other third parties, in appropriate cases, with respect to records and information in their possession that may be relevant to the case being prosecuted. The Crown and the defence in a criminal proceeding are not adverse in interest for the purpose of discovering relevant information that may be of benefit to an accused.

[14] In addition to clarifying these three uncertainties, this case provides an appropriate context within which to reiterate the respective obligations of the police and the Crown to disclose the fruits of the investigation under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and to consider the extent to which relevant police disciplinary records and third party criminal investigation files should form part of this “first party” disclosure package. The Crown’s obligation to disclose all relevant information in its possession to an accused is well established at common law and is now constitutionally entrenched in the right to full answer and defence under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The necessary corollary to the Crown’s disclosure duty under *Stinchcombe* is the obligation of police (or other investigating state authority) to disclose to the Crown all material pertaining to its investigation of the accused. For the purposes of fulfilling this corollary obligation, the investigating police force, although distinct and independent from the Crown at law, is not a third party. Rather, it acts on the same first party footing as the Crown.

entité de ce type, cette interprétation doit être écartée. L’idée que toutes les autorités de l’État constituent une entité unique et indivisible pour les besoins de la communication n’est aucunement appuyée en droit et est, en outre, inapplicable en pratique. Par conséquent, les entités étatiques autres que le poursuivant — c’est-à-dire celui qui, parmi les entités du ministère public, est en train de poursuivre l’accusé — sont des tiers selon le régime de production établi dans *O'Connor*. Cependant, comme je l’exposerai plus loin, cette réalité ne libère pas le poursuivant de son obligation de se renseigner suffisamment auprès des autres entités étatiques et d’autres tiers, dans les cas appropriés, à propos des dossiers et des renseignements qu’ils détiennent et qui peuvent être utiles pour l’affaire en cours d’instance. Dans une instance criminelle, le ministère public et la défense n’ont pas d’intérêts divergents quant à la découverte de renseignements pertinents pouvant être avantageux pour l’accusé.

[14] En plus de clarifier ces trois ambiguïtés, la présente affaire fournit un contexte approprié pour réitérer les obligations respectives de la police et du ministère public de communiquer les fruits de l’enquête énoncées dans l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et pour se demander dans quelle mesure les dossiers disciplinaires de la police et les dossiers d’enquête criminelle pertinents concernant un tiers devraient faire partie de cette communication de la preuve par la « partie principale ». L’obligation du ministère public de communiquer à l’accusé tous les renseignements pertinents qui sont en sa possession est bien établie en common law et est maintenant inscrite dans la constitution à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui consacre le droit à une défense pleine et entière. Forcément, le corollaire de l’obligation de communication du ministère public établie dans *Stinchcombe* est celle de la police (ou d’autres autorités de l’État chargées de mener des enquêtes) de communiquer au ministère public tous les renseignements se rapportant à son enquête sur l’accusé. Pour s’acquitter de cette obligation corollaire, le service de police chargé de l’enquête n’est pas un tiers, même si, en droit, il est distinct et indépendant du ministère public. En fait, il agit en tant que partie principale, tout comme le ministère public.

[15] As I will explain, records relating to findings of serious misconduct by police officers involved in the investigation against the accused properly fall within the scope of the “first party” disclosure package due to the Crown, where the police misconduct is either related to the investigation, or the finding of misconduct could reasonably impact on the case against the accused. The Crown, in turn, must provide disclosure to the accused in accordance with its obligations under *Stinchcombe*. Production of disciplinary records and criminal investigation files in the possession of the police that do not fall within the scope of this first party disclosure package is governed by the *O’Connor* regime for third party production.

[16] I will first review the respective obligations of the Crown and the police to disclose the fruits of the investigation against the accused.

4. The *Stinchcombe* Duty to Disclose the Fruits of the Investigation

[17] The Crown’s obligation to disclose all relevant information in its possession relating to the investigation against an accused is well established. The duty is triggered upon request and does not require an application to the court. *Stinchcombe* made clear that relevant information in the first party production context includes not only information related to those matters the Crown intends to adduce in evidence against the accused, but also any information in respect of which there is a reasonable possibility that it may assist the accused in the exercise of the right to make full answer and defence (pp. 343-44). The Crown’s obligation survives the trial and, in the appellate context, the scope of relevant information therefore includes any information in respect of which there is a reasonable possibility that it may assist the appellant in prosecuting an appeal.

[18] While the *Stinchcombe* automatic disclosure obligation is not absolute, it admits of few exceptions. Unless the information is clearly irrelevant, privileged, or its disclosure is otherwise governed

[15] Comme je l’expliquerai plus loin, les dossiers sur les conclusions d’inconduite grave de policiers chargés de l’enquête visant l’accusé sont à bon droit compris dans les renseignements que la police doit remettre au ministère public à titre de « partie principale » quand l’inconduite en question est liée à l’enquête ou quand il est raisonnable de penser qu’elle risque d’avoir des répercussions sur la poursuite engagée contre l’accusé. Le ministère public doit à son tour communiquer les renseignements à l’accusé selon l’obligation qui lui incombe aux termes de *Stinchcombe*. La production des dossiers disciplinaires et des dossiers d’enquête criminelle détenus par la police et qui ne font pas partie des dossiers que doit communiquer la partie principale est régie par le régime de production des dossiers en la possession de tiers établi dans *O’Connor*.

[16] J’examinerai d’abord les obligations respectives du ministère public et de la police de communiquer les fruits de l’enquête sur l’accusé.

4. L’obligation formulée dans *Stinchcombe* de communiquer les fruits de l’enquête

[17] Il est bien établi que le ministère public est tenu de communiquer tous les renseignements pertinents qu’il a en sa possession se rapportant à l’enquête visant un accusé. L’obligation est déclenchée sur demande, sans qu’il soit nécessaire de faire appel à la cour. *Stinchcombe* énonce clairement que l’information pertinente devant être communiquée par la partie principale comprend non seulement les renseignements ayant trait aux éléments que le ministère public a l’intention de présenter en preuve contre l’accusé, mais également ceux qui peuvent raisonnablement aider ce dernier à présenter une défense pleine et entière (p. 343-344). L’obligation qui incombe au ministère public subsiste après le procès. Ainsi, dans le contexte d’un appel, les renseignements pertinents englobent tout renseignement qui peut raisonnablement aider l’appelant à faire valoir sa thèse en appel.

[18] L’obligation de communication des fruits de l’enquête établie dans *Stinchcombe* n’est certes pas absolue, mais elle admet peu d’exceptions. Sauf si les renseignements n’ont manifestement aucune

by law, the Crown must disclose to the accused all material in its possession. The Crown retains discretion as to the manner and timing of disclosure where the circumstances are such that disclosure in the usual course may result in harm to anyone or prejudice to the public interest. The Crown's exercise of discretion in fulfilling its obligation to disclose is reviewable by a court.

[19] As this Court confirmed in *Mills*, the Crown's obligation under *Stinchcombe* to disclose the fruits of the investigation does not signify that no residual privacy interest can exist in the contents of the Crown's file. It should come as no surprise that any number of persons and entities may have a residual privacy interest in material gathered in the course of a criminal investigation. Criminal investigative files may contain highly sensitive material including: outlines of unproven allegations; statements of complainants or witnesses — at times concerning very personal matters; personal addresses and phone numbers; photographs; medical reports; bank statements; search warrant information; surveillance reports; communications intercepted by wiretap; scientific evidence including DNA information; criminal records, etc. The privacy legislation of all 10 provinces addresses the disclosure of information contained in law enforcement files. See *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 14; *Access to Information and Protection of Privacy Act*, S.N.L. 2002, c. A-1.1, s. 22; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.N.S. 1993, c. 5, s. 15; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-15.01, s. 18; *Right to Information Act*, S.N.B. 1978, c. R-10.3, ss. 6(a) and 6(f); *An Act respecting Access to Documents Held by Public Bodies and the Protection of Personal Information*, R.S.Q., c. A-2.1, s. 28; *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.M. 1997, c. 50, s. 25; *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, c. F-22.01, s. 15; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25, s. 20; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*,

pertinence ou sont privilégiés, ou si leur communication est autrement régie en droit, le ministère public est tenu de communiquer à l'accusé tous les renseignements qu'il a en sa possession. Il peut toujours exercer son pouvoir discrétionnaire quant à la forme et au moment de la communication de la preuve quand les circonstances sont telles que la communication habituelle peut porter préjudice à quelqu'un ou à l'intérêt public. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire peut faire l'objet d'un examen judiciaire.

[19] Comme la Cour l'a confirmé dans *Mills*, l'existence de l'obligation qui incombe au ministère public de communiquer les fruits de l'enquête formulée dans *Stinchcombe* ne signifie pas qu'il ne peut y avoir de droit résiduel à la protection de la vie privée quant au contenu du dossier du ministère public. Il n'est d'ailleurs pas surprenant que de nombreuses personnes et entités aient un tel droit relativement aux renseignements recueillis dans le cadre d'une enquête criminelle. En effet, les dossiers d'enquête criminelle peuvent contenir des renseignements de nature très délicate tels que des exposés sur des allégations dont le bien-fondé n'a pas été établi, des déclarations de plaignants ou de témoins — parfois à propos de questions très personnelles —, des adresses, des numéros de téléphone personnels, des photographies, des rapports médicaux, des relevés bancaires, des renseignements utilisés pour obtenir un mandat de perquisition, des rapports de surveillance, des communications interceptées grâce à l'écoute électronique, des éléments de preuve scientifiques dont des renseignements génétiques, des casiers judiciaires, etc. Les lois sur la protection de la vie privée des 10 provinces contiennent des dispositions sur la communication de renseignements qui se trouvent dans les dossiers relatifs à l'application de la loi. Voir *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14; *Access to Information and Protection of Privacy Act*, S.N.L. 2002, ch. A-1.1, art. 22; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.N.S. 1993, ch. 5, art. 15; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-15.01, art. 18; *Loi sur le droit à l'information*, L.N.-B. 1978, ch. R-10.3, al. 6a) et 6f); *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection*

R.S.B.C. 1996, c. 165, s. 15. See also the federal *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 22.

[20] Implicit in the Crown's broad duty to disclose the contents of its file under *Stinchcombe* are not the absence of any residual expectation of privacy, but rather the following two assumptions. The first is that the material in possession of the prosecuting Crown is relevant to the accused's case. Otherwise, the Crown would not have obtained possession of it (*O'Connor*, at para. 12). The second assumption is that this material will likely comprise the case against the accused. As a result, the accused's interest in obtaining disclosure of all relevant material in the Crown's possession for the purpose of making full answer and defence will, as a general rule, outweigh any residual privacy interest held by third parties in the material. These two assumptions explain why the onus is on the Crown to justify the non-disclosure of any material in its possession.

[21] Although the common law regime of disclosure under *Stinchcombe* generally strikes the appropriate balance between the accused's right to make full answer and defence and the residual privacy interests of other persons in the fruits of the investigation, it is not the only regime that meets constitutional standards. As this Court concluded in *Mills*, it was open to Parliament to enact, as it did, a statutory regime for the disclosure of records containing personal information of complainants and witnesses in proceedings for sexual offences under ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (commonly referred to as the "*Mills* regime"). Absent an express waiver from the complainant or witness to whom the record relates,

des renseignements personnels, L.R.Q., ch. A-2.1, art. 28; *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.M. 1997, ch. 50, art. 25; *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, ch. F-22.01, art. 15; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, ch. F-25, art. 20; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 165, art. 15. Voir également la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 22.

[20] Il se dégage implicitement de l'obligation générale de communiquer le contenu de ses dossiers qui incombe au ministère public selon *Stinchcombe* non pas l'absence d'une attente résiduelle en matière de protection de la vie privée, mais bien les deux hypothèses suivantes. Premièrement, les dossiers en la possession du poursuivant doivent être pertinents par rapport à la cause de l'accusé. Autrement, le ministère public n'en obtiendrait pas la possession (*O'Connor*, par. 12). Deuxièmement, les dossiers en question comprennent probablement la preuve qui sera présentée contre l'accusé. Par conséquent, en général, l'intérêt qu'a l'accusé à obtenir la communication de toute la preuve pertinente en la possession du poursuivant afin de pouvoir présenter une défense pleine et entière l'emporte sur le droit résiduel des tiers à la protection de la vie privée. Ces deux hypothèses expliquent pourquoi il incombe au ministère public de justifier la non-communication de quelque renseignement qu'il a en sa possession.

[21] Bien que le régime de communication issu de la common law formulé dans *Stinchcombe* établisse généralement un juste équilibre entre le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et les droits résiduels en matière de protection de la vie privée des autres personnes dans les fruits de l'enquête, ce n'est pas le seul régime qui satisfait aux normes constitutionnelles. Comme notre Cour l'a conclu dans *Mills*, le législateur avait le pouvoir d'adopter, comme il l'a fait en édictant les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (couramment appelé le « régime de l'arrêt *Mills* »), un régime législatif pour la communication de dossiers contenant des renseignements personnels au sujet des plaignants et des témoins dans

production of all records falling within the *Mills* regime, whether in the possession or control of a third person or *of the prosecutor in the proceedings*, can only be made on application to the court and in accordance with the balancing test set out in the *Code* provisions. This statutory regime therefore constitutes an exception to the common law regime of Crown disclosure under *Stinchcombe*. As we shall see, the *Mills* regime is also different from the common law regime for production of third party records under *O'Connor*. It is nonetheless constitutional (*Mills*, at para. 59).

[22] The *Stinchcombe* regime of disclosure extends only to material in the possession or control of the Crown. The law cannot impose an obligation on the Crown to disclose material which it does not have or cannot obtain: *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754. A question then arises as to whether the “Crown”, for disclosure purposes, encompasses other state authorities. The notion that all state authorities amount to a single “Crown” entity for the purposes of disclosure and production must be quickly rejected. It finds no support in law and, given our multi-tiered system of governance and the realities of Canada’s geography, is unworkable in practice. As aptly explained in *R. v. Gingras* (1992), 120 A.R. 300 (C.A.), at para. 14:

If that line of reasoning were correct, then in order to meet the tests in *Stinchcombe*, some months before trial every Crown prosecutor would have to inquire of every department of the Provincial Government and every department of the Federal Government. He would have to ask each whether they had in their possession any records touching each prosecution upcoming. It would be impossible to carry out 1% of that task. It would take many years to bring every case to trial if that were required.

des procédures relatives à des infractions d’ordre sexuel. Sauf renonciation expresse du plaignant ou du témoin concerné, les dossiers relevant du régime de l’arrêt *Mills*, qu’ils soient en la possession d’un tiers ou *du poursuivant* ou qu’ils soient sous le contrôle de l’un ou de l’autre, ne peuvent être communiqués que sur demande à la cour et conformément au critère de la pondération des droits énoncé dans les dispositions du *Code*. Ce régime législatif constitue donc une exception au régime de common law relatif à la communication de la preuve par le ministère public énoncé dans *Stinchcombe*. Comme nous le verrons, le régime de l’arrêt *Mills* est également différent du régime de common law relatif à la production des dossiers en la possession des tiers établi dans *O'Connor*. Le régime de l’arrêt *Mills* est néanmoins constitutionnel (*Mills*, par. 59).

[22] Le régime de communication de l’arrêt *Stinchcombe* ne vise que les renseignements en la possession du ministère public ou qui sont sous son contrôle. En effet, le droit ne peut imposer une obligation au ministère public de communiquer les renseignements qu’il ne détient pas ou qu’il ne peut obtenir : *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754. La question qui se pose alors est celle de savoir si le « ministère public », pour les besoins de la communication, englobe d’autres autorités de l’État. L’idée que toutes les autorités de l’État ne forment qu’une seule entité étatique pour les besoins de la communication et de la production doit être écartée d’emblée. Elle n’est aucunement appuyée en droit et, compte tenu de notre système de gouvernement à plusieurs niveaux et des réalités géographiques du Canada, est inapplicable en pratique. Comme il est bien expliqué dans *R. c. Gingras* (1992), 120 A.R. 300 (C.A.), par. 14 :

[TRADUCTION] Si ce raisonnement était juste, pour satisfaire aux critères établis dans *Stinchcombe*, l’avocat du ministère public devrait, quelques mois avant le procès, enquêter auprès de chaque ministère du gouvernement provincial et de chaque ministère du gouvernement fédéral. Il se verrait obligé de leur demander s’ils ont eu en leur possession des dossiers concernant chacune des poursuites devant avoir lieu. Il serait impossible de mener à bien ne serait-ce qu’un pour cent de cette tâche. Si cela était nécessaire, il faudrait plusieurs années pour porter chaque affaire devant les tribunaux.

Accordingly, the *Stinchcombe* disclosure regime only extends to material relating to the accused's case in the possession or control of the prosecuting Crown entity. This material is commonly referred to as the "fruits of the investigation".

[23] Under our Canadian system of law enforcement, the general duty to investigate crime falls on the police, not the Crown. The fruits of the investigation against an accused person, therefore, will generally have been gathered, and any resulting criminal charge laid, by the police. While the roles of the Crown and the police are separate and distinct, the police have a duty to participate in prosecutions: see, for example, s. 42(1)(e) of the Ontario *Police Services Act*. Of particular relevance here is the police's duty to participate in the disclosure process. The means by which the Crown comes to be in possession of the fruits of the investigation lies in the corollary duty of police investigators to disclose to the Crown all relevant material in their possession. The police's obligation to disclose all material pertaining to the investigation of an accused to the prosecuting Crown was recognized long before *Stinchcombe*. The state of the law was well summed up by the Honourable G. Arthur Martin, Q.C., in his *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) ("Martin Report"), at pp. 167-68:

It is well settled and accepted by all, including the police, that the police, although operating independently of Crown counsel, have a duty to disclose to Crown counsel all relevant information uncovered during the investigation of a crime, including information which assists the accused. . . . As one commentator has observed, "the duty of the police to disclose relevant information about a case, to the Crown, is a duty that existed before [*Stinchcombe, supra*]".

[24] The corollary duty of the police to disclose to the Crown the fruits of the investigation is now well recognized in the appellate jurisprudence. See *R. v. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67 (Man. C.A.), at p. 94; *R. v. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378 (C.A.),

Par conséquent, le régime de communication établi dans *Stinchcombe* ne vise que les documents se rapportant à la cause de l'accusé qui sont en la possession du poursuivant ou qui sont sous son contrôle. Ces renseignements sont communément appelés les « fruits de l'enquête ».

[23] Selon notre système canadien d'application des lois, l'obligation générale d'enquêter sur les crimes incombe à la police, et non au ministère public. Les fruits de l'enquête visant un accusé auront donc habituellement été rassemblés par la police et l'accusation criminelle en découlant aura été portée par elle. Même si les rôles du ministère public et de la police sont distincts, la police est tenue de participer aux poursuites : voir, par exemple, l'al. 42(1)e de la *Loi sur les services policiers* de l'Ontario. En l'espèce, l'obligation de la police de participer au processus de communication revêt une importance particulière. La façon dont le ministère public entre en possession des fruits de l'enquête découle de l'obligation corollaire des enquêteurs de communiquer au poursuivant tous les renseignements pertinents en leur possession. L'obligation de la police de communiquer au poursuivant tous les renseignements relatifs à l'enquête sur l'accusé a été reconnue bien avant l'arrêt *Stinchcombe*. L'honorable G. Arthur Martin, c.r., a bien résumé l'état du droit dans son rapport intitulé *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) (le « Rapport Martin »), p. 167-168 :

[TRADUCTION] Il est bien établi et reconnu par tous, y compris les policiers, que la police, même si elle fonctionne indépendamment de l'avocat du ministère public, est tenue de lui communiquer tous les renseignements pertinents découverts pendant l'enquête sur un crime, y compris les renseignements susceptibles d'aider l'accusé. [. . .] Comme l'a souligné un commentateur, « l'obligation de la police de communiquer au ministère public les renseignements pertinents concernant une affaire existait avant [*Stinchcombe, précité*] ».

[24] L'obligation corollaire de la police de communiquer au ministère public les fruits de l'enquête est maintenant bien reconnue dans les arrêts des cours d'appel. Voir *R. c. Jack* (1992), 70 C.C.C. (3d) 67 (C.A. Man.), p. 94; *R. c. T. (L.A.)* (1993),

at p. 382; *R. v. Gagné* (1998), 131 C.C.C. (3d) 444 (Que. C.A.), at p. 455; and *Driskell v. Dangerfield*, 2008 MBCA 60, [2008] 6 W.W.R. 615, at para. 17. It is also widely acknowledged that the Crown cannot explain a failure to disclose relevant material on the basis that the investigating police force failed to disclose it to the Crown. See *R. v. MacPherson* (1991), 105 N.S.R. (2d) 123 (S.C.), at paras. 37-38; *R. v. Oliver* (1995), 143 N.S.R. (2d) 134 (S.C.), at para. 36; *R. v. Campbell*, [1992] N.S.J. No. 702 (QL) (Prov. Ct.), at paras. 16-17.

[25] Even though, in this narrow sense, the police and the Crown may be viewed as one entity for disclosure purposes, the two are unquestionably separate and independent entities, both in fact and in law. Hence, production of criminal investigation files involving third parties, and that of police disciplinary records, usually falls to be determined in the context of an *O'Connor* application. This is unsurprising because information about third party accused or police misconduct is not likely to make its way into the Crown's *Stinchcombe* disclosure package unless such information is in some way related to the accused's case. I will come back to this point later in discussing the circumstances in which information about third party misconduct should properly form part of the police disclosure package to the Crown. First, I will review the principles governing the production of third party records under the *O'Connor* regime.

5. The *O'Connor* Regime for Production of Third Party Records

[26] In *O'Connor*, this Court was concerned with the manner in which the accused, who was charged with multiple sexual offences, could obtain production of the therapeutic records of the complainants from third party custodians. *O'Connor* has been overtaken by Parliament's subsequent enactment of the *Mills* regime contained in ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code* for the disclosure of records

14 O.R. (3d) 378 (C.A.), p. 382; *R. c. Gagné*, [1998] J.Q. n° 3240 (QL) (C.A. Qué.), par. 22; et *Driskell c. Dangerfield*, 2008 MBCA 60, [2008] 6 W.W.R. 615, par. 17. Il est aussi généralement admis que le ministère public ne peut justifier la non-communication de renseignements pertinents en faisant valoir que le service de police chargé de l'enquête a omis de les lui communiquer. Voir *R. c. MacPherson* (1991), 105 N.S.R. (2d) 123 (C.S.), par. 37-38; *R. c. Oliver* (1995), 143 N.S.R. (2d) 134 (C.S.), par. 36; *R. c. Campbell*, [1992] N.S.J. n° 702 (QL) (C. prov.), par. 16-17.

[25] Même si, dans ce sens strict, la police et le ministère public peuvent être considérés comme une seule entité pour les besoins de la communication, ils sont indiscutablement des entités distinctes et indépendantes, tant en fait qu'en droit. En conséquence, la production de dossiers d'enquête criminelle concernant des tiers et celle de dossiers disciplinaires de la police doit habituellement être déterminée dans le contexte d'une demande de type *O'Connor*. Cela n'est pas surprenant, car il est peu probable que les renseignements portant sur l'inconduite d'un tiers accusé ou d'un policier aboutissent dans les dossiers communiqués au ministère public visés par *Stinchcombe*, à moins qu'ils n'aient trait d'une façon quelconque à la cause de l'accusé. Je reviendrai plus loin sur ce point en analysant les circonstances dans lesquelles les renseignements sur l'inconduite d'un tiers devraient faire partie des renseignements communiqués au ministère public par la police. Tout d'abord, je vais examiner les principes régissant la production de dossiers en la possession de tiers selon le régime de l'arrêt *O'Connor*.

5. Le régime de production des dossiers en la possession de tiers établi dans *O'Connor*

[26] Dans *O'Connor*, notre Cour s'est intéressée à la façon dont l'accusé, inculpé de multiples infractions d'ordre sexuel, pouvait obtenir la production par des tiers gardiens des dossiers thérapeutiques des plaignantes. En matière de communication des dossiers contenant des renseignements personnels au sujet des plaignants et des témoins dans des procédures relatives à des infractions

containing personal information of complainants and witnesses in sexual assault proceedings. In respect of any other criminal proceeding, however, the *O'Connor* application provides the accused with a mechanism for accessing third party records that fall beyond the reach of the *Stinchcombe* first party disclosure regime.

[27] Stated briefly, the procedure to be followed on an *O'Connor* application is the following:

- (1) The accused first obtains a *subpoena duces tecum* under ss. 698(1) and 700(1) of the *Criminal Code* and serves it on the third party record holder. The subpoena compels the person to whom it is directed to attend court with the targeted records or materials.
- (2) The accused also brings an application, supported by appropriate affidavit evidence, showing that the records sought are likely to be relevant in his or her trial. Notice of the application is given to the prosecuting Crown, the person who is the subject of the records and any other person who may have a privacy interest in the records targeted for production.
- (3) The *O'Connor* application is brought before the judge seized with the trial, although it may be heard before the trial commences. If production is unopposed, of course, the application for production becomes moot and there is no need for a hearing.
- (4) If the record holder or some other interested person advances a well-founded claim that the targeted documents are privileged, in all but the rarest cases where the accused's innocence is at stake, the existence of privilege will effectively bar the accused's application for production of the targeted documents, regardless of their relevance. Issues of privilege are therefore best resolved at the outset of the *O'Connor* process.

d'ordre sexuel, l'arrêt *O'Connor* a été supplanté par l'adoption par le législateur des art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, correspondant au régime de l'arrêt *Mills*. Cependant, dans le cadre de tout autre type d'instance criminelle, la demande de type *O'Connor* offre à l'accusé un mécanisme lui permettant d'avoir accès à des dossiers en la possession de tiers qui échappent au régime de communication par la partie principale établi dans *Stinchcombe*.

[27] En bref, la procédure à suivre dans une demande de type *O'Connor* est la suivante :

- (1) L'accusé doit d'abord obtenir un *subpoena duces tecum* en vertu des par. 698(1) et 700(1) du *Code criminel* et le signifier au tiers détenteur du dossier. Le subpoena contraint la personne visée à comparaître en cour avec les dossiers ou renseignements qui y sont décrits.
- (2) L'accusé présente aussi une demande appuyée d'une preuve par affidavit indiquant que les dossiers visés sont vraisemblablement pertinents par rapport à son procès. Il doit aviser le poursuivant, la personne visée par les dossiers et toute autre personne ayant un intérêt dans le caractère privé des dossiers visés par la demande de production.
- (3) La demande de type *O'Connor* est adressée au juge saisi de l'affaire, mais elle peut être entendue avant le début du procès. Évidemment, si personne ne s'oppose à la production; la demande visant à l'obtenir devient théorique et il n'est pas nécessaire de tenir une audience.
- (4) Si le détenteur du dossier ou une autre personne intéressée présente une revendication légitime selon laquelle les renseignements visés sont privilégiés, sauf dans les cas les plus rares où l'innocence de l'accusé est en jeu, l'existence d'un privilège fera obstacle à la demande de l'accusé visant à obtenir la production des renseignements visés, peu importe leur pertinence. Il est donc préférable que les questions de privilège soient réglées dès le début du processus établi dans *O'Connor*.

(5) Where privilege is not in question, the judge determines whether production should be compelled in accordance with the two-stage test established in *O'Connor*. At the first stage, if satisfied that the record is likely relevant to the proceeding against the accused, the judge may order production of the record for the court's inspection. At the next stage, with the records in hand, the judge determines whether, and to what extent, production should be ordered to the accused.

The question of privilege is beyond the scope of this appeal. However, I will elaborate on each stage of the *O'Connor* test for production of third party records in turn.

5.1 *First Stage: Screening for Likely Relevance*

5.1.1 Burden Is on the Applicant

[28] The first step in any contested application for production of non-privileged documents in the possession of a third party is for the person seeking production — in this case the accused — to satisfy the court that the documents are likely relevant to the proceedings. This threshold burden simply reflects the fact that the context in which third party records are sought is different from the context of first party disclosure. We have already seen that the presumptive duty on Crown counsel to disclose the fruits of the investigation in their possession under *Stinchcombe* is premised on the assumptions that the information is relevant and that it will likely comprise the case against the accused. No such assumptions can be made in respect of documents in the hands of a third party who is a stranger to the litigation. The applicant must therefore justify to the court the use of state power to compel their production — hence the initial onus on the person seeking production to show “likely relevance”. In addition, it is important for the effective administration of justice that criminal trials remain focussed on the issues to be tried and that scarce judicial resources not be squandered in

(5) Quand il n'est pas question de privilège, le juge détermine si la production devrait être ordonnée suivant l'analyse en deux étapes établie dans *O'Connor*. À la première étape, s'il est convaincu que les dossiers se rapportent vraisemblablement à la procédure engagée contre l'accusé, le juge peut en ordonner la production pour que la cour en fasse l'examen. À la deuxième étape, dossiers en main, le juge détermine si, et dans quelle mesure, la production doit être ordonnée afin que les dossiers soient communiqués à l'accusé.

La question du privilège dépasse le cadre du présent pourvoi. Cependant, je vais examiner plus à fond successivement chacune des étapes du test établi dans *O'Connor* pour la production de dossiers en la possession de tiers.

5.1 *Première étape : Filtrer les demandes en fonction de la pertinence vraisemblable*

5.1.1 Fardeau imposé à l'auteur de la demande

[28] À la première étape d'une demande contestée visant la production de renseignements non privilégiés en la possession d'un tiers, il incombe à la personne qui demande la production — l'accusé en l'espèce — de convaincre la cour que les renseignements sont vraisemblablement pertinents. Ce fardeau initial illustre simplement que le contexte dans lequel les dossiers en la possession de tiers sont demandés est différent de celui dans lequel l'obligation de communication incombe à la partie principale. Comme nous l'avons déjà vu, l'obligation présumée qui incombe à l'avocat du ministère public de communiquer les fruits de l'enquête en sa possession établie dans *Stinchcombe* repose sur l'hypothèse que les renseignements sont pertinents et comprennent probablement la preuve qui sera présentée contre l'accusé. Aucune hypothèse de ce genre ne peut être tirée quant aux renseignements en la possession d'un tiers étranger au litige. L'auteur de la demande doit alors justifier à la cour l'utilisation du pouvoir de l'État d'imposer la production — d'où son fardeau initial de démontrer la « pertinence vraisemblable ». De plus, il est important pour la bonne administration de la justice

“fishing expeditions” for irrelevant evidence. The likely relevance threshold reflects this gate-keeper function.

5.1.2 Burden on Applicant Is Significant but not Onerous

[29] It is important to repeat here, as this Court emphasized in *O'Connor*, that while the likely relevance threshold is “a significant burden, it should not be interpreted as an onerous burden upon the accused” (para. 24). On the one hand, the likely relevance threshold is “significant” because the court must play a meaningful role in screening applications “to prevent the defence from engaging in ‘speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive and time-consuming’ requests for production” (*O'Connor*, at para. 24, quoting from *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 32). The importance of preventing unnecessary applications for production from consuming scarce judicial resources cannot be overstated; however, the undue protraction of criminal proceedings remains a pressing concern, more than a decade after *O'Connor*. On the other hand, the relevance threshold should not, and indeed *cannot*, be an onerous test to meet because accused persons cannot be required, as a condition to accessing information that may assist in making full answer and defence, “to demonstrate the specific use to which they might put information which they have not even seen” (*O'Connor*, at para. 25, quoting from *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469, at p. 499).

5.1.3 O'Connor Common Law Threshold Is Significantly Different From Mills Statutory Regime

[30] It is important to note that the common law likely relevance threshold in *O'Connor* differs significantly from the statutory likely relevance

que les procès criminels soient toujours axés sur les questions à trancher et que les ressources judiciaires limitées ne soient pas gaspillées dans des recherches à l’aveuglette sur des éléments de preuve non pertinents. L’exigence minimale de pertinence joue ce rôle de gardien.

5.1.2 Le fardeau imposé à l’auteur de la demande est important, sans être onéreux

[29] Il est important de rappeler que, comme notre Cour l’a souligné dans *O'Connor*, bien que l’exigence minimale de pertinence vraisemblable soit « un fardeau important, cela ne devrait pas être interprété comme un fardeau onéreux incombant à l’accusé » (par. 24). D’une part, cette exigence de pertinence vraisemblable est « importante » parce que la cour doit pouvoir participer de manière significative au filtrage des demandes pour « empêcher que la défense ne se lance dans des demandes de production “qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires” » (*O'Connor*, par. 24, citant un extrait de *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 32). On ne saurait trop insister sur l’importance d’empêcher les demandes de production inutiles d’épuiser les ressources judiciaires limitées. Pourtant, la prolongation indue des procédures criminelles demeure une préoccupation majeure plus d’une décennie après *O'Connor*. D’autre part, il ne devrait pas être onéreux de satisfaire à l’exigence minimale de pertinence, et il *ne* saurait en être ainsi, parce que les personnes accusées ne peuvent être obligées « de démontrer l’usage exact qu’ils pourraient faire de renseignements qu’ils n’ont même pas vus » (*O'Connor*, par. 25, citant un extrait de *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469, p. 499) pour pouvoir obtenir les renseignements susceptibles de les aider à présenter une défense pleine et entière.

5.1.3 Le fardeau initial de common law établi dans O'Connor diffère considérablement du régime législatif de l’arrêt Mills

[30] Il est important de souligner que l’exigence minimale de pertinence vraisemblable de common law énoncé dans *O'Connor* diffère

threshold set by Parliament for the production of records containing personal information in sexual assault proceedings under the *Mills* regime (see s. 278.3(4) of the *Criminal Code*). As this Court explained at some length in *Mills*, a range of permissible regimes can meet constitutional standards. It was therefore open to Parliament to craft its own solution to address the particular concerns arising from disclosure of third party records in sexual proceedings. In doing so, Parliament “sought to recognize the prevalence of sexual violence against women and children and its disadvantageous impact on their rights, . . . and to reconcile fairness to complainants with the rights of the accused” (*Mills*, at para. 59). The following differences between the two regimes are particularly noteworthy.

[31] First, the likely relevance standard adopted by Parliament under the *Mills* regime is tailored to counter speculative myths, stereotypes and generalized assumptions about sexual assault victims and about the usefulness of private records in sexual assault proceedings. Such generalized views need not be countered at large in respect of all third party records that fall outside the *Mills* regime. The general common law threshold of likely relevance under *O'Connor* is intended rather to screen applications to ensure the proper use of state authority in compelling production of third party records and to establish the appropriateness of the application so as to avoid squandering scarce judicial resources.

[32] Second, while the *Mills* regime retains the two-stage framework set out in *O'Connor*, it differs significantly in that much of the balancing of the competing interests is effected at the first stage in determining whether production should be made to the court for inspection. This reflects Parliament’s assumption that a reasonable expectation of privacy exists in the types of records

considérablement du critère de pertinence vraisemblable fixé par le législateur pour la production de dossiers contenant des renseignements personnels dans des procédures en matière d’agression sexuelle conformément au régime de l’arrêt *Mills* (voir par. 278.3(4) du *Code criminel*). Comme notre Cour l’a expliqué assez longuement dans *Mills*, une gamme de régimes acceptables peuvent satisfaire aux normes constitutionnelles. Le législateur était donc libre de concevoir sa propre solution pour répondre aux préoccupations particulières qui découlent de la communication de dossiers en la possession de tiers dans des procédures en matière sexuelle. Ce faisant, le législateur a « cherché à reconnaître la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants ainsi que leurs effets néfastes sur leurs droits, [. . .] et à concilier l’équité pour le plaignant avec les droits de l’accusé » (*Mills*, par. 59). Il convient de noter tout particulièrement les différences suivantes entre les deux régimes.

[31] Premièrement, le critère de pertinence vraisemblable du régime de l’arrêt *Mills* adopté par le législateur est conçu pour lutter contre les mythes, les stéréotypes et les hypothèses générales au sujet des victimes d’agressions sexuelles et au sujet de l’utilité des dossiers privés dans des procédures en matière d’agression sexuelle. Il n’est pas nécessaire de parer complètement de telles opinions générales pour tous les dossiers en la possession de tiers qui sont exclus du champ d’application du régime de l’arrêt *Mills*. Le critère général de common law de pertinence vraisemblable établi dans *O'Connor* vise plutôt le filtrage des demandes pour veiller à ce que le pouvoir de l’État soit utilisé d’une manière appropriée en ce qui a trait aux ordonnances de production de dossiers en la possession de tiers et à établir la pertinence des demandes afin d’éviter de gaspiller les ressources judiciaires limitées.

[32] Deuxièmement, bien que le régime de l’arrêt *Mills* maintienne le cadre d’analyse en deux étapes énoncé dans *O'Connor*, il diffère considérablement de celui-ci du fait que la majeure partie de la pondération des intérêts divergents s’effectue à la première étape — lorsqu’on décide si la production des renseignements à la cour pour examen est justifiée. Cela reflète la présomption du législateur voulant

targeted by the statutory regime: see *R. v. Clifford* (2002), 163 C.C.C. (3d) 3 (Ont. C.A.), at paras. 48-49. An equivalent presumption of privacy does not attach in respect of all third party records that fall outside the *Mills* regime. Hence, any balancing of competing interests is reserved for the second stage of the *O'Connor* regime, when the documents can be inspected by the court to better ascertain the nature of the privacy interest, if any. Because of these significant differences, it is important not to transpose the *Mills* regime into the *O'Connor* production hearing in respect of documents to which the statutory dispositions do not apply.

5.1.4 Likely Relevance Under the Common Law Regime

[33] “Likely relevant” under the common law *O'Connor* regime means that there is “a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify” (*O'Connor*, at para. 22 (emphasis deleted)). An “issue at trial” here includes not only material issues concerning the unfolding of the events which form the subject matter of the proceedings, but also “evidence relating to the credibility of witnesses and to the reliability of other evidence in the case” (*O'Connor*, at para. 22). At this stage of the proceedings, the court cannot insist on a demonstration of the precise manner in which the targeted documents could be used at trial. The imposition of such a stringent threshold burden would put the accused, who has not seen the documents, in an impossible Catch-22 position.

5.2 *Second Stage: Balancing the Interests at Play*

[34] If likely relevance is demonstrated by the applicant, the third party record holder may be ordered to produce the documents for inspection by

qu’il existe une attente raisonnable en matière de protection du caractère privé des types de dossiers visés par le régime législatif : voir *R. c. Clifford* (2002), 163 C.C.C. (3d) 3 (C.A. Ont.), par. 48-49. Aucune présomption équivalente relative au respect de la vie privée ne s’applique aux dossiers en la possession de tiers qui échappent au régime de l’arrêt *Mills*. Par conséquent, toute mise en balance des intérêts divergents ne s’effectue qu’à la deuxième étape du régime de l’arrêt *O'Connor*, soit quand les renseignements peuvent être examinés par la cour afin de mieux déterminer la nature des intérêts privés en cause, le cas échéant. Compte tenu de ces différences appréciables, il importe de ne pas transposer le régime de l’arrêt *Mills* à une audience de type *O'Connor* visant la production de renseignements auxquels les dispositions législatives ne s’appliquent pas.

5.1.4 Pertinence vraisemblable selon le régime de common law

[33] La « pertinence vraisemblable » selon le régime de common law établi dans l’arrêt *O'Connor* signifie qu’il existe « une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l’habilité à témoigner d’un témoin » (*O'Connor*, par. 22 (soulignement omis)). Une « question en litige » comprend non seulement les questions pertinentes quant au déroulement des événements qui font l’objet du litige, mais également la « preuve concernant la crédibilité des témoins et la fiabilité des autres éléments de preuve présentés dans l’affaire » (*O'Connor*, par. 22). À cette étape des procédures, la cour ne saurait exiger une démonstration de la manière précise dont les renseignements visés pourraient être utilisés au procès. Imposer à l’accusé, qui n’a jamais vu les dossiers, un fardeau initial aussi strict le placerait dans une situation sans issue.

5.2 *Deuxième étape : Mettre en balance les droits en jeu*

[34] Si l’auteur de la demande réussit à démontrer la pertinence vraisemblable, le tiers détenteur du dossier peut se voir ordonner de produire les

the court in order to determine whether production should be ordered to the accused.

[35] In *O'Connor*, this Court provided the following list of factors for consideration in determining whether or not to order production to the accused (at para. 31):

... “(1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record in question; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in that record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias” and “(5) the potential prejudice to the complainant’s dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record in question”

The factors set out in *O'Connor* should not be applied mechanically. It should be kept in mind that *O'Connor* involved the production of the complainant’s private records in proceedings for a sexual offence, an area of law subsequently overtaken by Parliament’s enactment of the *Mills* regime. Some of the factors listed in *O'Connor*, in particular items 4 and 5 above, were obviously tailored to meet the exigencies in sexual assault proceedings and, consequently, are unlikely to be of assistance in other contexts. Ultimately, what is required at this second stage of the common law regime is a balancing of the competing interests at stake in the particular circumstances of the case. No exhaustive list can be crafted to suit every situation; however, I will elaborate somewhat on the balancing process.

5.2.1 A Useful Starting Point: Assessing True Relevance

[36] As we have seen, by the time the court embarks on the second stage of an *O'Connor* hearing, the application has been screened for likely relevance and the judge is satisfied that compelling the production of the documents for inspection by the court is warranted in the circumstances. Once

renseignements pour que la cour en fasse l’examen et décide s’ils devraient être communiqués à l’accusé.

[35] Dans *O'Connor*, notre Cour a dressé la liste suivante des facteurs à prendre en considération pour décider s’il y a lieu d’ordonner la communication à l’accusé (par. 31) :

... « (1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l’accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l’attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires » et « (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne [du plaignant] que pourrait causer la production du dossier en question » . . . [Texte entre crochets dans l’original.]

Les facteurs énoncés dans *O'Connor* ne doivent pas être appliqués de façon machinale. Il ne faut pas oublier que cet arrêt portait sur la production des dossiers privés du plaignant dans le cadre de procédures relatives à une infraction d’ordre sexuel, un domaine de droit régi depuis par le régime de l’arrêt *Mills* adopté par le législateur. Certains des facteurs énumérés dans *O'Connor*, particulièrement les points 4 et 5 cités précédemment, ont de toute évidence été adaptés pour satisfaire aux exigences des procédures en matière d’agression sexuelle et ne sont donc vraisemblablement d’aucun secours dans d’autres contextes. En fin de compte, à la deuxième étape du régime de common law, il faut mettre en balance les droits divergents en jeu dans les circonstances particulières de l’espèce. Il est impossible de dresser une liste exhaustive pouvant convenir à toutes les situations. Je vais tout de même apporter quelques précisions sur le processus de mise en balance.

5.2.1 Un point de départ utile : Évaluer la véritable pertinence

[36] Comme nous l’avons déjà vu, au moment où le tribunal s’engage dans la deuxième étape d’une audience de type *O'Connor*, la demande a été filtrée en fonction de la pertinence vraisemblable et le juge est convaincu qu’il est justifié, dans les circonstances, d’ordonner la production des renseignements

the documents are before the court, the final question to be determined is whether production should be made to the accused.

[37] The *amicus curiae* submits that the starting point for determining whether to order production to the accused of documents in the hands of third parties, including, as in this case, Crown briefs, police briefs and police disciplinary files, requires a determination of the nature of the records to define the existence or absence of a reasonable expectation of privacy (factum, at para. 19). There is some merit to the proposal of looking first at whether there is any expectation of privacy in the targeted records. Indeed, if it is clear upon inspection of the documents and their contents that there is no basis upon which the third party record holder or any other interested person could claim a reasonable privacy interest, there is no balancing of interests left to perform. Given that likely relevance has by this point been established, the sole remaining interest at stake is the accused's right to make full answer and defence. A production order should therefore issue. It is in this sense that the Court of Appeal's finding in the present case, that an "*O'Connor*-type procedure" is only required in cases where the third party records attract a reasonable expectation of privacy, must be understood.

[38] The difficulty with this approach, however, is that it is largely premised on the conclusion that the existence of a reasonable expectation of privacy may be determined solely by characterizing the *type* of record at issue. While this may be possible in respect of some records, determining whether an expectation of privacy attaches to a particular record usually requires a more contextual approach. As we have seen, even in the context of the Crown's *Stinchcombe* obligation of disclosure, there exists no presumption that all expectations of privacy are lost just because a record has found its way into the prosecuting Crown's file.

pour que la cour en fasse l'examen. Une fois que le tribunal est saisi des renseignements, la dernière question à trancher est celle de savoir si ces derniers devraient être communiqués à l'accusé.

[37] L'*amicus curiae* prétend que pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner la communication à l'accusé de renseignements en la possession de tiers, notamment, comme en l'espèce, de renseignements du ministère public et de la police et de dossiers disciplinaires de la police, il faut tout d'abord déterminer la nature de ces dossiers pour établir l'existence ou l'absence d'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée (mémoire, par. 19). Cette proposition n'est pas sans fondement. En effet, si l'inspection des renseignements et de leur contenu indique clairement qu'il n'existe aucun fondement permettant au tiers détenteur du dossier ou à toute autre personne intéressée de se prévaloir d'un droit raisonnable à la protection de la vie privée, il n'y a plus lieu de mettre les droits en jeu en balance. Étant donné que, à cette étape, la pertinence vraisemblable a été démontrée, le seul intérêt encore en jeu est le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. La cour devrait donc ordonner la production. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre la conclusion de la Cour d'appel en l'espèce, selon laquelle une « procédure de type *O'Connor* » n'est nécessaire que dans les affaires où les dossiers en la possession de tiers justifient une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

[38] Cette approche soulève toutefois un problème, car elle repose largement sur la conclusion selon laquelle l'existence d'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée peut être établie uniquement en fonction du *type* de dossier en question. Bien que ce soit possible à l'égard de certains dossiers, une approche plus contextuelle s'impose habituellement pour déterminer s'il existe une attente en matière de vie privée dans un dossier en particulier. Comme nous l'avons vu, même dans le contexte de l'obligation de communication qui incombe au ministère public selon *Stinchcombe*, il n'existe aucune présomption portant que les attentes en matière de protection de la vie privée sont vaines simplement parce qu'un document se retrouve dans le dossier du ministère public.

[39] The *amicus curiae* submits, and I agree, that determining the existence of a reasonable expectation of privacy requires a contextual assessment having regard to numerous factors, including but not limited to: how the record was created; who created the record; the purpose of the record; the context of the case in which the record would be used; who holds the privacy interest; how the record was obtained by the Crown or police; the presence or absence of waiver; any applicable legislation; and whether the privacy interest extends to all or part of the record. As one can readily appreciate from this non-exhaustive list, determining whether there is any residual expectation of privacy in a document may be a complex and time-consuming exercise that has the potential to significantly delay and detract from the actual proceeding before the court — *the trial of the accused*. For that reason, it is my view that in most cases, a more useful starting point for courts in balancing competing interests at the second stage of an *O'Connor* application will be to assess the true relevancy of the targeted record in the case against the accused. This approach allows the court to remain focussed on the trial of the accused and, given the competing interests at stake, the relevancy assessment will usually be largely determinative of the production issue. I will explain.

[40] On the one hand, because the accused will not have seen the documents that he or she seeks to have produced, it may be readily apparent upon inspection by the court that the claim of likely relevance established at the first stage of the *O'Connor* application is simply not borne out. If the court is satisfied that the documents are *clearly* irrelevant, there is no basis for compelling production to the accused, and the application can be summarily dismissed.

[41] On the other hand, if the claim of likely relevance is borne out upon inspection, the accused's right to make full answer and defence will, with few exceptions, tip the balance in favour of allowing the

[39] L'*amicus curiae* prétend, et je partage son opinion, que la détermination de l'existence d'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée nécessite une appréciation contextuelle tenant compte de nombreux facteurs, soit notamment de la façon dont le dossier a été créé, de la personne qui l'a créée, de l'objet du dossier, du contexte de l'affaire où le dossier serait utilisé, de la personne détenant un droit en matière de protection de la vie privée, de la manière dont le ministère public ou la police a obtenu le dossier, de la présence ou de l'absence d'une renonciation, de la législation applicable et de la question de savoir si le droit à la protection de la vie privée s'étend à l'ensemble ou à une partie du dossier. Comme il ressort clairement de cette liste non exhaustive, la détermination de l'existence d'une attente résiduelle en matière de protection de la vie privée relativement à un document peut représenter un exercice complexe et long susceptible de retarder et de nuire considérablement à l'instance — *le procès de l'accusé*. C'est pourquoi, dans la plupart des cas, j'estime qu'il serait plus utile que les tribunaux évaluent d'abord la pertinence véritable du dossier visé relativement à la poursuite engagée contre l'accusé lorsqu'ils mettent en balance des droits divergents à la seconde étape d'une demande de type *O'Connor*. Cette approche permettrait au tribunal de rester centré sur le procès de l'accusé et, selon les droits divergents en jeu, elle aurait généralement un effet déterminant sur la question de la production. Je m'explique.

[40] D'une part, puisque l'accusé n'aura pas pris connaissance des renseignements dont il sollicite la production, l'examen par la cour pourrait révéler que la prétention de pertinence vraisemblable établie à la première étape de la demande de type *O'Connor* n'est simplement pas étayée. Si la cour est convaincue que les renseignements sont *manifestement* sans pertinence, rien ne justifie d'ordonner de les communiquer à l'accusé, et la demande peut être rejetée sommairement.

[41] D'autre part, si l'inspection révèle que la prétention de pertinence vraisemblable est étayée, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière fera, à quelques exceptions près, pencher la balance

application for production. Recall that at this stage of the proceedings, the court has confirmed that the production application concerns non-privileged documents. The existence of any privacy interest in third party records relevant to an accused's defence of a criminal charge may well warrant, in appropriate circumstances, some redactions or the imposition of conditions to ensure that no unnecessary invasion of privacy follows from production to the accused. However, absent an overriding statutory regime governing the production of the record in question, a third party privacy interest is unlikely to *defeat* an application for production.

[42] Once a court has ascertained upon inspection that third party records are indeed relevant to the accused's case, in the sense that they pertain to an issue in the trial as described above, the second stage balancing exercise is easily performed. In effect, a finding of true relevance puts the third party records in the same category for disclosure purposes as the fruits of the investigation against the accused in the hands of the prosecuting Crown under *Stinchcombe*. It may be useful to pose the question in this way: If the third party record in question had found its way into the Crown prosecutor's file, would there be any basis under the first party *Stinchcombe* disclosure regime for not disclosing it to the accused? If the answer to that question is no, there can be no principled reason to arrive at a different outcome on the third party production application. As we have seen, the Crown's obligation under *Stinchcombe* to disclose to the accused the fruits of the investigation in its possession does not signify that no residual privacy interest exists in the contents of the file. However, it does mean that, with few exceptions (including the *Mills* statutory scheme), the accused's right to access information necessary to make full answer and defence will outweigh any competing privacy interest. The same applies with respect to relevant material in the hands of third parties. This is particularly so in respect of criminal investigation files concerning

pour le prononcé d'une ordonnance de production. Rappelons qu'à cette étape des procédures, la cour a confirmé que la demande de production concerne des renseignements non privilégiés. L'existence d'un droit en matière de protection de la vie privée relativement aux dossiers en la possession de tiers se rapportant à la défense d'un accusé contre une accusation criminelle pourrait bien justifier, le cas échéant, certaines suppressions ou l'imposition de conditions pour s'assurer que la communication à l'accusé n'occasionne pas d'atteinte inutile à la vie privée. Cependant, en l'absence d'un régime législatif prédominant régissant la production des dossiers en question, il est peu vraisemblable que le droit d'un tiers à la protection de sa vie privée suffise à faire *rejeter* une demande de production.

[42] Une fois qu'un tribunal a déterminé, après examen, que des dossiers en la possession de tiers sont effectivement pertinents à l'égard de la poursuite engagée contre l'accusé, en ce qu'ils se rapportent à une question en litige au procès comme il a été décrit précédemment, l'exercice de mise en balance de la seconde étape peut facilement être effectué. En effet, une conclusion confirmant la pertinence véritable a pour effet de classer les dossiers en la possession de tiers dans la même catégorie, pour les besoins de la communication, que les fruits de l'enquête contre l'accusé qui se trouvent en la possession du ministère public suivant *Stinchcombe*. Il pourrait être utile de poser la question de la manière suivante : si le renseignement en la possession d'un tiers s'était retrouvé dans le dossier du ministère public, y aurait-il un fondement, suivant le régime de communication qui incombe à la partie principale établi dans *Stinchcombe*, qui justifierait de ne pas le communiquer à l'accusé? Si la réponse est négative, aucun motif rationnel ne permet de tirer une conclusion différente relativement à la demande de production de renseignements en la possession de tiers. Comme nous l'avons vu, l'obligation qui incombe au ministère public selon *Stinchcombe* de communiquer à l'accusé les fruits de l'enquête en sa possession ne signifie pas qu'il ne subsiste aucun droit à la protection de la vie privée relativement au contenu

third party accused. As Professor Paciocco aptly puts it:

. . . it would be perverse to hold that investigative information is not private enough to impose any constraints on the ability of the police to gather it and the Crown to use it to seek the conviction of the target of that investigation, yet that same information is protected by privacy interests when it contains relevant information that would help someone defend himself.

(David M. Paciocco, “Filling the Seam between *Stinchcombe* and *O’Connor*: The ‘*McNeil*’ Disclosure Application” (2007), 53 *Crim. L.Q.* 161, at pp. 199-200)

5.2.2 Guarding Against Unnecessary Intrusions Into Privacy Interests

[43] That is not to say, however, that residual privacy interests in the contents of criminal investigation files should be disregarded. As concluded in the Martin Report, at p. 181 (reference in Attorney General of Ontario’s factum, at para. 24):

The privacy of the victim and any other witnesses must yield to preparing a full answer and defence. But it need not yield any further. The Committee considers that, provided the making of full answer and defence is not impaired, it is desirable to permit limitations on the use of disclosure materials that recognize the privacy interests of victims and witnesses.

[44] The same applies in respect of police disciplinary records, or any other third party records. The court should ensure that a production order is

du dossier. Cependant, à quelques exceptions près (notamment celle du régime législatif de l’arrêt *Mills*), cette obligation signifie que le droit de l’accusé d’avoir accès aux renseignements nécessaires pour qu’il présente une défense pleine et entière l’emportera sur tout droit divergent à la protection de la vie privée. Il en est de même à l’égard de renseignements pertinents en la possession de tiers, particulièrement à l’égard de dossiers relatifs à une enquête criminelle concernant un tiers accusé. Comme l’indique fort à-propos le professeur Paciocco :

[TRADUCTION] . . . il serait illogique de soutenir que les renseignements relatifs à l’enquête ne sont pas assez privés pour imposer des contraintes quant à la possibilité pour la police de les rassembler et pour le ministère public de les utiliser afin d’obtenir la déclaration de culpabilité de la personne qui fait l’objet d’une enquête. Or, ces mêmes renseignements sont protégés par le droit à la protection de la vie privée lorsqu’ils sont pertinents quant à la défense d’une personne.

(David M. Paciocco, « Filling the Seam between *Stinchcombe* and *O’Connor*: The “*McNeil*” Disclosure Application » (2007), 53 *Crim. L.Q.* 161, p. 199-200)

5.2.2 La protection contre les atteintes inutiles à la vie privée

[43] Toutefois, cela ne veut pas dire que les droits résiduels à la protection de la vie privée quant au contenu d’un dossier d’enquête criminelle doivent être ignorés. Comme il a été conclu à la p. 181 du Rapport Martin (mémoire du procureur général de l’Ontario, par. 24) :

[TRADUCTION] La vie privée de la victime et de tous les autres témoins doit céder le pas à la préparation d’une défense pleine et entière, sans plus. Selon le Comité, pourvu que rien ne nuise à la préparation de la défense pleine et entière, il est préférable d’imposer des restrictions quant à l’utilisation des renseignements visés par la communication et de reconnaître ainsi le droit à la protection de la vie privée des victimes et des témoins.

[44] Il en est de même à l’égard des dossiers disciplinaires de la police ou de tout autre dossier en la possession de tiers. Le tribunal doit garantir que

properly tailored to meet the exigencies of the case but do no more. As we have seen, likely relevance for disclosure purposes has a wide and generous connotation and includes information in respect of which there is a reasonable possibility that it may assist the accused in the exercise of the right to make full answer and defence. In considering the ambit of the information that can assist in the trial, regard must be given to the particular issues in the case and to the governing rules of evidence and procedure. This does not mean that only material that would be admissible at trial should be produced. Material that would not, on its own, be admissible may nonetheless be of use to the defence, for example, in cross-examining a witness on matters of credibility or in pursuing other avenues of investigation. An *O'Connor* application must, however, lay a foundation for the relevance of the material sought, having regard to the issues in the case. In large part, this is the reason why such applications should be brought before the judge seized with the trial. Doing so allows production issues to be effectively disposed of by the judge and counsel who are sufficiently appraised of the issues in the case. Of course, production applications can be heard prior to the commencement of the trial, and the judge, when appropriate to do so, may enlist the assistance of counsel in determining the relevance of a particular record for the purposes of production.

[45] Ascertaining the true relevancy of records targeted for production may become particularly important when the information on the production application concerns police disciplinary records. The contentious nature of police work often leads to public complaints, some legitimate and others spurious. Police disciplinary proceedings may also relate to employment issues or other matters that have no bearing on the case against the accused. The risk in this context is that disclosure, and by extension trial proceedings, may be sidetracked by irrelevant allegations or findings of police misconduct. Disclosure is intended to assist an accused in making full answer and defence or in prosecuting an appeal, not turn criminal trials into a

l'ordonnance de production est conçue pour satisfaire aux exigences de l'affaire, sans plus. Comme nous l'avons vu, la pertinence vraisemblable pour les besoins de la communication a une portée très large et comprend des renseignements qui seraient raisonnablement susceptibles d'aider l'accusé dans l'exercice de son droit à une défense pleine et entière. En tenant compte de la portée des renseignements qui peuvent être utiles au procès, il faut se pencher sur les questions particulières à l'espèce et sur les règles de preuve et de procédure applicables. Cela ne veut pas dire que seuls les renseignements admissibles au procès devraient être produits. Les renseignements qui, en eux-mêmes, ne seraient pas admissibles peuvent néanmoins être utiles à la défense, par exemple, lorsque celle-ci contre-interroge un témoin sur des questions de crédibilité ou lorsqu'elle prend d'autres moyens d'enquête. L'auteur d'une demande de type *O'Connor* doit toutefois établir la pertinence du document sollicité eu égard aux questions de l'espèce. C'est principalement pourquoi il est préférable que le juge du procès soit saisi de ce type de demandes. En procédant de la sorte, les questions relatives à la production sont traitées efficacement par le juge et les avocats qui sont suffisamment au courant des questions en litige dans l'affaire. Bien sûr, les demandes de production peuvent être instruites avant le début du procès et, s'il estime la chose nécessaire, le juge peut demander l'aide des avocats pour décider de la pertinence d'un dossier particulier aux fins de production.

[45] La détermination de la pertinence véritable des dossiers visés par la demande de production peut devenir particulièrement importante lorsque les renseignements qui s'y trouvent concernent des dossiers disciplinaires de la police. La nature controversée du travail des policiers entraîne souvent des plaintes — parfois légitimes, parfois non fondées — de la part du public. Les procédures disciplinaires engagées contre des policiers peuvent également se rapporter à des questions relatives à leur emploi ou à d'autres questions qui n'ont aucun rapport avec la poursuite engagée contre un accusé. Dans ce contexte, la communication des renseignements et, par conséquent, le procès risquent de s'écarter de son objet en raison d'allégations ou de

conglomeration of satellite hearings on collateral matters.

[46] Hence, to ensure that only relevant material is produced and that no unwarranted invasion of privacy interests occurs, the court may find it necessary to make a production order subject to redactions or other conditions. In addition, when just and appropriate to do so, the court may well impose restrictions on the dissemination of the information produced for purposes unrelated to the accused's full answer and defence or prosecution of an appeal: see, for example, recommendations 34 and 35 in the Martin Report (at p. 179) and *P. (D.) v. Wagg* (2004), 239 D.L.R. (4th) 501 (Ont. C.A.), at para. 46. Absent unusual circumstances, however, the crafting of a production order should not necessitate any detailed inquiry into the precise nature or extent of the privacy interest in question. The *O'Connor* hearing should remain focussed on the criminal proceeding at hand.

6. Bridging the Gap Between First Party Disclosure and Third Party Production

[47] As the preceding discussion makes clear, once the true relevance of the targeted records has been ascertained on an *O'Connor* application for production of third party records, the ultimate question of production is essentially governed by the same principles that apply to the disclosure of material in the possession of the Crown under *Stinchcombe*. To the accused, however, the distinction between these two regimes is significant. While the accused will receive automatic disclosure of relevant material that finds its way into the hands of the prosecuting Crown, accessing relevant material in the hands of third parties will often be more happenstance. To a certain extent, that is inevitable. Third parties are under no obligation to come forth with relevant information to assist the

conclusions non pertinentes relatives à l'inconduite d'un policier. La communication vise à aider un accusé à présenter une défense pleine et entière ou à interjeter appel d'une décision, non pas à transformer les procès criminels en un ensemble d'audiences accessoires sur des questions incidentes.

[46] Ainsi, pour garantir que seuls des renseignements pertinents sont produits et pour empêcher toute atteinte injustifiée au droit à la vie privée, la cour peut juger nécessaire d'assujettir l'ordonnance de production à l'obligation d'effectuer des suppressions ou à d'autres conditions. De plus, lorsqu'elle estime une telle mesure juste et nécessaire, la cour peut également imposer des restrictions à la diffusion des renseignements produits qui ne sont pas liés à la défense pleine et entière de l'accusé ou à la poursuite d'un appel : voir, par exemple, les recommandations 34 et 35 du Rapport Martin (p. 179) et dans *P. (D.) c. Wagg* (2004), 239 D.L.R. (4th) 501 (C.A. Ont.), par. 46. Cependant, en l'absence de circonstances inhabituelles, la préparation d'une ordonnance de production ne devrait pas nécessiter d'enquête approfondie sur la nature précise ou la portée des droits à la protection de la vie privée en question. L'audience de type *O'Connor* devrait rester centrée sur l'instance criminelle en cours.

6. Réduction de l'écart entre la communication de la preuve par la partie principale et la production d'éléments de preuve par les tiers

[47] Comme il ressort clairement de l'analyse précédente, une fois que la pertinence véritable des dossiers visés a été démontrée dans le cadre d'une demande de type *O'Connor* visant la production de dossiers en la possession de tiers, la question de savoir si, en dernière analyse, ils doivent être produits, relève essentiellement des principes qui s'appliquent à la communication de renseignements en la possession du ministère public énoncés dans *Stinchcombe*. Par contre, du point de vue de l'accusé, la différence entre ces deux régimes est importante. En effet, les renseignements pertinents qui se retrouvent entre les mains du ministère public lui seront automatiquement communiqués, alors que c'est bien souvent par l'effet du hasard qu'il obtient ceux en la possession de tiers. Dans

accused in his defence. However, the prosecuting Crown and the investigating police force are in a different position and can assist in bridging the gap between first party disclosure and third party production. I will deal firstly with the Crown.

6.1 *Crown Counsel's Duty to Inquire*

[48] As stated earlier, the suggestion that all state authorities constitute a single entity is untenable and unworkable. In order to fulfill its *Stinchcombe* disclosure obligation, the prosecuting Crown does not have to inquire of every department of the provincial government, every department of the federal government and every police force whether they are in possession of material relevant to the accused's case. However, this does not mean that, regardless of the circumstances, the Crown is simply a passive recipient of relevant information with no obligation of its own to seek out and obtain relevant material.

[49] The Crown is not an ordinary litigant. As a minister of justice, the Crown's undivided loyalty is to the proper administration of justice. As such, Crown counsel who is put on notice of the existence of relevant information cannot simply disregard the matter. Unless the notice appears unfounded, Crown counsel will not be able to fully assess the merits of the case and fulfill its duty as an officer of the court without inquiring further and obtaining the information if it is reasonably feasible to do so. Ryan J.A. in *R. v. Arsenault* (1994), 153 N.B.R. (2d) 81 (C.A.), aptly described the Crown's obligation to make reasonable inquiries of other Crown agencies or departments. He stated as follows:

une certaine mesure, une telle situation est inévitable. En effet, les tiers ne sont pas tenus de fournir spontanément des renseignements pertinents pour aider l'accusé à préparer sa défense. Le poursuivant et le service de police qui mène l'enquête se trouvent toutefois dans une position différente et peuvent aider à réduire l'écart entre la communication de la preuve par la partie principale et la production d'éléments de preuve par les tiers. Je vais me pencher tout d'abord sur l'obligation qui incombe au ministère public.

6.1 *L'obligation qui incombe à l'avocat du ministère public de se renseigner*

[48] Comme il a été mentionné précédemment, l'allégation portant que toutes les autorités gouvernementales constituent une seule entité est indéfendable et inapplicable. Afin de remplir l'obligation de communication qui lui incombe selon *Stinchcombe*, le poursuivant n'est pas tenu de se renseigner auprès de chaque ministère des gouvernements provincial et fédéral et de chaque service de police pour savoir s'ils sont en possession de renseignements se rapportant à la poursuite engagée contre l'accusé. Cela ne veut pas dire pour autant que le ministère public, sans tenir compte des circonstances, reçoit passivement des renseignements pertinents sans qu'il soit tenu d'en chercher et d'en obtenir par lui-même.

[49] Le ministère public n'est pas une partie comme les autres. En effet, en tant qu'officier de justice, le représentant du ministère public doit œuvrer sans réserve à la bonne administration de la justice. Ainsi, lorsqu'il est informé de l'existence de renseignements pertinents, il ne peut se contenter de n'en faire aucun cas. À moins que l'information ne semble pas fondée, l'avocat du ministère public ne saurait apprécier pleinement le bien-fondé de l'affaire et s'acquitter de son obligation d'officier de justice s'il ne s'informe pas davantage et ne tente pas raisonnablement d'obtenir les renseignements en question. Dans *R. c. Arsenault* (1994), 153 R.N.-B. (2^e) 81 (C.A.), le juge Ryan a décrit avec justesse l'obligation du ministère public de se renseigner suffisamment auprès des autres organismes ou ministères de la Couronne. Il s'est exprimé comme suit :

When disclosure is demanded or requested, Crown counsel have a duty to make reasonable inquiries of other Crown agencies or departments that could reasonably be considered to be in possession of evidence. Counsel cannot be excused for any failure to make reasonable inquiries when to the knowledge of the prosecutor or the police there has been another Crown agency involved in the investigation. Relevancy cannot be left to be determined by the uninitiated. If Crown counsel is denied access to another agency's file, then this should be disclosed to the defence so that the defence may pursue whatever course is deemed to be in the best interests of the accused. This also applies to cases where the accused or defendant, as the case may be, is unrepresented . . . [para. 15]

[50] The same duty to inquire applies when the Crown is informed of potentially relevant evidence pertaining to the credibility or reliability of the witnesses in a case. As the *amicus curiae* rightly states, “[t]he Crown and the defence are not adverse in interest in discovering the existence of an unreliable or unethical police officer” (factum, at para. 62). Doherty J.A. made the point forcefully in *R. v. Ahluwalia* (2000), 138 O.A.C. 154, commenting on the Crown's failure to inquire further when confronted with the perjury of its own witness as follows (at paras. 71-72):

For reasons not shared with this court, the Crown does not appear to have regarded itself as under any obligation to get to the bottom of this matter. . . .

The Crown has obligations to the administration of justice that do not burden other litigants. Faced with its own witness's perjury and the fact that the perjured evidence coincided with the incomplete disclosure that the Crown says it innocently passed to the defence, the Crown was obliged to take all reasonable steps to find out what had happened and to share the results of those inquiries with the defence. In my view, the Crown did not fulfill its obligations to the administration of justice by acknowledging the incomplete disclosure discovered by the defence, and after making limited inquiries, professing neither a responsibility for the incomplete disclosure nor an ability to provide any explanation for it. The Crown owed both the appellant

Lorsqu'une divulgation est demandée ou exigée, le procureur de la Couronne a l'obligation de se renseigner suffisamment auprès des autres organismes ou ministères de la Couronne qui pourraient logiquement avoir en leur possession des éléments de preuve. On ne peut excuser le procureur de la Couronne de ne pas se renseigner suffisamment lorsqu'à la connaissance du poursuivant ou de la police un autre organisme de la Couronne a participé à l'enquête. La question de la pertinence ne peut être laissée à la discrétion des profanes. Si le procureur de la Couronne ne peut avoir accès aux dossiers d'un autre organisme, il doit alors en aviser la défense de façon que celle-ci puisse entreprendre les mesures qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt de l'accusé. Ce principe s'appliquerait aussi dans les affaires dans lesquelles l'accusé ou le défendeur, selon le cas, n'est pas représenté par un avocat . . . [par. 15]

[50] Cette obligation de se renseigner s'applique lorsque le ministère public est informé de l'existence d'éléments de preuve potentiellement pertinents quant à la crédibilité ou à la fiabilité des témoins dans une affaire. Comme le précise à juste titre l'*amicus curiae*, [TRADUCTION] « [L]e ministère public et la défense ont tous les deux intérêt à découvrir qu'un policier n'est pas honnête ou fiable » (mémoire, par. 62). Le juge Doherty l'a fait valoir avec force dans *R. c. Ahluwalia* (2000), 138 O.A.C. 154, lorsqu'il a formulé ses observations sur le défaut du ministère public de se renseigner davantage lorsqu'il est confronté au parjure de son propre témoin (par. 71-72) :

[TRADUCTION] Pour des motifs dont le ministère public ne nous a pas fait part, il appert qu'il n'estime pas être tenu de découvrir le fond de cette affaire. . . .

Le ministère public a des obligations relatives à l'administration de la justice qui n'incombent pas aux autres parties. Confronté au parjure de son propre témoin et au fait que ce faux témoignage coïncidait avec la communication partielle qu'il prétend avoir involontairement faite à la défense, le ministère public était tenu de prendre toutes les mesures raisonnables pour découvrir ce qui s'était passé et pour communiquer les résultats de ses recherches à la défense. À mon avis, le ministère public ne s'est pas acquitté de ses obligations relatives à l'administration de la justice en admettant que, comme l'a découvert la défense, la communication fût partielle et, après s'être renseigné de façon limitée, en n'assumant pas sa responsabilité quant à cette communication partielle

and the court a fuller explanation than it chose to provide.

[51] Hence, by properly fulfilling its dual role as an advocate and officer of the court, Crown counsel can effectively bridge much of the gap between first party disclosure and third party production. I now turn to the police corollary duty to participate in the disclosure process.

6.2 *The Police's Corollary Duty to Disclose Relevant Information*

[52] We have already seen that the police have a corollary duty to disclose to the prosecuting Crown all material pertaining to the investigation of an accused. This disclosure obligation accords with police codes of conduct enacted in many jurisdictions across the country. For example, under s. 2(1)(c)(vi) of the *Code of Conduct* found in O. Reg. 123/98, Sch., enacted pursuant to the Ontario *Police Services Act*, a police chief or other police officer commits neglect of duty if he or she “fails to report anything that he or she knows concerning a criminal or other charge, or fails to disclose any evidence that he or she, or any person within his or her knowledge, can give for or against any prisoner or defendant”. See also *Code of Professional Conduct Regulation*, B.C. Reg. 205/98, s. 5(e); *Police Service Regulation*, Alta. Reg. 356/90, s. 5(2)(h)(vii); *Code of ethics of Québec police officers*, (1990) 122 G.O. II, 1760, s. 7(2); and *Code of Professional Conduct Regulation — Police Act*, N.B. Reg. 2007-81, s. 36(1)(d)(iii).

[53] While the obligation itself is firmly established, the difficulty lies in identifying the contours of relevance for the purposes of the police's first party disclosure obligation. The particular question that this case exemplifies is whether information of misconduct by a police officer involved in the case against the accused should form part of the first party disclosure package provided to the Crown for its assessment of relevance according to the

et en omettant d'en expliquer la raison. Le ministère public devait à l'appelant et à la cour une explication plus détaillée que celle qu'il a choisi de donner.

[51] Ainsi, en s'acquittant convenablement de son double rôle de procureur et d'officier de justice, l'avocat du ministère public peut efficacement réduire l'écart entre la communication de la preuve par la partie principale et la production d'éléments de preuve par les tiers. Je vais maintenant me pencher sur l'obligation corollaire de la police de participer au processus de communication.

6.2 *L'obligation corollaire de la police de communiquer les renseignements pertinents*

[52] Nous avons déjà vu que la police a l'obligation corollaire de communiquer au ministère public tous les renseignements relatifs à l'enquête visant un accusé. Cette obligation concorde avec les codes de déontologie de la police édictés dans de nombreux ressorts partout au pays. Par exemple, suivant le sous-al. 2(1)c)(vi) du *Code of Conduct* qui figure en annexe du règlement 123/98 de l'Ontario pris en vertu de la *Loi sur les services policiers*, un chef de police ou un autre agent de police manque à son devoir s'il [TRADUCTION] « ne signale pas tout ce qu'il sait au sujet d'une accusation, criminelle ou autre, ou s'il ne communique pas tous les éléments de preuve qu'il, ou toute personne qu'il connaît, peut fournir en faveur ou à l'encontre d'un prisonnier ou d'un défendeur ». Voir également *Code of Professional Conduct Regulation*, B.C. Reg. 205/98, al. 5e); *Police Service Regulation*, Alta. Reg. 356/90, sous-al. 5(2)h)(vii); *Code de déontologie des policiers du Québec*, (1990) 122 G.O. II, 2531, art. 7(2); et *Code de déontologie professionnelle — Loi sur la Police*, Règl. du N.-B. 2007-81, sous-al. 36(1)d)(iii).

[53] Bien que l'obligation elle-même soit fermement établie, la difficulté tient à l'identification des limites de la pertinence pour l'application de l'obligation de communication qui incombe à la police à titre de partie principale. La question précise illustrée par la présente cause est celle de savoir si les renseignements concernant l'inconduite d'un policier qui participe à la poursuite engagée contre l'accusé devraient faire partie

edicts of *Stinchcombe*. Obviously, the accused has no right to automatic disclosure of every aspect of a police officer's employment history, or to police disciplinary matters with no realistic bearing on the case against him or her. However, where the disciplinary information is relevant, it should form part of the first party disclosure package, and its discovery should not be left to happenstance.

[54] When the police misconduct in question concerns the same incident that forms the subject-matter of the charge against the accused, the police duty to disclose information concerning police disciplinary action taken in respect of that misconduct is rather self-evident. To state an obvious example, if a police officer is charged under the applicable provincial legislation for excessive use of force in relation to the accused's arrest, this information must be disclosed to the Crown. Where the misconduct of a police witness is not directly related to the investigation against the accused, it may nonetheless be relevant to the accused's case, in which case it should also be disclosed. For example, no one would question that the criminal record for perjury of a civilian material witness would be of relevance to the accused and should form part of the first party disclosure package. In the same way, findings of police misconduct by a police officer involved in the case against the accused that may have a bearing on the case against an accused should be disclosed.

[55] The need for guidance in this area prompted a review commissioned by the Chief of the Toronto Police Service. The review was conducted by the Honourable George Ferguson, Q.C., and culminated in his January 2003 report entitled *Review and Recommendations Concerning*

des renseignements que la police doit communiquer à titre de partie principale et qui sont transmis au ministère public pour qu'il examine leur pertinence conformément aux principes énoncés dans *Stinchcombe*. Évidemment, l'accusé n'a pas droit à la communication automatique de tous les aspects des antécédents professionnels de policiers ou des procédures disciplinaires intentées contre eux lorsqu'elles n'ont pas de lien apparent avec la poursuite engagée contre lui. Toutefois, lorsque les renseignements d'ordre disciplinaire sont pertinents, ils devraient faire partie de ceux que la partie principale est tenue de communiquer et leur découverte par l'accusé ne devrait pas être laissée au hasard.

[54] Lorsque l'inconduite reprochée à un policier se rapporte au fait à l'origine de l'accusation portée contre l'accusé, la police a manifestement l'obligation de communiquer les renseignements relativement à la mesure disciplinaire prise par suite de cette inconduite. Par exemple, si un policier est accusé d'avoir eu recours à une force excessive lors de l'arrestation de l'accusé — en violation de la loi provinciale applicable — il est évident que ce renseignement doit être communiqué au ministère public. Lorsque l'inconduite d'un policier n'est pas directement liée à l'enquête relative à l'accusé, ce renseignement peut néanmoins se rapporter à la poursuite engagée contre ce dernier, auquel cas il devrait aussi être communiqué. Par exemple, personne ne contesterait la pertinence pour l'accusé de connaître la condamnation pour parjure d'un témoin civil important, ni l'obligation que ce renseignement fasse partie des renseignements que la partie principale doit communiquer. De même, les conclusions d'inconduite prononcées contre un policier qui a participé à la poursuite intentée contre l'accusé devraient être communiquées lorsqu'elles pourraient avoir une incidence sur cette poursuite.

[55] Le besoin d'établir des lignes directrices dans ce domaine a suscité une demande d'examen par le chef du service de police de Toronto. Cet examen, mené par l'honorable George Ferguson, c.r., s'est terminé par la publication, en janvier 2003, du rapport intitulé *Review and Recommendations Concerning*

Various Aspects of Police Misconduct, vol. I (the “Ferguson Report”). The terms of reference included the mandate to review “when, in what manner and under what circumstances does the Police Service have an obligation to bring to the attention of the Crown, alleged or proven acts of misconduct of a police officer who will be a witness or was otherwise involved in an investigation that has led to a criminal proceeding” (p. 1).

[56] The Ferguson Report noted that the question of disclosure of such information was usually left to be determined in the context of an *O’Connor* application for third party production and that this often gave rise to a “Catch-22” problem, stating as follows (at p. 12):

Once into *O’Connor*, it is difficult, if not impossible, for the defence to meet the threshold required to access the records. Unless the officer is notorious or the defence personally knows details of the officer’s files, the defence will be found to be on nothing more than a fishing expedition and access will be denied. A diligent officer-in-charge will not likely know the full employment history of each police witness, and, currently, is not required to make any inquiries. Short of a criminal conviction for dishonesty, nothing is likely to be provided to the Crown for disclosure analysis. Even convictions for dishonesty may not always be revealed. This is clearly unsatisfactory.

[57] The Ferguson Report concluded that leaving the entire question of access to police disciplinary records to be determined under the *O’Connor* regime for third party production “is neither efficient nor justified” (p. 15). In order to assist in bridging the gap between first party disclosure and third party production, the Ferguson Report made a number of recommendations, including the automatic disclosure by the police upon request by the Crown of the following information regarding acts of misconduct by a member of the Toronto Police Service who may be a witness or who was

Various Aspects of Police Misconduct, vol. I (le « Rapport Ferguson »). Le juge Ferguson avait notamment pour mandat d’étudier [TRADUCTION] « quand, comment et dans quelles circonstances le service de police doit porter à l’attention du ministère public l’inconduite présumée ou avérée d’un policier qui devra témoigner ou qui a autrement participé à une enquête qui a donné lieu à une poursuite criminelle » (p. 1).

[56] Dans son rapport, le juge Ferguson a souligné que la question de la communication d’un tel renseignement était habituellement tranchée dans le contexte d’une demande de type *O’Connor* visant la production de dossiers en la possession de tiers et que cette approche a souvent causé une impasse (p. 12) :

[TRADUCTION] Une fois que l’on applique l’arrêt *O’Connor*, il est difficile, voire impossible, pour la défense de satisfaire au seuil requis pour obtenir accès aux dossiers. À moins que le policier ne soit renommé ou que la défense ne connaisse personnellement le contenu des dossiers du policier, on estimera que cette dernière n’effectue rien de plus qu’une recherche à l’aveuglette, et l’accès lui sera refusé. L’agent responsable d’un dossier, même diligent, ne connaîtra probablement pas tous les antécédents professionnels de chaque policier appelé à témoigner, et, actuellement, il n’est pas tenu de se renseigner. En l’absence d’une déclaration de culpabilité au criminel pour malhonnêteté, rien ne risque d’être transmis au ministère public pour une évaluation de la communication. Il se peut même que les déclarations de culpabilité pour malhonnêteté ne soient pas révélées, ce qui est manifestement inacceptable.

[57] Dans son rapport, le juge Ferguson a conclu que le fait de trancher la question de l’accès aux dossiers disciplinaires de la police strictement en fonction du régime de production des dossiers en la possession de tiers établi dans *O’Connor* [TRADUCTION] « n’est ni efficace, ni justifié » (p. 15). Dans le but d’aider à réduire l’écart entre la communication de la preuve par la partie principale et la production d’éléments de preuve par les tiers, le Rapport Ferguson fait de nombreuses recommandations portant notamment que, sur demande en ce sens du ministère public, la police

otherwise involved in a case before the court (at p. 17):

- a. Any conviction or finding of guilt[t] under the *Canadian Criminal Code* or under the *Controlled Drugs and Substances Act* [for which a pardon has not been granted].
- b. Any outstanding charges under the *Canadian Criminal Code* or the *Controlled Drugs and Substances Act*.
- c. Any conviction or finding of guilt under any other federal or provincial statute.
- d. Any finding of guilt for misconduct after a hearing under the *Police Services Act* or its predecessor *Act*.
- e. Any current charge of misconduct under the *Police Services Act* for which a Notice of Hearing has been issued.

[58] The Ferguson Report recommended that upon receiving this information from police, the Crown act as “gate-keeper”, sorting out what parts of this material, if any, should be turned over to the defence in compliance with the Crown’s *Stinchcombe* obligation of disclosure. The Ferguson Report made the further recommendation that any concerned officer who was the subject of disciplinary records produced to the Crown be notified in writing and be given the opportunity to make submissions to the Crown.

[59] I agree that it is “neither efficient nor justified” to leave the entire question of access to police misconduct records to be determined in the context of the *O’Connor* regime for third party production. Indeed, as discussed earlier, the disclosure of relevant material, whether it be for or against an accused, is part of the police corollary duty to participate in the disclosure process. Where the information is obviously relevant to the accused’s case, it should form part of the first party

devrait communiquer automatiquement les renseignements suivants à l’égard de l’inconduite d’un membre du service de police de Toronto qui pourrait être appelé à témoigner ou qui a autrement participé à une affaire dont la cour est saisie (p. 17) :

[TRADUCTION]

- a. Toute déclaration ou tout verdict de culpabilité prononcé en vertu du *Code criminel* ou de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* [à l’égard desquels un pardon n’a pas été accordé].
- b. Toute accusation pendante portée en application du *Code criminel* ou de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*.
- c. Toute déclaration ou tout verdict de culpabilité prononcés en vertu d’une autre loi fédérale ou provinciale.
- d. Tout verdict de culpabilité pour inconduite prononcé par suite d’une audience tenue sous le régime de la *Loi sur les services policiers* ou de la loi antérieure.
- e. Toute accusation d’inconduite portée en vertu de la *Loi sur les services policiers* à l’égard de laquelle un avis d’audience a été publié.

[58] Le Rapport Ferguson recommandait que, lorsque la police transmet ces renseignements au ministère public, ce dernier agisse comme « gardien », c’est-à-dire qu’il détermine quels renseignements, le cas échéant, devraient être remis à la défense pour satisfaire à l’obligation de communication dictée par *Stinchcombe*. Le Rapport Ferguson recommandait aussi que, dans les cas où un dossier disciplinaire est remis au ministère public, le policier concerné en soit avisé par écrit et se voit accorder la possibilité de présenter ses observations au ministère public.

[59] Je souscris à l’opinion selon laquelle il n’est [TRADUCTION] « ni efficace ni justifié » de trancher la question de l’accès aux dossiers relatifs à l’inconduite d’un policier strictement en fonction du régime de production des dossiers en la possession de tiers établi dans *O’Connor*. En effet, comme nous l’avons vu, la communication de renseignements pertinents à l’accusé, qu’ils lui soient favorables ou non, fait partie de l’obligation corollaire de la police de participer au processus de communication. Lorsque

disclosure package to the Crown *without prompting*. For example, as was the case here, if an officer comes under investigation for serious drug-related misconduct, it becomes incumbent upon the police force, in fulfilment of its corollary duty of disclosure to the Crown, to look into those criminal cases in which the officer is involved and to take appropriate action. Of course, not every finding of police misconduct by an officer involved in the investigation will be of relevance to an accused's case. The officer may have played a peripheral role in the investigation, or the misconduct in question may have no realistic bearing on the credibility or reliability of the officer's evidence. The kinds of information listed in the Ferguson Report can provide useful guidance on those types of matters in respect of which a police force may well be advised to seek the advice of Crown counsel.

[60] With respect to records concerning police disciplinary matters that do not fall within the scope of first party disclosure obligations, procedures such as those recommended in the Ferguson Report, tailored to suit the particular needs of the community in which they are implemented, can go a long way towards ensuring a more efficient streamlining of *O'Connor* applications for third party production. Trial courts seized with motions for disclosure under *Stinchcombe* or applications for third party production are well placed to make appropriate orders to foster the necessary cooperation between police, the Crown and defence counsel.

7. Disposition

[61] The appeal is allowed and the order in the court below is set aside. The application having become moot, the Court makes no further order.

les renseignements se rapportent manifestement à la poursuite engagée contre l'accusé, ils devraient faire partie, *sans qu'il soit nécessaire d'en faire la demande*, des renseignements que la police doit communiquer, à titre de partie principale. Si, par exemple, comme c'est le cas en l'espèce, un policier fait l'objet d'une enquête pour inconduite grave liée à la drogue, il incombe au service de police, pour s'acquitter de son obligation corollaire de communication au ministère public, d'examiner les affaires criminelles auxquelles participe le policier et de prendre les mesures appropriées. Évidemment, les conclusions d'inconduite prononcées contre un policier qui participe à l'enquête ne seront pas toutes pertinentes quant à la poursuite engagée contre l'accusé. En effet, il se peut que le policier ait joué un rôle périphérique dans l'enquête ou que son inconduite n'ait pas de lien apparent avec sa crédibilité ou la fiabilité de son témoignage. Les types de renseignements énumérés dans le Rapport Ferguson peuvent servir de lignes directrices pour ce genre de situations à l'égard desquelles un service de police serait bien avisé de demander l'avis de l'avocat du ministère public.

[60] Pour ce qui est des dossiers disciplinaires de la police qui ne sont pas visés par l'obligation de communication qui incombe à la partie principale, les procédures comme celles recommandées dans le Rapport Ferguson, conçues pour satisfaire les besoins particuliers de la collectivité où elles sont appliquées, peuvent grandement contribuer à assurer le traitement plus efficace des demandes de type *O'Connor* visant la production de dossiers en la possession de tiers. Les tribunaux saisis de demandes de communication fondées sur l'arrêt *Stinchcombe* ou de demandes de production de dossiers en la possession de tiers sont bien placés pour rendre des ordonnances propres à favoriser la coopération nécessaire entre la police, le ministère public et l'avocat de la défense.

7. Dispositif

[61] Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance rendue par la juridiction inférieure est annulée. La demande étant devenue théorique, la Cour ne rend aucune autre ordonnance.

Appeal allowed.

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

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.

Solicitors for the respondent the Chief of Barrie Police Service, 3rd Party Record Holder: Caswell & Watson, Toronto.

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

Solicitor for the intervener Matthew Marshall: Gary R. Clewley, Toronto.

Solicitors for the intervener the Police Association of Ontario: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the amicus curiae: Henein & Associates, Toronto.

Pourvoi accueilli.

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

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

Procureurs de l'intimé le Chef du service de police de Barrie, tiers détenteur des dossiers : Caswell & Watson, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant Matthew Marshall : Gary R. Clewley, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Police Association of Ontario : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'amicus curiae : Henein & Associates, Toronto.

Gurkirpal Singh Khela *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario and Criminal
Lawyers' Association (Ontario)** *Interveners*

- and -

Jodh Singh Sahota *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KHELA

Neutral citation: 2009 SCC 4.

File Nos.: 31933, 32325.

2008: March 28; 2009: January 22.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

*Criminal law — Charge to jury — Sufficiency of
Vetrovec warning — Content of warning — Evidence
of unsavoury witnesses introduced by Crown at trial —
Accused convicted of first degree murder — Whether
charge adequately instructed jury about unreliability of
unsavoury witnesses' testimony and degree of scrutiny
to be applied in weighing their testimony — Whether
charge adequately instructed jury about type of evidence
capable of supporting unsavoury witnesses' testimony —
Whether confirming evidence must be independent and
material.*

*Criminal law — Charge to jury — Inferences of
innocence — Circumstantial evidence and proven
facts — Whether trial judge erred by instructing jury
that inferences of innocence can only be drawn from evi-
dence based on proven facts — If so, whether Court of
Appeal erred by applying curative proviso.*

Gurkirpal Singh Khela *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario et Criminal
Lawyers' Association (Ontario)** *Intervenants*

- et -

Jodh Singh Sahota *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. KHELA

Référence neutre : 2009 CSC 4.

N^{os} du greffe : 31933, 32325.

2008 : 28 mars; 2009 : 22 janvier.

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

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

*Droit criminel — Exposé au jury — Suffisance de la
mise en garde de type Vetrovec — Contenu de la mise en
garde — Dépositions de témoins douteux présentées au
procès par le ministère public — Accusés déclarés cou-
pables de meurtre au premier degré — L'exposé au jury
a-t-il adéquatement renseigné le jury sur la non-fiabilité
des dépositions des témoins douteux et sur l'examen
rigoureux auquel il faut soumettre ces dépositions? —
L'exposé au jury a-t-il adéquatement renseigné le jury
sur le type de preuve pouvant étayer la déposition d'un
témoin douteux? — La preuve corroborante doit-elle
être indépendante et substantielle?*

*Droit criminel — Exposé au jury — Inférences d'in-
nocence — Preuve circonstancielle et faits établis — Le
juge du procès a-t-il commis une erreur en informant
le jury qu'il ne pouvait tirer des inférences d'innocence
qu'à partir de la preuve fondée sur des faits établis? —
Dans l'affirmative, la Cour d'appel a-t-elle commis une
erreur en appliquant la disposition réparatrice?*

The accused, K and S, were charged with first degree murder. The Crown alleged that K paid two men to murder the victim, while S helped organize and coordinate the shooting. The Crown's case rested primarily on the testimony of two unsavoury witnesses who had lengthy criminal records and who were members of a prison-based gang. The trial judge directed the jury to look at their testimony with the greatest care and caution and to look for confirmation of their testimony from somebody or something other than what the unsavoury witnesses themselves had to say. The trial judge also directed the jury that it was for them to decide whether any evidence confirms or supports the unsavoury witnesses' testimony. Both accused were convicted. On appeal, they argued that the trial judge's *Vetrovec* warning failed to instruct the jury that to be confirmatory, evidence supporting the testimony of unsavoury witnesses must be independent and material. The Court of Appeal upheld the convictions. It found that, in the context of the trial as a whole, the *Vetrovec* warning sufficiently conveyed the concepts of materiality and independence, and the appropriate degree of caution required by the circumstances.

Held: The appeals should be dismissed.

Per Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Although no single formula can be expected to produce an appropriate *Vetrovec* caution for every foreseeable situation, trial judges, who must craft the caution appropriate to the circumstances of their case, are entitled to guidance as to the general characteristics of a caution. The four main elements of a caution are: (1) drawing the attention of the jury to the testimonial evidence requiring special scrutiny; (2) explaining why this evidence is subject to special scrutiny; (3) cautioning the jury that it is dangerous to convict on unconfirmed evidence of this sort, though the jury is entitled to do so if satisfied that the evidence is true; and (4) that 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. This summary need not be applied in a rigid and formulaic fashion. Where a caution has these four elements, an appellate court, in the absence of some other flaw, will generally be expected to find the caution adequate. However, a failure to include any of these elements may not prove fatal if the charge read as a whole otherwise serves the dual purposes of a *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

Les accusés, K et S, ont été inculpés de meurtre au premier degré. Selon le ministère public, K a payé deux hommes pour tuer la victime et S a aidé à organiser et coordonner le meurtre. La preuve à charge reposait principalement sur les dépositions de deux témoins douteux, qui avaient de lourds antécédents judiciaires et qui faisaient partie d'un gang carcéral. Le juge du procès a demandé au jury d'examiner leurs témoignages avec le plus grand soin et une extrême prudence et de chercher d'autres témoignages ou éléments de preuve qui confirment leurs déclarations. Il a aussi informé les jurés qu'il leur appartenait de dire si ces preuves, ou tout autre élément, confirment ou étayaient les dépositions des témoins douteux. Les deux accusés ont été déclarés coupables. En appel, ils ont soutenu que la mise en garde de type *Vetrovec* adressée par le juge du procès ne précisait pas au jury que, pour être confirmative, la preuve à l'appui des dépositions des témoins douteux devait être une preuve indépendante et substantielle. La Cour d'appel a maintenu les déclarations de culpabilité. Elle a conclu que, dans le contexte de l'ensemble du procès, la mise en garde de type *Vetrovec* fournissait des explications suffisantes quant aux notions de preuve substantielle et de preuve indépendante et qu'elle invitait à la prudence nécessaire dans les circonstances.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Il n'existe pas de formule unique qui puisse produire une mise en garde de type *Vetrovec* appropriée pour toutes les circonstances prévisibles, mais les juges du procès, qui doivent élaborer une mise en garde adaptée aux faits de l'espèce, sont en droit de s'attendre à obtenir des précisions quant aux caractéristiques générales d'une mise en garde. Voici les quatre éléments fondamentaux de la mise en garde : (1) attirer l'attention du jury sur le témoignage qui nécessite un examen particulièrement rigoureux; (2) expliquer pourquoi ce témoignage doit être examiné de façon particulièrement rigoureuse; (3) prévenir le jury du danger de prononcer une condamnation sur la foi d'un témoignage non confirmé de ce genre, le jury étant toutefois en droit de le faire s'il est convaincu de la véracité du témoignage en cause; (4) 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 indigne de foi dit la vérité quant à la culpabilité de l'accusé. Nul besoin d'appliquer ce court exposé de manière rigide et comme s'il s'agissait d'une formule toute faite. Lorsque la mise en garde comporte ces quatre éléments, un tribunal d'appel doit généralement conclure, si ailleurs l'exposé au jury ne présente pas de déficiences, que la mise en garde est adéquate. Toutefois, le fait de ne pas inclure ces éléments ne se révélera pas nécessairement fatal si les directives

second, in appropriate cases, to give the jury the tools necessary to identify evidence capable of enhancing the trustworthiness of those witnesses. In evaluating a caution, appellate courts should focus on the content of a caution and not on its form. [13-14] [37-38] [44] [47]

With respect to the fourth component of the summary, since not all evidence is capable of confirming the testimony of an untrustworthy witness, a *Vetrovec* caution should draw the jury's attention to evidence capable of confirming or supporting material parts of the witnesses' evidence. To be confirmatory, evidence should give comfort that the witness can be trusted. The attribute of independence defines the kind of evidence that can provide comfort that the witness is telling the truth. Evidence that is tainted by connection to the witness cannot serve to confirm his or her testimony. Materiality is a more difficult concept. Evidence does not have to implicate the accused, but in the context of the case as a whole, it should give comfort that the witness was truthful in relevant aspects of his or her account. [11] [32] [39-40] [42-43]

Although the *Vetrovec* caution in this case is not a model to be followed in other cases, it did convey the degree of special scrutiny to be applied in weighing the testimony of the two unsavoury witnesses. Where, as here, allegations of corroboration and collusion between the impugned witnesses and others were made, the trial judge should have clearly mentioned to the jury that not all evidence is capable of being confirmatory and better explained that confirmatory evidence has to be independent and relevant. However, these deficiencies were compensated for in other portions of the charge. As a whole and in the context of the trial, the charge communicated the substance of a proper *Vetrovec* caution. The jury would have understood that it could not convict the accused based on the testimony of the impugned witnesses unless they found that other evidence confirmed their testimony. [15] [51-52] [56]

The trial judge erred in instructing the jury that it could only draw inferences of innocence from defence

du juge, prises dans leur ensemble, servent les deux fins d'une 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. Pour évaluer une mise en garde, les tribunaux d'appel s'attacheront au contenu de la directive et non à sa forme. [13-14] [37-38] [44] [47]

En ce qui concerne le quatrième élément du court exposé, étant donné que les preuves ne permettent pas toutes de confirmer la déposition d'un témoin indigne de foi, une mise en garde de type *Vetrovec* doit attirer l'attention du jury sur la preuve pouvant confirmer ou étayer les éléments essentiels des dépositions des témoins. Pour être confirmative, la preuve doit conforter le jury dans son opinion que le témoin est digne de foi. C'est le caractère indépendant de la preuve qui le conforte dans son opinion que le témoin dit la vérité. La preuve viciée en raison d'un lien avec le témoin ne peut servir à confirmer son témoignage. Le caractère substantiel d'une preuve est un concept plus complexe. Il n'est pas nécessaire que la preuve implique l'accusé, mais considérée dans une perspective d'ensemble, elle doit conforter le jury dans son opinion que les déclarations du témoin sont exactes quant aux aspects pertinents de son récit. [11] [32] [39-40] [42-43]

Bien qu'en l'espèce la mise en garde de type *Vetrovec* ne soit pas un modèle à suivre dans d'autres affaires, elle a renseigné le jury sur la nécessité de soumettre les dépositions des deux témoins douteux à un examen particulièrement rigoureux. Dans les cas où, comme en l'espèce, il y avait allégations de corroboration et de collusion entre les témoins dont la crédibilité était contestée et d'autres personnes, le juge du procès aurait dû mentionner clairement aux jurés que les éléments de preuve ne permettent pas tous de confirmer et aurait dû mieux expliquer que la preuve confirmative doit être indépendante et pertinente. Toutefois, les autres passages de l'exposé au jury compensaient ces lacunes. Dans l'ensemble et compte tenu du contexte du procès, le jury a reçu, pour l'essentiel, une mise en garde de type *Vetrovec* qui était adéquate. Il a compris qu'il ne pouvait déclarer les accusés coupables sur la foi des dépositions des témoins dont la crédibilité est contestée, à moins de trouver d'autres éléments qui confirment ces dépositions. [15] [51-52] [56]

Le juge du procès a commis une erreur en informant le jury qu'il ne pouvait tirer des inférences d'innocence

evidence based on proven facts. Nonetheless, in the context of the charge as a whole, the error cannot reasonably be thought to have affected the verdict and this is an appropriate case in which to apply the curative proviso pursuant to s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. [57-59]

Per Deschamps J.: The first three elements of the framework proposed by the majority capture the substance of a proper *Vetrovec* warning. A *Vetrovec* warning should draw the jury's attention to testimonial evidence requiring special scrutiny, explain why this evidence is subject to special scrutiny and it should caution the jury that it is dangerous to convict on unconfirmed evidence of this sort, though the jury is entitled to do so if satisfied that the evidence is true. The fourth element, however, will have detrimental effects on the law and is both unnecessary and unworkable. It is the content of *Vetrovec* warnings that matters, not their form and this Court should preserve the functional approach set out in *Vetrovec*. [68] [73]

Under the fourth element of the framework, the requirement that jurors be told to look for "material" and "independent" corroboration of an unsavoury witness's testimony detracts jurors from their proper task of weighing the witness's credibility in a rational and flexible manner. A trier of fact is entitled to believe the evidence of a disreputable witness, even on disputed facts that are not otherwise confirmed, if the trier is satisfied that the witness is truthful. Trial judges should refrain from requiring the intractable concepts of independence and materiality for corroborating evidence. Instead, jurors should be told to focus on credibility. Evidence cannot be categorized as either independent or not independent because evidence lies on a continuum between these two poles. Even proponents of an independence requirement are at a loss to explain what kind of evidence it calls for. Applied mechanically, such a requirement has led to disastrous outcomes. Nor is materiality any easier to pin down. The once strict, ill-defined requirement of materiality has been weakened. Circumstantial evidence can be confirmatory even if it does not directly implicate the accused and evidence need not bear on a disputed part of a witness's testimony to be corroborative. [67] [76] [78] [81-86]

Jury instructions should correspond to well-defined intellectual exercises and the justice system should strive for simplicity in charges. Evidence capable of

qu'à partir de la preuve de la défense fondée sur des faits établis. Toutefois, d'après l'ensemble de son exposé, on ne saurait raisonnablement conclure que l'erreur a influé sur le verdict et il y a lieu en l'espèce d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. [57-59]

La juge Deschamps : Les trois premiers éléments du cadre proposé par la majorité rendent compte de l'essence d'une mise en garde de type *Vetrovec*. Une bonne mise en garde de type *Vetrovec* doit attirer l'attention du jury sur le témoignage qui nécessite un examen particulièrement rigoureux, expliquer pourquoi ce témoignage doit être examiné de façon particulièrement rigoureuse et prévenir le jury du danger de prononcer une condamnation sur la foi d'un témoignage non confirmé de ce genre, le jury étant toutefois en droit de le faire s'il est convaincu de la véracité du témoignage en cause. Le quatrième élément aura cependant des effets préjudiciables en droit et il est inutile et impraticable. C'est le contenu qui importe, non la forme, et la Cour doit préserver l'approche fonctionnelle prévue dans *Vetrovec*. [68] [73]

Selon le quatrième élément du cadre, l'exigence selon laquelle les jurés doivent chercher des preuves « substantielles » et « indépendantes » pouvant corroborer les dépositions des témoins douteux détourne les jurés de leur tâche réelle : évaluer la crédibilité du témoin de façon rationnelle et souple. Même en présence de faits contestés qui ne sont pas par ailleurs confirmés, le juge des faits peut ajouter foi à la déposition d'un témoin de mauvaise réputation s'il est persuadé que celui-ci dit la vérité. Les juges de première instance devraient s'abstenir d'exiger que la preuve corroborante soit indépendante et substantielle. Ils devraient plutôt demander aux jurés de se concentrer sur la crédibilité. Il n'existe pas deux catégories distinctes de preuve, celle des preuves indépendantes et celle des preuves non indépendantes. Il y a plutôt divers types de preuve se situant entre ces deux pôles. Même les ardents défenseurs de l'exigence de corroboration indépendante ont du mal à expliquer le genre de preuve qu'elle requiert. Appliquée mécaniquement, cette exigence a donné des résultats désastreux. L'exigence de preuve substantielle n'est pas plus facile à définir. Jadis stricte malgré ses contours obscurs, elle s'affaiblit de plus en plus. Une preuve circonstancielle peut être confirmative même si elle n'implique pas directement l'accusé; la preuve n'a pas besoin de porter sur un point contesté de la déposition du témoin pour être corroborante. [67] [76] [78] [81-86]

Les directives au jury doivent correspondre à des exercices intellectuels bien circonscrits et le système de justice doit tendre à la simplicité. Il suffit que les

inducing a rational belief that the witness is telling the truth is sufficient and jurors should be asked to look for evidence that reinforces the credibility of the witness. [91] [96]

The trial judge's charge was fully compatible with the three required elements of a proper *Vetrovec* warning. The charge drew the jury's attention to problematic witnesses, explained why there was a risk that they were unreliable, and warned the jury that it was dangerous to convict based on their testimonies without confirmation by other evidence. The charge was complete and there was no further requirement to instruct the jury to look for independence or materiality. [97]

The subsidiary ground for appeal should be dismissed for the reasons given by the majority. [98]

Cases Cited

By Fish J.

Explained: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; **applied:** *R. v. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321; *R. v. Brooks*, 2000 SCC 11, [2000] 1 S.C.R. 237; **referred to:** *R. v. Smith*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146; *R. v. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199; *R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328; *R. v. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53; *R. v. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523.

By Deschamps J.

Explained: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333; *R. v. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321; *R. v. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199; **referred to:** *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *Horsburgh v. The Queen*, [1967] S.C.R. 746; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819; *R. v. N. (P.L.F.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 49; *R. v. G. (G.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Dhillon* (2002), 166 C.C.C. (3d) 262; *R. v. Brooks*, 2000 SCC 11, [2000] 1 S.C.R. 237; *R. v. Kanester*, [1966] 4 C.C.C. 231, rev'd [1967] 1 C.C.C. 97; *Warkentin v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 355; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; *R. v. Ethier* (1959), 124 C.C.C. 332; *R. v. Gagnon* (2000), 147 C.C.C. (3d) 193; *Murphy v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 603; *R. v. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53; *Trial of William Davidson and Richard Tidd for High Treason* (1820),

preuves puissent faire naître chez les jurés la conviction logique que le témoin dit la vérité; il faut donner comme directive aux jurés de chercher des éléments qui renforcent la crédibilité du témoin. [91] [96]

L'exposé du juge du procès correspondait en tous points aux trois éléments requis d'une bonne mise en garde de type *Vetrovec*. Le juge a attiré l'attention du jury sur les témoignages qui posaient des problèmes, a expliqué pourquoi il y avait le risque que ce ne soient pas des témoins fiables et a indiqué qu'il était dangereux de déclarer un accusé coupable sur le fondement des témoignages en question en l'absence de corroboration par d'autres éléments de preuve. Cet exposé était complet et il n'était pas nécessaire de demander également au jury de chercher des preuves indépendantes ou substantielles. [97]

Il y a lieu de rejeter le moyen d'appel subsidiaire pour les motifs indiqués par la majorité. [98]

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêt expliqué : *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; **arrêts appliqués :** *R. c. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321; *R. c. Brooks*, 2000 CSC 11, [2000] 1 R.C.S. 237; **arrêts mentionnés :** *R. c. Smith*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146; *R. c. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199; *R. c. Kehler*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328; *R. c. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53; *R. c. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523.

Citée par le juge Deschamps

Arrêts expliqués : *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Kehler*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333; *R. c. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321; *R. c. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199; **arrêts mentionnés :** *R. c. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *Horsburgh c. La Reine*, [1967] R.C.S. 746; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *R. c. N. (P.L.F.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 49; *R. c. G. (G.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Dhillon* (2002), 166 C.C.C. (3d) 262; *R. c. Brooks*, 2000 CSC 11, [2000] 1 R.C.S. 237; *R. c. Kanester*, [1966] 4 C.C.C. 231, inf. par [1967] 1 C.C.C. 97; *Warkentin c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 355; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; *R. c. Ethier* (1959), 124 C.C.C. 332; *R. c. Gagnon* (2000), 147 C.C.C. (3d) 193; *Murphy c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 603; *R. c. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53; *Trial of William Davidson and Richard*

33 How. St. Tr. 1337; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Krugel* (1999), 143 C.C.C. (3d) 367; *R. v. Smith*, 2007 NSCA 19, 216 C.C.C. (3d) 490.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Arnup, C. Jane. “Has Caution Been Thrown to the Wind? The Aftermath of *Vetrovec*”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition: Evidence*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo Publishers, 1984, 21.

Boilard, Jean-Guy. *Guide to Criminal Evidence*, vol. 2. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991 (loose-leaf updated September 2008, Issue 48).

Canada. Law Reform Commission. Law of Evidence Project. Study Paper No. 11. *Corroboration*. Ottawa: The Commission, 1975.

Cory, Peter deCarteret. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg: Manitoba Justice, 2001.

Dufraimont, Lisa. “Regulating Unreliable Evidence: Can Evidence Rules Guide Juries and Prevent Wrongful Convictions?” (2008), 33 *Queen’s L.J.* 261.

Glasson, E. *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. 6. Paris: F. Pichon, 1895.

Harris, Nikos. “*Vetrovec* Cautions and Confirmatory Evidence: A Necessarily Complex Relationship” (2005), 31 C.R. (6th) 216.

Helmholz, R. H. “Magna Carta and the *ius commune*” (1999), 66 *U. Chi. L. Rev.* 297.

Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence*, 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2008, release 10).

Lamer, Antonio. *A Tribute to Chief Justice Dickson*. Address to the Annual Convention of the Criminal Lawyers’ Association (December 1989), *Ontario Criminal Lawyers’ Association Newsletter*, vol. 10, No. 4, p. 13.

Manitoba. *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell*. Winnipeg: Department of Justice 2007.

Newfoundland and Labrador. *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes*. St. John’s: Government of Newfoundland and Labrador, 2006.

Tidd for High Treason (1820), 33 How. St. Tr. 1337; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Krugel* (1999), 143 C.C.C. (3d) 367; *R. c. Smith*, 2007 NSCA 19, 216 C.C.C. (3d) 490.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Doctrine citée

Arnup, C. Jane. « Has Caution Been Thrown to the Wind? : The Aftermath of *Vetrovec* », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition: Evidence*. Don Mills, Ont. : Richard De Boo Publishers, 1984, 21.

Boilard, Jean-Guy. *Manuel de preuve pénale*, vol. 2. Cowansville, Que. : Yvon Blais, 1991 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2008, envoi n° 48).

Canada. Commission de réforme du droit. Section de recherche sur le droit de la preuve. Document préliminaire n° 11. *Corroboration*. Ottawa : La Commission, 1975.

Cory, Peter deCarteret. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg : Manitoba Justice, 2001.

Dufraimont, Lisa. « Regulating Unreliable Evidence : Can Evidence Rules Guide Juries and Prevent Wrongful Convictions? » (2008), 33 *Queen’s L.J.* 261.

Glasson, E. *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. 6. Paris : F. Pichon, 1895.

Harris, Nikos. « *Vetrovec* Cautions and Confirmatory Evidence : A Necessarily Complex Relationship » (2005), 31 C.R. (6th) 216.

Helmholz, R. H. « Magna Carta and the *ius commune* » (1999), 66 *U. Chi. L. Rev.* 297.

Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence*, 4th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2008, release 10).

Lamer, Antonio. *A Tribute to Chief Justice Dickson*. Address to the Annual Convention of the Criminal Lawyers’ Association (December 1989), *Ontario Criminal Lawyers’ Association Newsletter*, vol. 10, No. 4, p. 13.

Manitoba. *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell*. Winnipeg : Department of Justice 2007.

Ontario. *Rapport de la Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (Rapport Kaufman). Toronto : Ministère du Procureur général, 1998.

Ontario. *Report of the Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (Kaufman Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

Roberts, Paul, and Adrian Zuckerman. *Criminal Evidence*. Oxford: University Press, 2004.

Rosenberg, Marc. "Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules" (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421.

Seniuk, Gerald T. G. "Judicial Fact-Finding and a Theory of Credit" (1992), 56 *Sask. L. Rev.* 79.

Seniuk, Gerald T. G. "Liars, Scoundrels and the Search for Truth" (2000), 30 *C.R.* (5th) 244.

Stuart, D. Annotation to *R. v. Kehler* (2004), 19 *C.R.* (6th) 49.

Wakeling, Audrey A. *Corroboration in Canadian Law*. Toronto: Carswell Co., 1977.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 7. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1978.

Zuckerman, A. A. S. "Corroboration: Judicial Reform in Canada" (1984), 4 *Oxford J. Legal Stud.* 147.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Mackenzie and Low J.J.A.), 2007 BCCA 50, 217 C.C.C. (3d) 498, 235 B.C.A.C. 277, 388 W.A.C. 277, 2007 CarswellBC 153, [2007] B.C.J. No. 135 (QL), upholding the convictions of the two accused. Appeals dismissed.

Richard C. C. Peck, Q.C., Nikos Harris and Kathleen M. Bradley, for the appellant Gurkirpal Singh Khela.

Gil D. McKinnon, Q.C., and Patrick McGowan, for the appellant Jodh Singh Sahota.

Bruce Johnstone and Marian K. Brown, for the respondent.

Jennifer M. Woollcombe, for the intervener Attorney General of Ontario.

Donald B. Bayne and Norman D. Boxall, for the intervener Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

Roberts, Paul, and Adrian Zuckerman. *Criminal Evidence*. Oxford: University Press, 2004.

Rosenberg, Marc. « Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules » (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421.

Seniuk, Gerald T. G. « Judicial Fact-Finding and a Theory of Credit » (1992), 56 *Sask. L. Rev.* 79.

Seniuk, Gerald T. G. « Liars, Scoundrels and the Search for Truth » (2000), 30 *C.R.* (5th) 244.

Stuart, D. Annotation to *R. v. Kehler* (2004), 19 *C.R.* (6th) 49.

Terre-Neuve-et-Labrador. *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes*. St. John's: Government of Newfoundland and Labrador, 2006.

Wakeling, Audrey A. *Corroboration in Canadian Law*. Toronto: Carswell Co., 1977.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 7. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1978.

Zuckerman, A. A. S. « Corroboration: Judicial Reform in Canada » (1984), 4 *Oxford J. Legal Stud.* 147.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Mackenzie et Low), 2007 BCCA 50, 217 C.C.C. (3d) 498, 235 B.C.A.C. 277, 388 W.A.C. 277, 2007 CarswellBC 153, [2007] B.C.J. No. 135 (QL), qui a confirmé les déclarations de culpabilité des deux accusés. Pourvois rejetés.

Richard C. C. Peck, c.r., Nikos Harris et Kathleen M. Bradley, pour l'appellant Gurkirpal Singh Khela.

Gil D. McKinnon, c.r., et Patrick McGowan, pour l'appellant Jodh Singh Sahota.

Bruce Johnstone et Marian K. Brown, pour l'intimée.

Jennifer M. Woollcombe, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Donald B. Bayne et Norman D. Boxall, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

FISH J. —

LE JUGE FISH —

I

I

[1] Legal systems far separated in time and place have long recognized that it is dangerous to rest a criminal conviction on the testimony of a single witness, or on a single piece of evidence. This concern is at least as old as Deuteronomy.* It arises because witnesses can lie deliberately or mislead inadvertently, documents can be forged, and other items of evidence can be tampered with or planted: P. Roberts and A. Zuckerman, *Criminal Evidence* (2004), at p. 466.

[1] Des systèmes juridiques fort éloignés dans le temps et l'espace reconnaissent depuis longtemps le danger, au pénal, de fonder une déclaration de culpabilité sur le témoignage d'un seul témoin ou sur une seule preuve. Cette préoccupation est au moins aussi ancienne que le Deutéronome*. Elle tient à la possibilité que des témoins mentent délibérément ou induisent en erreur par inadvertance, que des documents soient falsifiés ou que d'autres éléments de preuve soient altérés ou fabriqués : P. Roberts et A. Zuckerman, *Criminal Evidence* (2004), p. 466.

[2] The evidence of a single witness is nonetheless sufficient in Canada to support a conviction for any offence other than treason, perjury or procuring a feigned marriage. Many serious crimes might otherwise go unpunished. But where the guilt of the accused is made to rest exclusively or substantially on the testimony of a single witness of doubtful credit or veracity, the danger of a wrongful conviction is particularly acute.

[2] Au Canada, toutefois, la déposition d'un seul témoin suffit pour justifier une déclaration de culpabilité pour une infraction autre que la trahison, le parjure ou le fait d'aider à obtenir un mariage feint. Sinon, de nombreux crimes graves pourraient demeurer impunis. Mais lorsque la culpabilité de l'accusé repose exclusivement ou pour l'essentiel sur la déposition d'un seul témoin dont la crédibilité ou la véracité est douteuse, le danger d'une déclaration de culpabilité injustifiée est particulièrement élevé.

[3] It is therefore of the utmost importance, in a trial by judge and jury, for the jury to understand *when* and *why* it is unsafe to find an accused guilty on the unsupported evidence of witnesses

[3] Il est par conséquent de la plus haute importance, dans un procès devant juge et jury, que les jurés comprennent *quand* et *pourquoi* il est risqué de déclarer un accusé coupable sur la foi des

* See Deuteronomy 19:15 (“One witness shall not rise against a man concerning any iniquity or any sin that he commits; by the mouth of two or three witnesses the matter shall be established”). For the historical significance of Deuteronomy regarding the requirement of corroboration under both the common law and the civil law, see: E. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France* (1895), vol. 6, at p. 543; *Wigmore on Evidence*, vol. 7 (Chadbourn rev. 1978), at § 2032, subs. 1; and R. H. Helmholz, “Magna Carta and the *ius commune*” (1999), 66 *U. Chi. L. Rev.* 297, at pp. 337-40.

* Voir Deutéronome 19:15 (« Un seul témoin ne suffira pas contre un homme pour constater un crime ou un péché, quel qu'il soit; un fait ne pourra s'établir que sur la déposition de deux ou trois témoins »). Pour l'importance historique du Deutéronome quant à l'exigence de corroboration en common law et en droit civil, voir E. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France* (1895), t. 6, p. 543; *Wigmore on Evidence*, vol. 7 (Chadbourn rév. 1978), § 2032, par. 1, et R. H. Helmholz, « Magna Carta and the *ius commune* » (1999), 66 *U. Chi. L. Rev.* 297, p. 337-340.

who are “unsavoury”, “untrustworthy”, “unreliable”, or “tainted”. For present purposes, I use these terms interchangeably. And I mean to include all witnesses who, because of their amoral character, criminal lifestyle, past dishonesty or interest in the outcome of the trial, cannot be trusted to tell the truth — even when they have expressly undertaken by oath or affirmation to do so.

[4] I hasten to add that a specific instruction is sometimes required in this regard not because jurors are thought to be unintelligent, but rather because they might otherwise be uninformed. It is meant to bring home to lay jurors the accumulated wisdom of the law’s experience with unsavoury witnesses. Judges are alert to the concern that unsavoury witnesses are prone to favour personal advantage over public duty. And we know from recent experience that unsavoury witnesses, especially but not only “jailhouse informants”, can be convincing liars and can effectively conceal their true motives for testifying as they have: see *R. v. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321 (Ont. C.A.), at para. 76.

[5] Without a cautionary instruction, however, jurors may appreciate neither the need nor the reasons for skepticism and particular scrutiny in dealing with witnesses of this sort. Essentially for that reason, trial judges may — and in some cases *must* — include in their charges “a clear and sharp warning to attract the attention of the juror[s] to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness” (*Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, at p. 831).

[6] In *Vetrovec*, the Court held that no particular category of witness requires this warning. And the Court held as well that the caution, where it is found to be necessary or appropriate, need not be framed in technical or formulaic language. Nor must the judge include in the caution any legal definition of “corroboration” in explaining to the jury the type

dépositions non étayées de témoins « douteux », « indignes de foi », « non fiables » ou « tarés ». Pour les besoins de l’espèce, j’utilise ces termes de façon interchangeable. Ainsi, mes propos visent tous les témoins qui, en raison de leur amoralité, de leur mode de vie criminel, de leur malhonnêteté par le passé ou de l’intérêt qu’ils ont dans l’issue du procès, ne peuvent être présumés dire la vérité — même s’ils se sont engagés par serment ou affirmation à le faire.

[4] Je m’empresse d’ajouter qu’une directive précise s’impose parfois à cet égard, non pas parce qu’on doute de l’intelligence des jurés, mais plutôt parce qu’autrement ils pourraient être mal informés. L’exposé vise à transmettre aux jurés profanes la sagesse acquise grâce à l’expérience judiciaire relative aux témoins douteux. Les juges sont conscients que ces témoins sont enclins à faire passer leur intérêt personnel avant leur devoir public. Et l’expérience récente nous enseigne que les témoins douteux, surtout mais pas uniquement les [TRADUCTION] « dénonciateurs sous garde », peuvent être des menteurs convaincants et arrivent très bien à dissimuler les véritables raisons les ayant incités à témoigner comme ils l’ont fait : voir *R. c. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321 (C.A. Ont.), par. 76.

[5] Or, sans la mise en garde, les jurés ne seront peut-être pas en mesure d’apprécier la nécessité ou les raisons d’un certain scepticisme et d’un examen particulièrement rigoureux quand il s’agit des dépositions de tels témoins. C’est essentiellement pour cette raison que le juge du procès peut — et dans certains cas *doit* — inclure dans ses directives « une mise en garde claire et précise pour attirer l’attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d’un témoin sans plus de précautions » (*Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, p. 831).

[6] Dans *Vetrovec*, la Cour a statué qu’il n’existe pas de catégorie spéciale de témoins pour lesquels il faut faire cette mise en garde. Elle a aussi conclu que, dans les cas où la mise en garde est jugée nécessaire ou appropriée, il n’est pas besoin de la libeller dans un langage formaliste ou selon une formule toute faite. Le juge n’a pas non plus à

of evidence that is capable of supporting the testimony of the tainted witness.

[7] *Vetrovec* thus stripped the traditional cautionary instruction of its archaic and technical content and packaging. But it was not intended to deprive an accused of the protection that the warning has historically been meant to provide. As Major J. (dissenting on other grounds) explained in *R. v. Brooks*, 2000 SCC 11, [2000] 1 S.C.R. 237, at para. 69, once a *Vetrovec* caution had been given, “the jury could view that evidence with more ease but not less scepticism than previously required”.

[8] Again in *Brooks*, Justice Binnie explained:

The jurors will not likely have the benefit of this “experience” unless it is imparted to them by the trial judge in the “clear and sharp warning” contemplated by *Vetrovec*. While some passages in Dickson J.’s reasons can be argued to focus on the assessment of the credibility of a particular witness made by the trial judge, he also emphasized that the credibility of a particular witness is for the jury not the trial judge to assess. The trial judge’s role is to provide the proper framework within which that credibility can be evaluated, and in that regard problems historically associated with particular types of evidence should not be overlooked. [para. 130]

[9] I shall have more to say later about a “proper framework” for a *Vetrovec* caution, but I turn first to the factual foundation, judicial history and specific issues on this appeal.

[10] At issue on these appeals, and in the companion cases of *R. v. Smith* and *R. v. James*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146, is the adequacy of the *Vetrovec* warnings given at trial. In addressing that issue, attention must be paid to the rationale upon which this type of instruction is based.

[11] The central purpose of a *Vetrovec* warning is to alert the jury to the danger of relying on the

y inclure une définition juridique de « corroboration » lorsqu’il explique au jury le type de preuve pouvant étayer la déposition d’un témoin taré.

[7] *Vetrovec* a donc, sur le plan du contenu et de la forme, modernisé la mise en garde traditionnelle et l’a libérée de son formalisme. Mais l’intention n’était pas de priver l’accusé de la protection que la mise en garde est depuis toujours censée offrir. Comme le juge Major (dissident sur d’autres points) l’a expliqué dans *R. c. Brooks*, 2000 CSC 11, [2000] 1 R.C.S. 237, par. 69, une fois la mise en garde de type *Vetrovec* effectuée, « le jury [peut] examiner cet élément de preuve plus facilement, mais avec autant de scepticisme qu’auparavant ».

[8] Toujours dans *Brooks*, le juge Binnie explique :

Les jurés ne bénéficieront vraisemblablement de cette « expérience » que si elle leur est transmise par le juge du procès dans la « mise en garde claire et précise » envisagée par l’arrêt *Vetrovec*. Bien que l’on puisse prétendre que certains passages de ses motifs portent sur l’appréciation par le juge du procès de la crédibilité d’un témoin particulier, le juge Dickson a également souligné qu’il appartient au jury et non pas au juge du procès d’apprécier la crédibilité d’un témoin donné. Le rôle du juge du procès consiste à établir le cadre approprié à l’intérieur duquel cette crédibilité peut être appréciée et, à cet égard, il n’y a pas lieu de passer sous silence les problèmes que certains types de témoignage ont posés dans le passé. [par. 130]

[9] Je reviendrai plus tard sur le « cadre approprié » d’une mise en garde de type *Vetrovec*, mais je vais d’abord traiter des faits et de l’historique judiciaire des présents pourvois ainsi que des questions précises qu’ils soulèvent.

[10] En l’espèce et dans les pourvois connexes *R. c. Smith* et *R. c. James*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146, la Cour est appelée à statuer sur la question du caractère adéquat des mises en garde de type *Vetrovec* effectuées au procès. Pour trancher cette question, il faut s’attacher à la raison d’être de ce type de directive.

[11] L’objectif central d’une mise en garde de type *Vetrovec* est de sensibiliser le jury au danger de

unsupported evidence of unsavoury witnesses and to explain the reasons for special scrutiny of their testimony. In appropriate cases, the trial judge should also draw the attention of the jurors to evidence capable of confirming or supporting the material parts of the otherwise untrustworthy evidence.

[12] Since the decision of this Court in *Vetrovec*, the very real dangers of relying in criminal prosecutions on the unsupported evidence of unsavoury witnesses, particularly “jailhouse informers”, has been highlighted more than once by commissions of inquiry into wrongful convictions (see, for example, *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998) and *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow* (2001)). The danger of a miscarriage of justice is to be borne in mind in crafting and in evaluating the adequacy of a caution.

[13] The crafting of a caution appropriate to the circumstances of the case is best left to the judge who has conducted the trial. No particular set of words is mandatory. In evaluating its adequacy, appellate courts will focus on the content of the instruction and not on its form. Intervention on appeal will not be warranted unless a cautionary instruction should have been given but was not, or the cautionary instruction that was given failed to serve its intended purpose.

[14] No single formula can be expected to produce an appropriate instruction for every foreseeable — let alone *unforeseeable* — situation at trial. That is why we vest in trial judges the discretion they must have in fashioning cautionary instructions responsive to the circumstances of the case. Trial judges nonetheless seek, and are entitled to expect, guidance from this Court as to the general characteristics of a sufficient warning. I shall later outline in broad brushstrokes a proposed template which, while not at all mandatory, will in my view be of assistance to trial judges without unduly fettering their discretion, and will reduce the number of appeals attributable to the present uncertainty regarding the governing principles.

s’appuyer sur la déposition non étayée d’un témoin douteux et d’expliquer pourquoi elle doit être examinée de façon particulièrement rigoureuse. Dans certains cas, le juge du procès devrait également attirer l’attention des jurés sur la preuve pouvant confirmer ou étayer les éléments essentiels d’un témoignage autrement indigne de foi.

[12] Depuis que la Cour a rendu l’arrêt *Vetrovec*, des commissions d’enquête sur des déclarations de culpabilité injustifiées ont à plus d’une reprise souligné les dangers très réels de se fier, dans les poursuites pénales, aux dépositions non étayées de témoins douteux, surtout celles des « dénonciateurs sous garde » (voir, par exemple, *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (1998) et *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow* (2001)). Dans l’élaboration d’une mise en garde ou l’évaluation de son caractère adéquat, il faut garder présent à l’esprit le danger d’une erreur judiciaire.

[13] Il est préférable de laisser au juge du procès le soin d’élaborer une mise en garde adaptée aux faits de l’espèce. Il n’est pas obligatoire d’employer une formule particulière. Pour évaluer le caractère adéquat de la mise en garde, les tribunaux d’appel s’attacheront au contenu de la directive et non à sa forme. L’intervention en appel ne sera justifiée que si le juge du procès n’a pas adressé la mise en garde qui s’imposait ou si la mise en garde effectuée n’a pas atteint l’objectif visé.

[14] Il n’existe pas de formule unique qui puisse produire une mise en garde appropriée pour toutes les circonstances prévisibles — et encore moins toutes les circonstances *imprévisibles* — d’un procès. C’est pourquoi les juges de première instance sont investis du pouvoir discrétionnaire dont ils ont besoin pour façonner des mises en garde adaptées aux faits de l’espèce. Ils cherchent et sont en droit de s’attendre à obtenir des précisions de la Cour quant aux caractéristiques générales d’une mise en garde suffisante. Je brosserai dans les grandes lignes une mise en garde type qui, selon moi, sans être obligatoire, sera utile aux juges de première instance sans entraver leur pouvoir discrétionnaire et réduira le nombre des appels attribuables à l’incertitude qui règne au sujet des principes applicables.

[15] Read as a whole, and in the context of the trial, the charge to the jury in this case was adequate. Any shortcomings in the *Vetrovec* caution itself were compensated for in the remainder of the charge. I am satisfied that the jury would have understood that it could not convict the appellants on the basis of the evidence of the impugned witnesses unless they found elsewhere in the charge sufficient comfort that those witnesses were telling the truth.

[16] Accordingly, I would dismiss the appeals.

II

[17] The appellants were convicted by a jury of first degree murder in the shooting death of Gurjinder Singh Sidhu (Gary Sidhu) outside his home shortly after midnight on April 1, 2002. They were tried jointly with Trevor Meir, who was also convicted of first degree murder. John Bride was tried separately and convicted of the same offence.

[18] The Crown alleged that Meir and Bride were the shooters and that the appellant, Khela, had paid them to murder Sidhu. Sahota, the other appellant, was alleged to have assisted Khela in organizing and coordinating Sidhu's demise. The motive for the killing was unclear but there was some evidence that suggested a blood feud was in progress. The victim was wearing a bulletproof vest when he was killed.

[19] The case against Khela rested primarily on the testimony of two unsavoury witnesses, Tomas Sandoval and Steven Stein. Sandoval and Stein had lengthy criminal records and, along with Bride, were members of a prison-based gang. They testified that Khela hired Bride and then Meir to kill someone. Several women associated with Sandoval and Stein gave evidence that in late March 2002, Khela brought a duffle bag containing two-way radios, firearms, ammunition, silencers, bulletproof vests and balaclavas to one of their residences.

[15] Dans les présents pourvois, pris dans leur ensemble et dans le contexte du procès, l'exposé au jury était adéquat. Les autres parties de l'exposé compensaient les imperfections que pouvait comporter la mise en garde de type *Vetrovec* elle-même. Je suis convaincu que le jury a compris qu'il ne pouvait déclarer les appelants coupables sur la foi des dépositions des témoins dont la crédibilité est contestée, à moins d'être suffisamment conforté dans son opinion, par d'autres éléments, que ces témoins disaient la vérité.

[16] Je suis donc d'avis de rejeter les pourvois.

II

[17] Un jury a reconnu les appelants coupables de meurtre au premier degré après que Gurjinder Singh Sidhu (Gary Sidhu) eut été tué par balles à l'extérieur de sa maison peu après minuit, le 1^{er} avril 2002. Ils ont subi leur procès conjointement avec Trevor Meir, également déclaré coupable de meurtre au premier degré. John Bride a été jugé séparément et reconnu coupable du même crime.

[18] Le ministère public a allégué que MM. Meir et Bride ont tiré les coups de feu et qu'ils avaient été payés par l'appellant, M. Khela, pour tuer M. Sidhu. M. Sahota, l'autre appellant, aurait aidé M. Khela à organiser et coordonner le meurtre. Le mobile du meurtre demeure obscur, mais selon certaines preuves une vendetta était en cours. La victime portait une veste pare-balles lorsqu'il a été tué.

[19] La preuve contre M. Khela reposait principalement sur les dépositions de deux témoins douteux, Tomas Sandoval et Steven Stein, qui avaient de lourds antécédents judiciaires et qui, comme M. Bride, faisaient partie d'un gang carcéral. Ils ont témoigné que M. Khela avait retenu les services de M. Bride et, par la suite, ceux de M. Meir pour tuer quelqu'un. Plusieurs femmes associées à MM. Sandoval et Stein ont témoigné qu'à la fin de mars 2002 M. Khela avait apporté chez l'une d'elles un sac marin contenant des radios avec émetteur-récepteur, des armes à feu, des munitions, des silencieux, des vestes pare-balles et des passe-montagnes.

[20] Paula Wojciechowski, Sahota's girlfriend at the time of the shooting, also testified against Khela. She said that Sahota retrieved a bulletproof vest and shoulder holster from her home that he had hidden there the day before. She also testified that Khela phoned her in December 2002 and offered her \$10,000 for a place to live if she gave a statement to his lawyer. Other evidence, including cell phone and car rental records, bolstered the Crown's case against Khela.

[21] The case against Sahota rested mainly on the evidence of Wojciechowski. She testified that on March 31, 2002, Sahota and Bride took her to a motel in Surrey where Sahota asked her to carry a heavy bag containing metal objects into the room. She identified a bag found at the murder scene as resembling the bag she saw that day. Wojciechowski also testified that Sahota, Meir and Bride came to her home early on the morning of April 1. She saw Sahota trying to hide a bulletproof vest, shoulder holster and ammunition under her bed. When Meir and Bride left, Sahota said he had paid them for the job. Later that evening he burned the clothes Meir and Bride had been wearing. The witness testified that several days after the murder, Sahota went to India. When she asked him if he was involved in the murder, he told her that he was only the driver and became involved because he needed the money.

[22] Both appellants testified at the trial. Khela said he was not involved in the murder. His position was that Sandoval and his gang committed the crime and fabricated the story to blame him. Sahota testified that he thought Meir and Bride were robbing a marijuana grow operation, not committing a contract killing. He admitted to giving Meir a cell phone and helping them in other ways, more or less as described by Wojciechowski.

[20] Paula Wojciechowski, la petite amie de M. Sahota à l'époque du meurtre, a également témoigné contre M. Khela. Elle a dit que M. Sahota était venu prendre une veste pare-balle et un étui d'épaule qu'il avait cachés chez elle la veille. Elle a aussi déclaré que M. Khela l'avait appelée en décembre 2002 pour lui offrir la somme de 10 000 \$ pour son logement, à condition qu'elle fasse une déclaration à son avocat. D'autres éléments de preuve, dont des relevés de téléphone cellulaire et un contrat de location de voiture, ont renforcé la thèse du ministère public concernant l'implication de M. Khela.

[21] La preuve présentée contre M. Sahota reposait principalement sur le témoignage de M^{me} Wojciechowski, selon lequel le 31 mars 2002 MM. Sahota et Bride l'ont amenée à un motel à Surrey où M. Sahota lui a demandé d'apporter dans la chambre un lourd sac contenant des objets de métal. Elle a indiqué qu'un sac trouvé sur les lieux du crime ressemblait à celui qu'elle avait vu cette journée-là. Elle a en outre déclaré que le 1^{er} avril MM. Sahota, Meir et Bride étaient venus chez elle tôt le matin. Elle a vu M. Sahota en train d'essayer de cacher une veste pare-balle, un étui d'épaule et des munitions sous son lit. Après le départ de MM. Meir et Bride, M. Sahota lui a dit qu'il les avait payés pour qu'ils fassent le travail. Plus tard dans la soirée, il a brûlé les vêtements que MM. Meir et Bride avaient portés. Le témoin a ajouté que, plusieurs jours après le meurtre, M. Sahota était allé en Inde. Lorsqu'elle lui a demandé s'il était impliqué dans le meurtre, il lui a répondu qu'il n'était que le chauffeur et que c'était parce qu'il avait besoin d'argent qu'il avait participé au crime.

[22] Les deux appelants ont témoigné au procès. M. Khela a dit ne pas avoir participé au meurtre. D'après son témoignage, M. Sandoval et son gang ont commis le crime et inventé l'histoire pour rejeter la responsabilité sur lui. M. Sahota, quant à lui, a déclaré qu'il pensait que MM. Meir et Bride commettaient un vol dans une culture de marijuana et non un meurtre commandé. Il a admis avoir remis un téléphone cellulaire à M. Meir et avoir aidé les deux appelants d'autres façons, plus ou moins comme l'a raconté M^{me} Wojciechowski.

[23] Sandoval and Stein were the subject of a *Vetrovec* warning. Their female associates and Sahota's then girlfriend, Wojciechowski, were not. In relation to Sandoval's and Stein's evidence, the trial judge instructed the jury as follows:

To this point in my summary of the evidence I have been dealing with witnesses whose credibility generally was not challenged. Some defence counsel took issue with the ability of some of these witnesses to accurately recall events and suggested that some of their trial recollections were inaccurate or unreliable. I believe I have noted those areas and leave it to you to decide the weight you wish to give that evidence. However, now I am moving to a series of witnesses whose entire testimony is in issue.

Defence says that these witness[es] are liars whose testimony cannot be believed, either because they themselves are likely suspects in the murder, or they are so closely associated with the "likely suspects" so as to render their testimony completely unreliable.

Unsavoury Witness

In respect to two of the Crown's witnesses I am going to give you a special instruction.

This instruction relates only to Mr. Sandoval and Mr. Stein. Given their admitted lifestyles and criminal background, common sense tells you that there is good reason to look at their evidence with the greatest care and caution. You should look for some confirmation of their evidence from somebody or something other than what they have to say before relying upon it in deciding whether Crown has proved its case against any accused beyond a reasonable doubt. To put it another way, it is dangerous to convict on the evidence of Sandoval or Stein unless it is confirmed or supported by other evidence.

You may find that there is some other evidence in this case that confirms or supports some parts of either Sandoval or Stein's evidence. It is for you to say whether this, or any evidence, confirms or supports their testimony and how that affects whether or how much of it you believe or rely upon in deciding this case. In this respect you should look at the evidence of the girlfriends and female associates, remembering of course the defence have labelled them as liars. Of course, you must look at all the other evidence as well

[23] MM. Sandoval et Stein ont fait l'objet d'une mise en garde de type *Vetrovec*, ce qui n'était pas le cas de leurs associées et de la petite amie de M. Sahota, M^{me} Wojciechowski. Voici l'exposé au jury concernant les témoignages de MM. Sandoval et Stein :

[TRADUCTION] Jusqu'à présent, mon résumé de la preuve portait sur les dépositions des témoins dont la crédibilité générale n'a pas été contestée. Des avocats de la défense ont mis en doute la capacité de certains d'entre eux de se souvenir avec exactitude des événements et ont avancé que certaines de leurs déclarations au procès n'étaient pas exactes ou fiables. Je crois les avoir notées et je vous laisse le soin de décider de l'importance à accorder à cette preuve. Maintenant, il est toutefois question des témoins dont l'ensemble de la déposition a été contestée.

Selon la défense, ces témoins sont des menteurs et on ne peut croire leurs témoignages, soit parce qu'ils sont eux-mêmes des suspects probables dans le meurtre, soit parce qu'en raison des liens étroits qu'ils ont avec les « suspects probables » leurs témoignages sont complètement indignes de foi.

Témoins douteux

Je vais vous donner des directives spéciales au sujet de deux témoins du ministère public.

Les directives qui suivent concernent uniquement MM. Sandoval et Stein. Vu leur style de vie et leurs antécédents criminels, qu'ils reconnaissent, il tombe sous le sens qu'il existe de bonnes raisons d'examiner leurs témoignages avec le plus grand soin et une extrême prudence. Vous devez chercher d'autres témoignages ou éléments de preuve qui confirment en totalité ou en partie leurs déclarations, avant de décider sur la foi de leurs dépositions si le ministère public a démontré hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'un ou l'autre des accusés. Autrement dit, il est dangereux de prononcer une condamnation sur la foi du témoignage de M. Sandoval ou de M. Stein, à moins qu'il ne soit confirmé ou étayé par d'autres éléments de preuve.

Vous conclurez peut-être qu'il existe en l'espèce d'autres preuves qui confirment ou étayaient certaines parties du témoignage de M. Sandoval ou de M. Stein. Il vous appartient de dire si ces preuves, ou tout autre élément, confirment ou étayaient leurs témoignages et dans quelle mesure vous ajoutez foi à leurs témoignages ou vous vous y fondez pour décider de la culpabilité ou de l'innocence des accusés. À cet égard, vous devez examiner les témoignages des petites amies et des associées, en n'oubliant pas naturellement que la défense les a

that might bear upon this aspect, including the admissions, the intercepts, the expert Mr. Hall [firearms], the testimony of the Sidhu [victim's] family, and the exhibits. [Appellant's Record, No. 31933, at pp. 1760-61]

[24] The appellants argue that the trial judge's warning about the evidence of Stein and Sandoval was insufficient because it failed to instruct the jury that to be confirmatory, evidence supporting Stein and Sandoval's testimony must be independent and material. Given the central place of this evidence in the case against them, the appellants submitted that the alleged error caused them serious prejudice.

[25] The British Columbia Court of Appeal dismissed their appeals (2007 BCCA 50, 217 C.C.C. (3d) 498). It found that in the context of the trial as a whole, the warning "conveyed the appropriate degree of caution required by the circumstances" (para. 28). Following the approach of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199, Donald J.A. held that where the issue on appeal is the adequacy of the caution, an appellate court should determine whether the warning served the purpose for which it was intended — it should not test the caution against "some pre-formulated format or prescribed terminology". (*Zebedee*, at para. 83).

[26] The Court of Appeal found that the charge in this case sufficiently explained to the jury the concepts of materiality and independence, without using those terms. By pointing the jury to areas of evidence that could potentially support the testimony of Sandoval and Stein, the trial judge made it unlikely that the jury would look for confirmation in immaterial or irrelevant evidence. The Court of Appeal noted the trial judge's reference in the *Vetrovec* warning to the defence theory that the female associates were liars. It found that this reference adequately alerted the jury to the risk of collusion and the need for independence.

qualifiées de menteuses. Bien sûr, vous devez également examiner tous les autres éléments de preuve susceptibles d'avoir une incidence sur cet aspect, dont les admissions, les interceptions, la déposition du témoin expert, M. Hall [armes à feu], le témoignage de la famille Sidhu [famille de la victime] et les pièces. [d.a., n° 31933, p. 1760-1761]

[24] Les appelants soutiennent que la mise en garde du juge du procès concernant les témoignages de MM. Stein et de Sandoval était insuffisante parce qu'elle ne précisait pas au jury que, pour être confirmative, la preuve à l'appui des témoignages devait être une preuve indépendante et substantielle. Vu le rôle central de ces témoignages dans la preuve présentée contre eux, les appelants ont fait valoir que cette erreur leur a causé un grave préjudice.

[25] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté les appels (2007 BCCA 50, 217 C.C.C. (3d) 498). Elle a conclu que, dans le contexte de l'ensemble du procès, la mise en garde [TRADUCTION] « invitait à la prudence nécessaire dans les circonstances » (par. 28). Suivant l'approche prônée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199, le juge Donald a statué que, lorsque la question en litige porte sur le caractère adéquat de la mise en garde, la cour d'appel doit déterminer si la mise en garde a atteint l'objectif recherché — elle ne devrait pas juger de sa validité en fonction [TRADUCTION] « d'un énoncé préformulé ou d'un libellé prescrit » (*Zebedee*, par. 83).

[26] La Cour d'appel a conclu qu'en l'espèce l'exposé, sans employer les termes en question, fournissait au jury des explications suffisantes quant aux notions de preuve substantielle et de preuve indépendante. En indiquant aux jurés quels éléments de la preuve pouvaient étayer les témoignages de MM. Sandoval et Stein, le juge du procès a fait en sorte qu'il était peu probable que le jury tienne compte d'éléments non substantiels ou non pertinents dans sa recherche d'une preuve confirmative. La Cour d'appel a fait remarquer que, dans sa mise en garde de type *Vetrovec*, le juge du procès avait mentionné la thèse de la défense selon laquelle les associées mentaient. Elle a estimé que, ce faisant, le juge du procès avait adéquatement attiré l'attention du jury sur le risque de collusion et la nécessité d'une preuve indépendante.

III

[27] At issue before this Court is the amount of deference that trial judges must be shown in crafting the form and content of *Vetrovec* warnings. Counsel for the appellant Khela submits that trial judges are entitled to little discretion and urges the Court to instead adopt a mandatory formula. He contends that once a trial judge has exercised his or her discretion to give the caution, its content must necessarily include certain elements. Counsel for Sahota does not advocate the creation of a model charge but argues that in the context of this case, the trial judge's failure to instruct the jury on the issue of collusion and on the materiality requirement of confirmatory evidence was fatal.

[28] The Crown, on the other hand, submits that a jury's ability to evaluate the credibility of witnesses need not be "micro-managed" by complex, mandated instructions. Appellate courts, says the Crown, should adopt a "functional approach" whereby they only intervene when reviewing *Vetrovec* cautions if the warning has failed to serve its intended purpose to alert the jury to the danger of accepting, without more, the evidence of unsavoury witnesses.

[29] In my view, the appropriate approach to evaluating a *Vetrovec* caution lies somewhere between these opposing positions and requires us to "entrust trial judges with the flexibility of tailoring their directions to the facts of particular cases within a principled framework of appellate guidance" (Roberts and Zuckerman, at pp. 486-87).

[30] The four cases heard together on the sufficiency of *Vetrovec* warnings demonstrate the desirability of articulating a "principled framework" of this sort. But they demonstrate as well the danger

III

[27] En l'espèce, la Cour doit déterminer dans quelle mesure il faut faire preuve de déférence à l'égard des juges de première instance en ce qui concerne la forme et le contenu des mises en garde de type *Vetrovec*. L'avocat de l'appellant Khela soutient que les juges de première instance ont un pouvoir discrétionnaire limité et il invite la Cour à adopter plutôt une formule obligatoire. Il soutient qu'une fois que le juge du procès a choisi dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de faire une mise en garde, certains éléments doivent nécessairement y figurer. L'avocat de M. Sahota ne prône pas la création d'un exposé type, mais il affirme que, dans le contexte de l'espèce, le fait que le juge du procès n'ait pas donné aux jurés de directives sur la question de la collusion et la nécessité qu'une preuve confirmative soit substantielle est fatal.

[28] Le ministère public, pour sa part, fait valoir qu'il ne faut pas, par des directives complexes à caractère obligatoire, « microgérer » la capacité des jurés d'évaluer la crédibilité des témoins. Selon lui, les tribunaux d'appel ayant à examiner une mise en garde de type *Vetrovec* devraient adopter une « approche fonctionnelle » selon laquelle ils n'interviendraient que dans les cas où la mise en garde n'a pas atteint l'objectif recherché, à savoir éveiller l'attention du jury sur le danger d'accepter, sans autre élément de preuve, les dépositions de témoins douteux.

[29] À mon avis, la méthode qu'il convient d'adopter pour évaluer une mise en garde de type *Vetrovec* se situe quelque part entre ces deux points de vue opposés et nous oblige à [TRADUCTION] « accorder aux juges de première instance la souplesse dont ils ont besoin pour élaborer leurs directives en fonction des circonstances et selon un cadre d'analyse raisonnée qui soit fondé sur les principes établis par les tribunaux d'appel » (Roberts et Zuckerman, p. 486-487).

[30] Les quatre affaires entendues en même temps sur la question de la suffisance des mises en garde de type *Vetrovec* montrent qu'il est souhaitable d'élaborer un tel « cadre d'analyse raisonnée ».

and ultimate futility of attempting to impose a uniform and preordained instruction for all cases, without regard to the varying circumstances of the trial. This should not prevent us, however, from reaffirming the foundational principles that should inform the content of a *Vetrovec* warning.

IV

[31] This Court, in *Vetrovec*, changed the law in relation to unsavoury witness warnings in two important ways. First, the Court held that trial judges, rather than attempting to “pigeonhole” witnesses as an “accomplices”, ought instead to consider all of the factors that might impair their credibility and decide on that basis whether a special instruction is necessary. Second, the Court relieved triers of fact from applying the technical definition of corroboration and directed them instead simply to determine whether the “evidence properly weighed overcame its suspicious roots” (*Brooks*, at para. 69). Dickson J. held that there was no magic in the word corroboration, “or indeed in any other comparable expression such as confirmation and support” (*Vetrovec*, at p. 831).

[32] Dickson J. adopted this “common sense” approach having found the law of corroboration “unduly and unnecessarily complex and technical” (p. 830). This approach, while unburdening judges and juries of the technical requirements of corroboration, was not meant to imply that any and all evidence is capable of confirming the testimony of a potentially untrustworthy witness. As Major J. noted in *Brooks*,

[t]his new approach, while a change, was not intended to prejudice the accused. It would not lessen the protection afforded the accused when faced with unsavoury witnesses. Equally, it was intended that the jury could view that evidence with more ease but not less scepticism than previously required. [para. 69]

Mais elles montrent également le danger et, en fin de compte, la futilité de tenter d'imposer, dans tous les cas, des directives uniformes et prédéterminées, sans tenir compte des circonstances variables de chaque espèce. Cela ne devrait toutefois pas nous empêcher de réaffirmer les principes fondamentaux qui devraient servir à définir le contenu d'une mise en garde de type *Vetrovec*.

IV

[31] Dans *Vetrovec*, la Cour a modifié, de deux façons importantes, le droit régissant les mises en garde concernant les témoins douteux. Premièrement, elle a statué que les juges de première instance, au lieu de tenter de « classer » les témoins dans la catégorie des « complices », devraient plutôt examiner les facteurs susceptibles de miner leur crédibilité et, sur cette base, décider si une mise en garde spéciale s'impose. Deuxièmement, elle a dispensé les juges des faits de l'obligation d'appliquer la définition formaliste de corroboration et leur a plutôt indiqué de simplement déterminer si le « témoignage, évalué de façon appropriée, surmontait ses origines suspectes » (*Brooks*, par. 69). Le juge Dickson a statué que ni le mot corroboration « ni aucun autre terme semblable, tels les mots confirmation ou appui, n'est magique » (*Vetrovec*, p. 831).

[32] Le juge Dickson a adopté cette approche fondée sur le « bon sens » après avoir conclu que le droit relatif à la corroboration est « inutilement et indûment complexe et formaliste » (p. 830). Cette approche a pour effet de libérer les juges et les jurés des exigences formalistes en matière de corroboration, mais elle n'implique pas pour autant que n'importe quel type de preuve permet de confirmer la déposition d'un témoin qui pourrait être indigne de foi. Comme le juge Major l'a fait remarquer dans *Brooks* :

Même si elle constituait un changement, cette nouvelle approche ne visait pas à porter préjudice à l'accusé. Elle ne diminuerait pas la protection dont il bénéficiait lorsqu'il était confronté à des témoins douteux. On voulait également que le jury puisse examiner cet élément de preuve plus facilement, mais avec autant de scepticisme qu'auparavant. [para. 69]

[33] The relaxation of the corroboration rules in *Vetrovec* was not a signal that juries should be set “loose upon the evidence without any assisting analysis as to whether or not a prudent finder of fact can find confirmation somewhere in the mass of evidence” (*Vetrovec*, at p. 831). The trial judge retains the role of providing the jury with “the proper framework within which that credibility can be evaluated” (*Brooks*, at para. 130, *per* Binnie J.).

[34] Since *Vetrovec*, this Court and several appellate courts have provided guidance on the appropriate form and content of the “clear, sharp warning”. In *Brooks*, Justice Major wrote (at para. 94) that while no particular language is required, “[a]t a minimum”, the caution must

focus the jury’s attention specifically on the inherently unreliable evidence. It should refer to the characteristics of the witness that bring the credibility of his or her evidence into serious question. It should plainly emphasize the dangers inherent in convicting an accused on the basis of such evidence unless confirmed by independent evidence.

[35] Speaking for himself and Justices Iacobucci and Arbour, Major J. also cited with approval (at para. 79) this passage from a commentary by Marc Rosenberg (now Rosenberg J.A.) on *Vetrovec* and its progeny:

The judge should first in an objective way determine whether there is a reason to suspect the credibility of the witness according to the traditional means by which such determinations are made. This would include a review of the evidence to determine whether there are factors which have properly led the courts to be wary of accepting a witness’s evidence. Factors might include involvement in criminal activities, a motive to lie by reason of connection to the crime or to the authorities, unexplained delay in coming forward with the story, providing different accounts on other occasions, lies told under oath, and similar considerations. It is not then whether the trial judge personally finds the witness trustworthy but whether there are factors which experience teaches that the witness’s story be approached with caution. Second, the trial judge must assess the importance of the witness to the Crown’s case. If the witness plays a relatively minor role in the proof of guilt it is probably unnecessary to burden the jury with a special

[33] L’assouplissement des règles relatives à la corroboration dans *Vetrovec* ne signifiait pas qu’on laissait le jury « complètement à lui-même, quant à la preuve, sans l’aider à déterminer si un juge des faits prudent peut trouver confirmation quelque part dans l’ensemble des preuves » (*Vetrovec*, p. 831). Il appartient toujours au juge du procès de fournir au jury « le cadre approprié à l’intérieur duquel cette crédibilité peut être appréciée » (*Brooks*, par. 130, le juge Binnie).

[34] Depuis *Vetrovec*, la Cour et plusieurs autres tribunaux d’appel ont donné des précisions quant à la forme et au contenu d’une « mise en garde claire et précise ». Dans *Brooks*, le juge Major écrit que, bien qu’il n’existe aucun langage particulier à cet égard, la mise en garde doit « à tout le moins »

attirer l’attention du jury expressément sur la preuve intrinsèquement peu fiable. Elle devrait renvoyer aux traits du témoin qui soulèvent des doutes sérieux quant à la crédibilité de sa déposition. Elle devrait souligner clairement les dangers qu’il y a à déclarer un accusé coupable sur la foi d’un tel témoignage, à moins que ce témoignage ne soit confirmé par une preuve indépendante. [par. 94]

[35] En son nom et en celui des juges Iacobucci et Arbour, le juge Major a également cité en l’approuvant l’extrait suivant des commentaires de Marc Rosenberg (maintenant juge d’appel Rosenberg) concernant *Vetrovec* et les arrêts qui l’ont suivi :

[TRADUCTION] En premier lieu, le juge doit décider, de manière objective et en recourant aux moyens classiques de le faire, s’il y a une raison de douter de la crédibilité du témoin. Cela implique un examen de la preuve en vue de déterminer s’il y a des facteurs qui ont, à juste titre, amené les tribunaux à hésiter à accepter la déposition d’un témoin. Ces facteurs pourraient comprendre la participation à des activités criminelles, l’existence d’un motif de mentir en raison d’un lien avec le crime ou les autorités, le retard inexpliqué mis pour venir présenter sa version des faits, la présentation de versions différentes à d’autres occasions, les déclarations mensongères sous serment et d’autres considérations semblables. Il s’agit donc non pas de savoir si le juge du procès estime personnellement que le témoin est digne de foi, mais plutôt de savoir s’il existe des facteurs qui, d’après ce que l’expérience enseigne, exigent d’aborder avec circonspection le récit du témoin. En second lieu, le juge du procès doit évaluer l’importance que revêt le témoin pour la preuve

caution and then review the confirmatory evidence. However, the more important the witness the greater the duty on the judge to give the caution. At some point, as where the witness plays a central role in the proof of guilt, the warning is mandatory. This, in my view, flows from the duty imposed on the trial judge in criminal cases to review the evidence and relate the evidence to the issues.

(“Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules” (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421, at p. 463)

[36] Though he arrived at a different result, Binnie J. agreed in *Brooks* (at para. 130) that what matters, in determining the need for a clear and sharp warning, is not the judge’s personal opinion as to the trustworthiness of the witness, but whether there are factors which experience shows us as requiring “that the witness’s story be approached with caution”.

[37] In *Sauvé*, at para. 82, the Ontario Court of Appeal set out a principled framework that will assist trial judges in constructing *Vetrovec* warnings appropriate to the circumstances of each case. That proposed framework, which I adopt and amplify here, is composed of four main foundation elements: (1) drawing the attention of the jury to the testimonial evidence requiring special scrutiny; (2) explaining *why* this evidence is subject to special scrutiny; (3) cautioning the jury that it is dangerous to convict on unconfirmed evidence of this sort, though the jury is entitled to do so if satisfied that the evidence is true; and (4) that 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 (*R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328, at paras. 17-19).

[38] While this summary should not be applied in a rigid and formulaic fashion, it accurately captures

du ministère public. Si le témoin joue un rôle relativement mineur dans l’établissement de la culpabilité, il ne sera probablement pas nécessaire de faire une mise en garde particulière au jury et d’examiner ensuite la déposition corroborante. Cependant, plus le témoin est important, plus le juge du procès est tenu de faire la mise en garde. À un certain point, comme dans le cas où le témoin joue un rôle central dans l’établissement de la culpabilité, la mise en garde est obligatoire. Je suis d’avis que cela découle de l’obligation qui incombe au juge, dans un procès criminel, d’examiner les éléments de preuve et de les rattacher aux questions en litige. [par. 79]

(« Developments in the Law of Evidence : The 1992-93 Term — Applying the Rules » (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421, p. 463)

[36] Bien qu’il soit arrivé à une conclusion différente, le juge Binnie a convenu dans *Brooks*, par. 130, que ce qui importe pour déterminer si une mise en garde claire et précise s’impose, c’est non pas de savoir si le juge du procès estime personnellement que le témoin est digne de foi, mais plutôt de savoir s’il existe des facteurs qui, d’après ce que l’expérience enseigne, exigent « d’aborder avec circonspection le récit du témoin ».

[37] Dans *Sauvé*, par. 82, la Cour d’appel de l’Ontario a établi un cadre d’analyse raisonnée qui aidera les juges de première instance à construire des mises en garde de type *Vetrovec* qui soient adaptées aux circonstances de l’espèce. Le cadre proposé, que j’adopte et développe ici, comporte quatre éléments fondamentaux : (1) attirer l’attention du jury sur le témoignage qui nécessite un examen particulièrement rigoureux; (2) expliquer *pourquoi* ce témoignage doit être examiné de façon particulièrement rigoureuse; (3) prévenir le jury du danger de prononcer une condamnation sur la foi d’un témoignage non confirmé de ce genre, le jury étant toutefois en droit de le faire s’il est convaincu de la véracité du témoignage en cause; (4) 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 (*R. c. Kehler*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328, par. 17-19).

[38] Certes, il ne faut pas appliquer de manière rigide et comme s’il s’agissait d’une formule toute

the elements that should guide trial judges in crafting their instructions on potentially untrustworthy witnesses. The fourth component, of particular interest on this appeal, provides guidance on the kind of evidence that is capable of confirming the suspect testimony of an impugned witness.

[39] Common sense dictates that not all evidence presented at trial is capable of confirming the testimony of an impugned witness. The attribute of independence defines the kind of evidence that can provide comfort to the trier of fact that the witness is telling the truth. Where evidence is “tainted” by connection to the *Vetrovec* witness it can not serve to confirm his or her testimony (N. Harris, “*Vetrovec* Cautions and Confirmatory Evidence: A Necessarily Complex Relationship” (2005), 31 C.R. (6th) 216, at p. 225; *R. v. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53, at para. 61).

[40] Materiality is a more difficult concept. In *Vetrovec*, the Court did away with the requirement that corroborating evidence implicate the accused. As Dickson J. noted, such evidence is not the only type capable of convincing a jury that a witness is telling the truth. In *Kehler*, the Court confirmed that evidence, to be considered confirmatory, does not have to implicate the accused. We maintain that position here.

[41] Individual items of confirmatory evidence need not implicate the accused. As Dickson J. explained in *Vetrovec*:

The reason for requiring corroboration is that we believe the witness has good reason to lie. We therefore want some other piece of evidence which tends to convince us that he is telling the truth. Evidence which implicates the accused does indeed serve to accomplish that purpose but it cannot be said that this is the only sort of evidence which will accredit the accomplice. [p. 826]

faite la méthode d’analyse résumée ci-dessus, mais ce court exposé traduit exactement les éléments devant guider les juges de première instance dans l’élaboration de leurs directives concernant les témoins qui peuvent être indignes de foi. Le quatrième élément, qui revêt une importance particulière en l’espèce, donne des indications quant au type de preuve permettant de confirmer la déposition suspecte d’un témoin dont la crédibilité est contestée.

[39] Il va de soi que les éléments de preuve présentés au procès ne sont pas tous de nature à confirmer les déclarations d’un témoin dont la crédibilité est contestée. C’est le caractère indépendant de la preuve qui conforte le juge des faits dans son opinion que le témoin dit la vérité. La preuve « viciée » en raison d’un lien avec le témoin visé par *Vetrovec* ne peut servir à confirmer son témoignage (N. Harris, « *Vetrovec* Cautions and Confirmatory Evidence : A Necessarily Complex Relationship » (2005), 31 C.R. (6th) 216, p. 225; *R. c. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53, p. 61).

[40] Le caractère substantiel d’une preuve est un concept plus complexe. Dans *Vetrovec*, la Cour a supprimé l’exigence qu’une preuve corroborante implique l’accusé. Comme le juge Dickson l’a fait remarquer, d’autres types de preuve peuvent également convaincre un jury qu’un témoin dit la vérité. Dans *Kehler*, la Cour a confirmé qu’il n’est pas nécessaire qu’une preuve implique l’accusé pour être confirmative. La position de la Cour demeure inchangée à cet égard.

[41] Il n’est pas nécessaire que chacun des éléments de la preuve confirmative implique l’accusé. Comme le juge Dickson l’a expliqué dans *Vetrovec* :

On exige la corroboration parce qu’on croit que le témoin a de bons motifs de mentir. On cherche donc d’autres éléments de preuve qui tendent à nous convaincre qu’il dit la vérité. Des éléments de preuve qui impliquent l’accusé servent effectivement à atteindre ce but, mais on ne peut pas dire que ce soit le seul genre de preuve qui puisse accorder du crédit au complice. [p. 826]

[42] However, when looked at in the context of the case as a whole, the items of confirmatory evidence should give comfort to the jury that the witness can be trusted in his or her assertion that the accused is the person who committed the offence. Again in *Vetrovec*, Dickson J. thus noted, with respect to evidence capable of being confirmatory:

All of this incriminating evidence, when considered together, strongly strengthens the belief that Langvand was telling the truth regarding the participation of Vetrovec and Gaja. It rebuts any suggestion that he is falsely implicating innocent individuals. [Emphasis added; p. 833.]

[43] This passage was cited with approval in this Court's unanimous judgment in *Kehler*, where the Court concluded that confirmatory evidence must be capable of restoring the trier's faith in *relevant* aspects of the witness's account (para. 15). As a matter of logic, where the only issue in dispute is whether the accused committed the offence, the trier of fact must be comforted that the impugned witness is telling the truth *in that regard* before convicting on the strength of that witness's testimony.

V

[44] I agree with the Ontario Court of Appeal in *Sauvé* that a *Vetrovec* warning should address, in terms appropriate to the circumstances of each case, the four elements outlined above. Where the caution has these characteristics, an appellate court, in the absence of some other flaw in the instructions, will generally be expected to find the caution adequate. I emphasize, however, that failure to include any of the components in the terms outlined above may not prove fatal where, as in this case, the judge's charge read as a whole otherwise serves the purposes of a *Vetrovec* warning.

[45] As the Ontario Court of Appeal found in *Zebedee*, "*Vetrovec* was like a breath of fresh air.

[42] Toutefois, considérés dans une perspective d'ensemble, les éléments de la preuve confirmative devraient conforter le jury dans son opinion que les déclarations du témoin selon lesquelles l'accusé a commis l'infraction sont dignes de foi. Toujours dans *Vetrovec*, le juge Dickson a ainsi fait la remarque suivante au sujet de la preuve permettant de confirmer :

Toute cette preuve incriminante, prise dans son ensemble, renforce grandement la conviction que Langvand dit la vérité à propos de la participation de Vetrovec et de Gaja au complot. La preuve écarte tout doute que Langvand puisse impliquer faussement des innocents. [Je souligne; p. 833.]

[43] La Cour cite en l'approuvant ce passage dans l'arrêt unanime *Kehler*, où la Cour conclut qu'une preuve confirmative doit permettre de rétablir la confiance du juge des faits à l'égard des aspects *pertinents* du récit du témoin (par. 15). Logiquement, lorsque l'unique question en litige est de savoir si l'accusé a commis l'infraction, le juge des faits doit être conforté dans son opinion que le témoin, dont la crédibilité est contestée, dit la vérité *à cet égard*, avant de prononcer une déclaration de culpabilité sur la foi de la solidité de la déposition du témoin en question.

V

[44] Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Sauvé* selon laquelle une mise en garde de type *Vetrovec* devrait prendre en compte, de manière appropriée selon les circonstances de l'affaire, les quatre éléments exposés ci-dessus. Lorsque la mise en garde possède ces caractéristiques, un tribunal d'appel doit généralement conclure, si ailleurs l'exposé au jury ne présente pas de déficiences, que la mise en garde est adéquate. Je tiens à souligner toutefois que le fait de ne pas inclure ces éléments ne sera pas nécessairement fatal dans les cas où, comme en l'espèce, les directives du juge, prises dans leur ensemble, servent les fins d'une mise en garde de type *Vetrovec*.

[45] Comme l'a conclu la Cour d'appel de l'Ontario dans *Zebedee*, [TRADUCTION] « *Vetrovec* a eu

It put a premium on common sense and it recognized that juries were intelligent and they could be trusted to do the right thing. . . . Elaborate instruction, the Court said, was not needed” (para. 81). No benefit comes from a return to the overly rigid pre-*Vetrovec* era.

[46] That said, the absence or presence of confirmatory evidence plays a key role in determining whether it is safe to rely on the testimony of an impugned witness (Harris, at p. 222). Accordingly, the instruction to the jury must make clear the type of evidence capable of offering support. It is not sufficient to simply tell the jury to look for whatever it feels confirms the truth of a witness’s testimony (see *R. v. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333 (Ont. C.A.), at para. 34).

[47] It is not “overly formalistic” to ensure that triers of fact attain the appropriate level of comfort before convicting an accused on the basis of what has for centuries been considered unreliable evidence. A truly functional approach 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.

[48] Acknowledging this second function of the caution does not represent a departure from the Court’s judgment in *Vetrovec*. Dickson J. recognized that in some circumstances, particularly in lengthy trials, there is a “need for helpful direction on the question of sifting the evidence where guilt or innocence might, and probably will turn on the acceptance or rejection, belief or disbelief, of the evidence of one or more witnesses” (pp. 831-32).

l’effet d’un vent de fraîcheur. Cet arrêt privilégie le bon sens et reconnaît que les jurés sont intelligents et qu’on peut compter sur eux pour agir sagement. [. . .] Selon la Cour, il n’est pas nécessaire qu’un exposé soit détaillé » (par. 81). Il n’y a aucun avantage à revenir sur l’approche trop rigide prônée avant l’arrêt *Vetrovec*.

[46] Cela dit, l’absence ou la présence d’une preuve confirmative joue un rôle essentiel pour déterminer si on peut sans risque se fier à la déposition d’un témoin dont la crédibilité est contestée (Harris, p. 222). L’exposé au jury doit donc clairement indiquer quel type de preuve peut avoir valeur confirmative. Il ne suffit pas de simplement dire aux jurés de chercher ce qui à leurs yeux confirme la véracité d’un témoignage (voir *R. c. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333 (C.A. Ont.), par. 34).

[47] Il n’est pas « trop formaliste » de veiller à ce que les juges des faits soient suffisamment confortés dans leur opinion avant de condamner un accusé sur la foi de ce qui est considéré depuis des siècles comme une preuve non fiable. Une approche véritablement fonctionnelle 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.

[48] En reconnaissant ce deuxième objectif, on ne s’écarte pas de l’arrêt *Vetrovec*. Le juge Dickson reconnaît qu’il arrive parfois, surtout dans les très longs procès, « qu’il soit nécessaire d’aider le jury, par des directives, à passer la preuve au crible si la déclaration de culpabilité ou l’acquiescement peuvent dépendre et dépendront tout probablement de l’acceptation ou du rejet de la déposition d’un ou de plusieurs témoins ou encore du fait d’y ajouter foi ou de ne point la croire » (p. 831-832).

VI

[49] While the obligation to ensure that juries are properly instructed clearly falls to the trial judge, counsel should not abdicate their duty of assisting the court. As Bastarache J. recently explained in *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523:

... it is expected of counsel that they will assist the trial judge and identify what in their opinion is problematic with the judge's instructions to the jury. While not decisive, failure of counsel to object is a factor in appellate review. The failure to register a complaint about the aspect of the charge that later becomes the ground for the appeal may be indicative of the seriousness of the alleged violation. [para. 58]

In this light, I note without more that counsel did not object to the judge's charge in this case.

[50] Before leaving this subject, I think it important to reiterate that counsel have a responsibility in summing up for the jury to address the issue of unsavoury witnesses and the presence or absence of confirmatory evidence. The Crown should direct the jury's attention to evidence that tends to reinforce the credibility of the tainted witness; defence counsel, to avoid any apprehended misunderstanding in this regard, should identify for the jury's benefit evidence that cannot be considered confirmatory at all. In addition, it may be helpful to assist the trial judge in crafting an appropriate *Vetrovec* warning by way of a pre-charge conference.

VII

[51] With respect, I would not characterize the trial judge's *Vetrovec* caution as a model to be followed in other cases. In my view, however, it adequately conveyed to the jury the degree of special scrutiny to be applied in weighing the testimony of Sandoval and Stein.

[52] In the context of this case, where allegations of corroboration and collusion between the impugned witnesses and others were made, the

VI

[49] Certes, il incombe au juge du procès de veiller à ce que les jurés reçoivent des directives adéquates, mais les avocats ne devraient pas abdiquer leur responsabilité d'assister le tribunal. Comme le juge Bastarache l'a récemment expliqué dans *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523 :

... on attend des avocats qu'ils assistent le juge du procès, en relevant les aspects des directives au jury qu'ils estiment problématiques. Bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'omission d'un avocat de formuler une objection est prise en compte en appel. L'absence de plainte contre l'aspect de l'exposé invoqué plus tard comme moyen d'appel peut être significative quant à la gravité de l'irrégularité reprochée. [par. 58]

À cet égard, je constate, sans plus, qu'aucune objection n'a été formulée à l'encontre de l'exposé fait au jury en l'espèce.

[50] Avant de clore le sujet, j'estime important de rappeler que les avocats ont la responsabilité de traiter dans leur résumé à l'intention des jurés de la question des témoins douteux et de la présence ou de l'absence de preuve confirmative. Le ministère public devrait attirer l'attention du jury sur la preuve qui tend à renforcer la crédibilité du témoin taré; quant à l'avocat de la défense, il devrait, pour éviter tout malentendu appréhendé à cet égard, indiquer au jury les éléments de preuve qui n'ont aucune valeur confirmative. Il peut en outre être utile d'aider le juge du procès à formuler une mise en garde de type *Vetrovec* appropriée dans le cadre d'une conférence préalable à l'exposé.

VII

[51] Avec égards, je ne qualifierais pas de modèle à suivre dans d'autres affaires la mise en garde de type *Vetrovec* du juge du procès. Elle a toutefois, à mon avis, adéquatement renseigné le jury sur la nécessité de soumettre les témoignages de MM. Sandoval et Stein à un examen particulièrement rigoureux.

[52] Dans le contexte de l'espèce, où il y avait allégations de corroboration et de collusion entre les témoins dont la crédibilité était contestée et

trial judge's warning should have better explained the need for confirmatory evidence to be independent and relate to an important and relevant aspect of the impugned testimony. However, any deficiencies in the *Vetrovec* caution itself were compensated for in other portions of the charge. Read as a whole, and in the context of the trial, I am satisfied that the charge to the jury was adequate.

[53] The difficulty with the warning was not the absence of the words “independent” and “material”, but rather its failure to clearly convey to the jury the message that not all evidence is capable of providing a level of comfort or confidence required for conviction. The trial judge simply directed the jury to look for “some confirmation of their evidence from somebody or something other than what they have to say”.

[54] An instruction on independence was particularly important in this case because of the allegations by the defence of collusion between Stein, Sandoval and their female companions. The judge did remind the jury of the defence position that the girlfriends were “liars”. He ought to have explicitly told the jurors as well that if they doubted the credibility of the women, they should be wary about relying on their evidence as support for the testimony of Stein and Sandoval.

[55] As mentioned earlier, however, I am satisfied that the shortcomings in the *Vetrovec* warning itself were compensated for in other parts of the charge. The trial judge repeatedly alerted the jury to the possibility of collusion and the motive that Stein and Sandoval had to lie. For example, the trial judge, in reviewing the evidence of the impugned female witnesses, reminded the jury of the defence position that they had collaborated with Stein and Sandoval in concocting their stories. The trial judge also reminded the jury of Sandoval's admission that the police had, early in the investigation, “leaned

d'autres personnes, le juge du procès aurait dû, dans sa mise en garde, mieux expliquer la nécessité d'une preuve confirmative indépendante se rapportant à un aspect important et pertinent du témoignage suspect. Toutefois, les autres passages de l'exposé au jury compensaient les lacunes que pouvait comporter la mise en garde de type *Vetrovec* elle-même. Je suis convaincu que, pris dans son ensemble et dans le contexte du procès, l'exposé au jury était adéquat.

[53] La difficulté que posait la mise en garde tenait non pas à l'absence des termes « preuve indépendante » et « preuve substantielle », mais plutôt au fait qu'elle ne communiquait pas clairement aux jurés le message que les éléments de preuve ne sont pas tous de nature à permettre d'atteindre le degré de confort ou de confiance requis pour justifier une déclaration de culpabilité. Le juge du procès a simplement ordonné au jury de chercher [TRADUCTION] « d'autres témoignages ou éléments de preuve qui confirment en totalité ou en partie leurs déclarations ».

[54] En l'espèce, il était particulièrement important que les directives traitent du caractère indépendant de la preuve confirmative, car la défense a allégué qu'il y a eu collusion entre MM. Stein et Sandoval et leurs compagnes. Le juge a rappelé aux jurés que, selon la défense, ces dernières étaient des « menteuses ». Il aurait également dû leur dire de façon explicite qu'en cas de doute sur leur crédibilité, ils devaient se garder de s'appuyer sur leurs témoignages pour ajouter foi à ceux de MM. Stein et Sandoval.

[55] Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, je suis convaincu que les autres passages de l'exposé au jury compensaient les imperfections que pouvait comporter la mise en garde de type *Vetrovec* elle-même. Le juge du procès a, à maintes reprises, attiré l'attention du jury sur la possibilité qu'il y ait eu collusion et les raisons qu'avaient MM. Stein et Sandoval de mentir. Par exemple, lorsqu'il a récapitulé les témoignages des deux femmes dont la crédibilité était attaquée, le juge du procès a rappelé aux jurés que, selon la défense, elles avaient concocté leurs récits de concert avec MM. Stein

on him” and accused him of “‘masterminding’ the murder”. Accordingly, the judge told the jury that it had been suggested that Sandoval lied “to take the heat off himself and accuse Khela and company”.

[56] In reading the charge as a whole, I am persuaded the substance of a proper *Vetrovec* caution was communicated adequately, albeit imperfectly, to the jurors. They were told the danger of relying on the unsupported evidence of Stein and Sandoval and directed to the types of evidence in which they might find confirmation of that evidence. Accordingly, I would dismiss the appeal on this ground.

VIII

[57] The appellants raise a second and subsidiary ground of appeal. They argue that the trial judge erred in instructing the jury that it could only draw inferences from defence evidence based on proven facts, pointing to the following passage from the judge’s charge:

So as you can see you must be careful when dealing with circumstantial evidence because of the possibilities of error. Before basing a verdict of guilty on circumstantial evidence, you must be satisfied beyond a reasonable doubt that the guilt of the accused is the only reasonable inference to be drawn from the proven facts.

I go on at page 19 [of the written charge] and say I caution you that an inference is a much stronger kind of belief than conjecture or speculation.

If there are no proven facts from which an inference can be logically drawn, it is impossible to draw an inference. At best you would be speculating or guessing and that is not good enough. An accused must not be convicted on a guess, no matter how shrewd that guess may be. Now, that applies equally to the Crown and the defence in terms of the evidence that I will be referring to later. So remember that instruction particularly. [Appellant’s Record, No. 31933, at pp. 1728-29]

et Sandoval. Il leur a également rappelé que M. Sandoval avait admis qu’au début de l’enquête les policiers s’étaient [TRADUCTION] « penchés sur son cas » et l’avaient accusé d’avoir « “orchestré” le meurtre ». Le juge a en conséquence dit au jury qu’on avait laissé entendre que M. Sandoval avait menti [TRADUCTION] « pour se défilier et accuser M. Khela et les autres ».

[56] Après lecture de l’ensemble de l’exposé, je suis persuadé que les jurés ont reçu, pour l’essentiel, une mise en garde de type *Vetrovec* qui, sans être parfaite, était adéquate. Ils ont été informés du danger de s’appuyer sur les témoignages non étayés de MM. Stein et Sandoval et du genre de preuve susceptible de confirmer ces témoignages. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi sur ce point.

VIII

[57] Les appelants soulèvent de façon subsidiaire un second moyen d’appel. Ils soutiennent que le juge du procès a commis une erreur en informant le jury qu’il ne pouvait tirer des inférences qu’à partir de la preuve de la défense fondée sur des faits établis. À cet égard, ils signalent les passages suivants de l’exposé du juge :

[TRADUCTION] Ainsi, comme vous pouvez le constater, vous devez être prudents dans l’examen de la preuve circonstancielle en raison des possibilités d’erreur. Avant de vous fonder sur une telle preuve pour prononcer un verdict de culpabilité, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que la seule conclusion raisonnable à tirer des faits établis est la culpabilité de l’accusé.

Je poursuis à la page 19 [de l’exposé écrit] et je vous préviens qu’une inférence est une croyance beaucoup plus forte qu’une conjecture ou hypothèse.

En l’absence de faits établis permettant de tirer logiquement des inférences, il n’est pas possible de déduire des conclusions. Au mieux, vous feriez des conjectures ou des suppositions et cela ne suffit pas. Un accusé ne saurait être reconnu coupable sur la foi d’une supposition, si judicieuse soit-elle. Maintenant, mes propos s’appliquent tout autant au ministère public qu’à la défense en ce qui concerne les éléments de preuve dont je parlerai plus tard. Veuillez tout particulièrement garder à l’esprit cette directive. [d.a., n° 31933, p. 1728-1729]

In relation to the Crown's position on Meir's defence (that he went to the Sidhu residence thinking he was on a "grow rip" and did not know about the murder until the last moment), the judge told the jury:

The Crown suggests that you can easily discard that argument by looking at all of the evidence implicating Meir, and in this respect the Crown probably relies on my instruction about drawing an inference. You have to draw an inference on proven facts. You cannot draw it on speculation. [Appellant's Record, No. 31933, at p. 1735]

[58] In my view, the trial judge's instructions were incorrect to the extent they required the defence to "prove" certain facts in order for the jury to draw an inference of innocence from them.

[59] Nonetheless, in the context of the charge as a whole, the trial judge's comments in regard to circumstantial evidence and proven facts cannot reasonably be thought to have affected the verdict. Accordingly, I agree with the Court of Appeal that this is an appropriate case in which to apply the curative proviso pursuant to s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[60] The error was contained in two passages of the charge, neither of which was given to the jury in written form. The repetition of the inference instruction was made in the context of discussing Meir, not the appellants, and there was no objection made at trial by any of the three defence counsel.

[61] Moreover, the charge to the jury made clear that the accused were under no obligation to prove anything and that if the jury was left with a reasonable doubt as to their guilt by any of the evidence, it must acquit. In his instructions on reasonable doubt and the presumption of innocence, the trial judge instructed the jury that "[a]n accused does not have to prove that he is innocent. . . . An accused does not have to prove anything" (Appellant's Record, No. 31933, at p. 1721). The trial judge also gave an appropriate "*W. (D.)*" warning and told the jury

En ce qui concerne la position du ministère public quant à la défense que M. Meir a présentée (à savoir qu'il s'est rendu chez les Sidhu en pensant qu'il allait participer à un vol de « culture de marijuana » et que c'est seulement au dernier moment qu'il a su qu'il s'agissait d'un meurtre) :

[TRADUCTION] Le ministère public prétend que vous pouvez aisément écarter cet argument en examinant l'ensemble de la preuve impliquant M. Meir et à cet égard il s'appuie probablement sur les directives que je vous ai données au sujet des inférences qu'il est permis de tirer. Une inférence doit s'appuyer sur des faits établis. Vous ne pouvez tirer une inférence à partir d'une hypothèse. [d.a., n° 31933, p. 1735]

[58] L'exposé du juge du procès est selon moi incorrect dans la mesure où il exige que la défense « prouve » certains faits si le jury doit inférer de ceux-ci l'innocence.

[59] Toutefois, d'après l'ensemble de son exposé, on ne saurait raisonnablement conclure que les remarques du juge du procès au sujet de la preuve circonstancielle et des faits établis ont influé sur le verdict. Je conviens donc avec la Cour d'appel qu'il y a lieu en l'espèce d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[60] L'erreur se trouvait dans deux passages de l'exposé, mais ni l'un ni l'autre n'ont été présentés par écrit aux jurés. C'est à l'égard du témoignage de M. Meir et non celui des appelants que le juge du procès est revenu sur la question des inférences et, au procès, aucun des trois avocats de la défense n'a soulevé d'objection.

[61] De plus, il ressort clairement de l'exposé au jury qu'aucune preuve n'était exigée des accusés et que le jury devait prononcer un verdict d'acquiescement si la preuve soulevait un doute raisonnable quant à leur culpabilité. Dans ses directives portant sur le doute raisonnable et la présomption d'innocence, le juge du procès a dit au jury qu'[TRADUCTION] « [u]n accusé n'a pas à prouver son innocence. [. . .] Un accusé n'a rien à prouver » (d.a., n° 31933, p. 1721). Le juge du procès a également fait une mise en garde de type « *W. (D.)* » et

that even if they did not believe the testimony of the accused they still must acquit if they were left with a reasonable doubt by it, or by the evidence as a whole.

[62] In the same vein, when the trial judge reminded the jury that defence counsel suggested it was Sandoval and his gang who were responsible for the murder, he specifically instructed the jury that the defence was not obliged to prove this assertion (Appellant's Record, No. 31933, at p. 1761). Moreover, both Khela and Sahota testified and gave direct evidence that they were not involved in the murder. Accordingly, their defences did not rely primarily on the jury drawing exculpatory inferences from other facts, "proven" or not.

[63] In short, I am satisfied that there is no reasonable possibility that it would have made any difference to the ultimate verdict if the impugned comments had not been made.

IX

[64] For all of these reasons, I would dismiss both appeals. This result is alone sufficient to refute Justice Deschamps's assertion that the framework I have proposed for the assistance of trial judges amounts to the imposition of mandatory, technical requirements. With respect, my reasons simply do not bear the interpretation imputed to them by my colleague.

The following are the reasons delivered by

[65] DESCHAMPS J. — The law of evidence needs more common sense, not a new technical rule. My colleague Fish J., writing for the majority, believes that there is a middle position between micro-management and functional analysis by courts of appeals of warnings given to jurors as to the reliability of unsavoury witnesses' testimony (para. 29). I disagree.

[66] The majority's opinion is part of an incremental return to the formalism of *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658 (C.C.A.). In the judgment

indiqué aux jurés que même s'ils ne croyaient pas l'accusé, ils devaient l'acquitter si son témoignage ou la preuve prise dans son ensemble suscitait un doute raisonnable.

[62] Dans le même ordre d'idées, lorsque le juge du procès a rappelé aux jurés que l'avocat de la défense avait avancé que M. Sandoval et son gang étaient responsables du meurtre, il leur a indiqué spécifiquement que la défense n'était pas obligée d'étayer cette thèse par des preuves (d.a., n° 31933, p. 1761). De plus, MM. Khela et Sahota ont témoigné qu'ils n'avaient pas participé au meurtre et ont présenté une preuve directe à cet égard. Leurs défenses ne reposaient donc pas essentiellement sur le fait que le jury doit tirer des inférences disculpatoires à partir d'autres faits, « établis » ou non.

[63] En bref, je suis convaincu qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le juge du procès n'avait pas fait les remarques contestées.

IX

[64] Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter les deux pourvois. Ce résultat suffit à lui seul pour réfuter l'affirmation de la juge Deschamps selon laquelle le cadre que j'ai proposé pour aider les juges de première instance équivaut à l'imposition d'exigences formalistes à caractère obligatoire. Soit dit avec égards, mes motifs n'ont pas la même signification que leur donne ma collègue.

Version française des motifs rendus par

[65] LA JUGE DESCHAMPS — Le droit de la preuve a besoin d'une dose de bon sens, pas d'une nouvelle règle technique. Mon collègue le juge Fish, au nom de la majorité, affirme qu'en matière de fiabilité des dépositions de témoins douteux il existe une position intermédiaire entre la microgestion et l'approche fonctionnelle appliquée par les cours d'appel aux mises en garde données aux jurés (par. 29). Je ne suis pas de cet avis.

[66] L'opinion des juges majoritaires représente un retour progressif au formalisme de *R. c. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658 (C.C.A.). Dans le

appealed from in the instant case, Donald J.A. correctly pointed out (at para. 20) that *R. v. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333 (Ont. C.A.), is symptomatic of this phenomenon. I would add that *R. v. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321 (Ont. C.A.), a case heavily relied on by the majority, is part of the same trend.

[67] The Ontario Court of Appeal, correctly in my view, rejected the straitjacket of *Chenier*, and more particularly of *Sauvé*, in *R. v. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199. In that case, Moldaver and LaForme J.J.A. noted the legacy of flexibility of *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811:

For trial judges of that era who faced the daunting task of crafting instructions that did not run afoul of the inflexible rules then in force, *Vetrovec* was like a breath of fresh air. It put a premium on common sense and it recognized that juries were intelligent and they could be trusted to do the right thing. [para. 81]

The majority is taking the wind out of *Vetrovec*'s sails by imposing requirements regarding the content of warnings given to jurors. I take specific issue with the requirement that jurors be told to look for "material" and "independent" corroboration of an unsavoury witness's testimony. While superficially attractive, such criteria detract from what jurors should really be doing: assessing the witness's credibility in a rational and flexible manner.

[68] While I agree with the majority's disposition of this appeal, for the reasons that follow I believe that a functional approach to *Vetrovec* warnings is preferable and that this Court should preserve the legacy of that case and of *Zebedee*.

1. Rule in *Vetrovec*

1.1 *Background to Vetrovec*

[69] Historically, the common law of criminal evidence was full of complex technical rules. At one time, a rule of practice required judges to instruct

jugement porté en appel en l'espèce, par. 20, le juge Donald a souligné à juste titre que *R. c. Chenier* (2006), 205 C.C.C. (3d) 333 (C.A. Ont.), est symptomatique de ce phénomène. J'ajouterais que *R. c. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321 (C.A. Ont.), amplement cité par la majorité, fait partie de la même tendance.

[67] À mon avis, dans *R. c. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199, la Cour d'appel de l'Ontario a eu raison de rejeter la camisole de force imposée par *Chenier* et, plus particulièrement, par *Sauvé*. Les juges Moldaver et LaForme ont, dans cet arrêt, mis l'accent sur la souplesse héritée de *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811 :

[TRADUCTION] Pour les juges de cette époque à qui incombaient la redoutable tâche de formuler des directives ne contrevenant pas aux règles inflexibles alors en vigueur, *Vetrovec* est apparu comme un vent d'air frais. Cet arrêt privilégiait le bon sens et reconnaissait que les jurys étaient constitués de gens intelligents sur qui on pouvait compter pour faire ce qu'il convient de faire. [par. 81]

En imposant des exigences quant au contenu des mises en garde aux jurés, la majorité coupe le vent soufflé par *Vetrovec*. Je ne partage pas du tout son opinion qu'il faut dire aux jurés de chercher des preuves « substantielles » et « indépendantes » pouvant corroborer les dépositions des témoins douteux. Bien qu'attrayants au premier abord, ces critères détournent les jurés de leur tâche réelle : évaluer la crédibilité du témoin de façon rationnelle et souple.

[68] Je suis d'accord avec la majorité quant à l'issue des pourvois, mais, pour les motifs exposés ci-après, j'estime qu'il faut privilégier une approche fonctionnelle à l'égard des mises en garde de type *Vetrovec* et que la Cour doit préserver l'héritage de cet arrêt et de *Zebedee*.

1. Règle établie dans *Vetrovec*

1.1 *Contexte de Vetrovec*

[69] La common law, en matière de preuve criminelle, a longtemps fourmillé de règles techniques complexes. Il fut un temps où les juges étaient

juries that it was safe to rely on accomplices' testimonial evidence only insofar as it was corroborated. Lord Reading C.J. held in *Baskerville* that the "accomplice corroboration rule" had become a rule of law. This rule was formally adopted by this Court in *Horsburgh v. The Queen*, [1967] S.C.R. 746 (see *Vetrovec*, at pp. 819 *et seq.* and C. J. Arnup, "Has Caution Been Thrown to the Wind?: The Aftermath of *Vetrovec*", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition: Evidence* (1984), 21, for a historical perspective).

[70] In 1975, the Law Reform Commission of Canada concluded that in this area of the law, the courts had "moved from a wise practice of viewing the evidence of some witnesses with circumspection to a complex technical rule filled with pitfalls for the unwary" and that this rule needed to be substantially simplified (Law of Evidence Project, Study Paper No. 11, *Corroboration* (1975), at p. 7). This position was wholeheartedly endorsed by Dickson J. (as he then was) in *Vetrovec*:

After *Baskerville* courts began to frame the issue in terms of whether the corroborative evidence conformed to Lord Reading's definition, and ignored the real issue, whether there was evidence that bolstered the credibility of the accomplice. The result was, in effect, that in due course 'corroboration' became virtually divorced from the issue of the credibility of the accomplice. Evidence which strengthened credibility was at the same time characterized as not corroborative 'in law'. Corroboration became a legal term of art, wholly unconnected with the original reason for the accomplice warning. [p. 824]

[71] Dickson J.'s objective was to simplify the rules of evidence and the instructions given to juries (A. Lamer, *A Tribute to Chief Justice Dickson*, Address to the Annual Convention of the Criminal Lawyers' Association (December 1989), *Ontario Criminal Lawyers' Association Newsletter*, vol. 10, No. 4, at p. 13) and to rid the law of evidence of

tenus d'informer les jurys de ne se fier aux témoignages de complices que s'ils étaient corroborés. Dans *Baskerville*, le juge en chef lord Reading écrivait que la « règle de corroboration à l'égard des complices » était devenue une règle de droit. La Cour a formellement adopté cet énoncé dans *Horsburgh c. La Reine*, [1967] R.C.S. 746 (voir *Vetrovec*, p. 819 *et suiv.*, et C. J. Arnup, « Has Caution Been Thrown to the Wind? : The Aftermath of *Vetrovec* », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition : Evidence* (1984), 21, pour une revue historique).

[70] En 1975, la Commission de réforme du droit du Canada a conclu que, dans ce domaine du droit, « on s'est éloigné de la pratique traditionnelle d'autant dont la sagesse dictait une prudence naturelle à l'égard des dépositions de certains témoins, en s'aventurant plutôt dans les dédales des règles de procédure fort complexes et inaccessibles au non-initié » et qu'une simplification substantielle de ces règles s'imposait (Section de recherche sur le droit de la preuve, document préliminaire n° 11, *Corroboration* (1975), p. 7-8). Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a souscrit sans réserve à cette position dans *Vetrovec* :

Après l'arrêt *Baskerville*, les cours ont commencé à formuler la question en se demandant si la preuve corroborante correspondait à la définition donnée par lord Reading et sont passées à côté de la question véritable qui était de savoir s'il y avait des éléments de preuve qui appuyaient la crédibilité du complice. Il en est résulté qu'avec le temps la « corroboration » est devenue complètement étrangère à la question de la crédibilité du complice. En même temps, on considérait que des éléments de preuve qui étayaient la crédibilité n'avaient pas « en droit » l'effet d'une corroboration. La corroboration est devenue un terme technique en droit totalement dissocié de la justification première de la mise en garde contre le témoignage d'un complice. [p. 824]

[71] Le juge Dickson voulait simplifier les règles de preuve et les directives aux jurys (A. Lamer, *A Tribute to Chief Justice Dickson*, allocution prononcée lors du congrès annuel de la Criminal Lawyers' Association (décembre 1989), *Ontario Criminal Lawyers' Association Newsletter*, vol. 10, n° 4, p. 13) et purger le droit de la preuve des

the pointless “cumbersome rules” he described so well in *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819, at p. 835.

[72] *Vetrovec* simplified the law in that it eliminated the obligation to give a warning for witnesses falling within the “accomplice” category. It ushered in an era of flexibility in the law of criminal evidence. Dickson J. purposely refrained from imposing a formulaic instruction and emphasized that for unreliable witnesses, jurors should be given a clear and sharp warning, which has since been known as a *Vetrovec* warning (see *inter alia* at p. 831). The issue before this Court in the present case is what more should be said, if anything.

1.2 Content of the *Vetrovec* Warning

[73] The majority (at para. 37) endorses the following framework for the content of *Vetrovec* warnings, which is drawn directly from *Sauvé*, at para. 82:

(1) drawing the attention of the jury to the testimonial evidence requiring special scrutiny; (2) explaining *why* this evidence is subject to special scrutiny; (3) cautioning the jury that it is dangerous to convict on unconfirmed evidence of this sort, though the jury is entitled to do so if satisfied that the evidence is true; and (4) that 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. [Emphasis in original.]

I agree with the first three elements, although I would like to stress that they should *not* be used as a checklist for appellate review. Content matters, not form. The first three elements capture the essence of the instructions Dickson J. suggested in *Vetrovec*. I disagree with the majority on the fourth element of this framework, however, as I believe that it will have detrimental effects in this area of the law and that it is both unnecessary and unworkable.

« règles encombrantes » dépourvues de sens qu’il a si bien décrites dans *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, p. 835.

[72] *Vetrovec* a simplifié le droit en supprimant l’obligation de mettre les jurys en garde contre les témoins appartenant à la catégorie des « complices » et a ouvert une ère de souplesse pour le droit de la preuve en matière criminelle. Le juge Dickson a souligné que, dans le cas des témoins peu dignes de foi, il fallait donner aux jurés une mise en garde claire et précise, connue depuis comme étant la mise en garde de type *Vetrovec* (voir, p. ex., p. 831). Il s’est cependant intentionnellement abstenu d’imposer une directive formaliste. La Cour doit déterminer en l’espèce s’il y a lieu d’ajouter quoi que ce soit à cette prescription.

1.2 Contenu de la mise en garde de type *Vetrovec*

[73] Pour ce qui est du contenu des mises en garde de type *Vetrovec*, la majorité adopte (par. 37) le cadre suivant tiré directement de *Sauvé* (par. 82) :

(1) attirer l’attention du jury sur le témoignage qui nécessite un examen particulièrement rigoureux; (2) expliquer *pourquoi* ce témoignage doit être examiné de façon particulièrement rigoureuse; (3) prévenir le jury du danger de prononcer une condamnation sur la foi d’un témoignage non confirmé de ce genre, le jury étant toutefois en droit de le faire s’il est convaincu de la véracité du témoignage en cause; (4) 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. [En italique dans l’original.]

J’accepte les trois premiers éléments, mais je voudrais souligner qu’ils *ne* doivent *pas* servir de liste de contrôle pour l’examen en appel. C’est le contenu qui importe, non la forme. Ces trois éléments rendent compte de l’essence des directives que le juge Dickson a préconisées dans *Vetrovec*. Pour ce qui est du quatrième élément, je pense, contrairement à la majorité, qu’il aura des effets préjudiciables dans ce domaine du droit et qu’il est inutile et impraticable.

2. Independence and Materiality Requirements Are Unnecessary

2.1 *Case Law Is Equivocal*

[74] After *Vetrovec*, jurists attempted to develop the content of modern warnings. As I mentioned above, that case had eliminated the pigeonholing of witnesses required in the past; and the Court did not specify what types of evidence a trial judge could suggest as being corroborative. One author from that period pointed out that the traditional legal definition of corroboration was “bulging with unwieldy distinctions” (A. A. S. Zuckerman, “Corroboration: Judicial Reform in Canada” (1984), 4 *Oxford J. Legal Stud.* 147, at p. 148).

[75] The majority relies heavily on this Court’s decision in *R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328. I acknowledge that certain passages in that case can be interpreted as a first step toward the adoption of inflexible corroboration requirements. Indeed, the commentators have diverged on the proper interpretation of this Court’s position in *Kehler* (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at pp. 523-24; D. Stuart, Annotation to *R. v. Kehler* (2004), 19 C.R. (6th) 49; N. Harris, “*Vetrovec* Cautions and Confirmatory Evidence: A Necessarily Complex Relationship” (2005), 31 C.R. (6th) 216; J.-G. Boilard, *Guide to Criminal Evidence*, vol. 2 (loose-leaf), at para. 10.016).

[76] In concurring in that case, I did not view it as a departure from the flexibility of *Vetrovec*. This passage from *Kehler* represents my view of that case and of this area of the law in general:

[H]aving considered the totality of the evidence, the trier of fact is entitled to believe the evidence of the disreputable witness — even on disputed facts that are not otherwise confirmed — if the trier is satisfied that the witness, despite his or her frailties or shortcomings, is truthful. [para. 22]

2. Inutilité de l’exigence de corroboration indépendante et substantielle

2.1 *La jurisprudence est ambiguë*

[74] Après *Vetrovec*, des juristes ont entrepris d’élaborer le contenu de mises en garde modernes. Comme je l’ai déjà mentionné, cet arrêt avait supprimé l’obligation de catégoriser les témoins; la Cour n’avait pas précisé les types d’éléments de preuve que le juge du procès pouvait citer en exemple au jury comme preuve corroborante. Selon un auteur de cette époque, la définition juridique traditionnelle de corroboration [TRADUCTION] « fourmille de distinctions alambiquées » (A. A. S. Zuckerman, « Corroboration : Judicial Reform in Canada » (1984), 4 *Oxford J. Legal Stud.* 147, p. 148).

[75] La majorité s’appuie de façon importante sur l’arrêt de la Cour *R. c. Kehler*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328. Je reconnais que certains passages de cette décision peuvent être considérés comme un premier pas vers l’adoption d’exigences rigides en matière de corroboration. D’ailleurs, les auteurs ne s’entendent pas sur l’interprétation qu’il convient de donner à la position prise par la Cour dans *Kehler* (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5^e éd. 2008), p. 523-524; D. Stuart, Annotation to *R. v. Kehler* (2004), 19 C.R. (6th) 49; N. Harris, « *Vetrovec* Cautions and Confirmatory Evidence : A Necessarily Complex Relationship » (2005), 31 C.R. (6th) 216; J.-G. Boilard, *Manuel de preuve pénale*, vol. 2 (feuilles mobiles), par. 10.016).

[76] En souscrivant à la décision de mes collègues dans cet arrêt, je n’ai pas considéré que celui-ci s’éloignait de la souplesse apportée par *Vetrovec*. Le passage suivant de *Kehler* rend bien compte de ma position relativement à cette affaire et à ce point de droit en général :

[E]n présence de faits contestés qui ne sont pas par ailleurs confirmés, le juge des faits peut, après avoir examiné l’ensemble de la preuve, ajouter foi à la déposition du témoin de mauvaise réputation s’il est persuadé que, malgré ses faiblesses ou ses défauts, ce témoin dit la vérité. [par. 22]

Furthermore, since the Court cited no Canadian cases, *Kehler* did not clarify the incipient new technical rules of corroboration or the extent to which the findings in cases such as *R. v. N. (P.L.F.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 49 (Man. C.A.) (see paras. 32 and 34), and *R. v. G. (G.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.) (see para. 32), still stand.

[77] The courts have also wavered on the question whether the trial judge should enumerate potentially corroborative evidence in the charge to the jury. Major J.'s observations in *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, should not be seen as having expanded the rule in *Vetrovec* (at p. 831) on this point:

The extent to which the trial judge should refer to potentially corroborative evidence depends upon the circumstances of the case, although it is obviously not required, nor would it be appropriate, that the potentially corroborative evidence be reviewed exhaustively.

While it is usually a corollary of the *Vetrovec* warning that the trial judge make some reference to evidence that the jury may consider supportive of the impugned evidence, in some cases part or all of the supporting evidence may be extremely prejudicial to the accused, such that to draw the jury's attention to that evidence in tandem with a *Vetrovec* warning could in some circumstances be unfair to the accused. [p. 613]

References to the evidence do not come without risks. They open the door to mistakes and to appeals (see, for example, *R. v. Dhillon* (2002), 166 C.C.C. (3d) 262 (Ont. C.A.)).

2.2 *Independence and Materiality Are Intractable Concepts*

[78] The fourth step of the *Sauvé* framework endorsed by the majority involves the use of the intractable concepts of "independence" and "materiality". For the reasons that follow, my conclusion is that the only logical solution is to refrain from requiring independence and materiality, and instead to tell jurors to focus on credibility.

De plus, comme la Cour ne citait aucune jurisprudence canadienne, *Kehler* n'a pas clarifié les nouvelles règles techniques de corroboration qui voyaient le jour ni précisé dans quelle mesure les conclusions d'arrêts comme *R. c. N. (P.L.F.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 49 (C.A. Man.) (voir par. 32 et 34), et *R. c. G. (G.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.) (voir par. 32), continuaient de s'appliquer.

[77] Les tribunaux ne se sont pas prononcés clairement non plus sur la question de savoir si le juge du procès doit indiquer dans ses directives au jury les éléments de preuve susceptibles d'apporter une corroboration. Il ne faut pas voir dans les observations formulées par le juge Major dans *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, un élargissement de la règle énoncée dans *Vetrovec* (p. 831) sur ce point :

La mesure dans laquelle le juge du procès devrait mentionner la preuve potentiellement corroborante dépend des circonstances de l'affaire, bien qu'il ne soit évidemment ni nécessaire ni approprié que la preuve potentiellement corroborante fasse l'objet d'une analyse exhaustive.

Bien que la mise en garde de type *Vetrovec* soit habituellement assortie de quelque mention par le juge du procès des éléments de preuve que le jury peut considérer comme corroborant la preuve contestée, dans certains cas, la preuve corroborante peut être, en totalité ou en partie, extrêmement préjudiciable à l'accusé, de sorte qu'il pourrait, dans certaines circonstances, être injuste pour ce dernier d'attirer l'attention du jury sur cette preuve au moment de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. [p. 613]

Les renvois à la preuve ne sont pas sans risque. Ils ouvrent la porte aux erreurs et aux appels (voir, p. ex., *R. c. Dhillon* (2002), 166 C.C.C. (3d) 262 (C.A. Ont.)).

2.2 *L'indépendance et le caractère substantiel sont des notions inextricables*

[78] La quatrième étape du cadre d'analyse établi dans *Sauvé* et approuvé par la majorité comporte le recours aux notions inextricables d'« indépendance » et de « caractère substantiel ». Pour les motifs qui suivent, je conclus que la seule solution logique consiste à s'abstenir d'exiger une preuve indépendante et substantielle et à plutôt indiquer au jury de se concentrer sur la crédibilité.

[79] Dickson J. rightly concluded his reasons in *Vetrovec* as follows:

All this takes one back to the beginning and that is the search for the impossible: a rule which embodies and codifies common sense in the realm of the process of determining guilt or innocence of an accused on the basis of a record which includes evidence from potentially unreliable sources such as an accomplice. [p. 832]

(See also G. T. G. Seniuk, “Liars, Scoundrels and the Search for Truth” (2000), 30 C.R. (5th) 244.)

[80] To paraphrase Seniuk, in assessing truthfulness, one does not enumerate the pros and cons, add a sprinkling of independence and materiality, and calculate the balance (“Judicial Fact-Finding and a Theory of Credit” (1992), 56 *Sask. L. Rev.* 79, p. 105). Binnie J. correctly explained *Vetrovec* as follows in *R. v. Brooks*, 2000 SCC 11, [2000] 1 S.C.R. 237, at para. 129: “The Court was unanimous in affirming that in this area as in others a label is no substitute for analysis.”

2.2.1 Independence

[81] Even strong proponents of the independence requirement are at a loss to explain what kind of evidence it calls for (Harris, at pp. 224-25). Whatever its exact content may be, it has not been dealt with consistently: see Maclean J.A.’s dissent in *R. v. Kanester*, [1966] 4 C.C.C. 231 (B.C.C.A.), at pp. 241-42 (endorsed by this Court, [1967] 1 C.C.C. 97); *Warkentin v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 355, at pp. 378-82; *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence* (4th ed. (loose-leaf)), at par. 31:60.40, fn. 151. At best, a few examples can be found of what is *not* independent evidence (*R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517, at para. 83).

[82] When enforced mechanically, the requirement of independence has led to disastrous outcomes. One example is the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Ethier* (1959), 124 C.C.C. 332, which is best described by D. M. Paciocco and L. Stuesser, at pp. 521-22:

[79] Le juge Dickson a conclu à bon droit dans *Vetrovec* :

Tout cela nous ramène au point de départ, à la poursuite de l’impossible : trouver une règle qui incorpore et codifie le bon sens en regard d’un processus qui consiste à déterminer la culpabilité ou l’innocence d’un accusé d’après un dossier qui comporte des témoignages de sources qui peuvent être douteuses comme le témoignage d’un complice. [p. 832]

(Voir aussi G. T. G. Seniuk, « Liars, Scoundrels and the Search for Truth » (2000), 30 C.R. (5th) 244.)

[80] Pour paraphraser Seniuk, l’appréciation de la véracité ne se fait pas en alignant les points favorables et défavorables, en ajoutant un soupçon d’indépendance et de caractère substantiel et en calculant le résultat (« Judicial Fact-Finding and a Theory of Credit » (1992), 56 *Sask. L. Rev.* 79, p. 105). Le juge Binnie, dans *R. c. Brooks*, 2000 CSC 11, [2000] 1 R.C.S. 237, par. 129, a correctement expliqué *Vetrovec* : « La Cour a confirmé à l’unanimité que, dans ce domaine comme dans d’autres domaines, une étiquette ne remplace pas une analyse. »

2.2.1 Indépendance

[81] Même les ardents défenseurs de l’exigence de corroboration indépendante ont du mal à expliquer le genre de preuve qu’elle requiert (Harris, p. 224-225). Et cette exigence, quel qu’en soit le contenu exact, n’a pas été traitée de façon uniforme : voir la dissidence du juge Maclean dans *R. c. Kanester*, [1966] 4 C.C.C. 231 (C.A.C.-B.), p. 241-242 (approuvée par la Cour, [1967] 1 C.C.C. 97); *Warkentin c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 355, p. 378-382; *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence* (4^e éd. (feuilles mobiles)), par. 31:60.40, note 151. On peut tout au plus trouver quelques exemples de ce que *n’est pas* une preuve indépendante (*R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517, par. 83).

[82] Appliquée mécaniquement, l’exigence de preuve indépendante a donné des résultats désastreux. En est un exemple la décision de la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Ethier* (1959), 124 C.C.C. 332, que décrit bien l’ouvrage de D. M. Paciocco et L. Stuesser, p. 521-522 :

[T]he Crown offered evidence as corroboration during a rape prosecution that 1) human blood of a type matching the blood type of the complainant was found on the accused's shorts, 2) hair similar to the complainant's was found in his car, 3) the handle on his car was broken, 4) the accused's clothing matched the description provided by the complainant, as did the licence number, 5) she had a bruise on her left cheek, 6) she was distraught immediately after the incident, and 7) marks were found in the car consistent with the claim by the complainant that there would be foot marks on the ceiling which were made by her while she was being assaulted.

The Ontario Court of Appeal held that none of this corroborated the rape allegation. Items 5) and 6) would be some evidence to confirm that a rape had occurred if the injuries and emotional condition were pronounced enough, but it did not confirm the identity of the accused as the rapist. Items 3), 4), and 7) were not corroborative because their relevance depended on the testimony of the complainant. In other words, as items of evidence they were not "independent" enough to be corroborative. As for items 1) and 2), these were equally consistent with the truth as with the falsity of her allegation because her hair and blood type could get where they were without her having been raped. While all of this evidence was admissible and might well support a conviction, the trial judge erred in law by failing to tell the jury that the evidence of the complainant remained uncorroborated. [Emphasis added.]

I cannot in good conscience endorse a rule which has led to such a result.

[83] There are not two discrete categories of evidence, that which is independent and that which is not. Rather, various types of evidence will sit on a continuum between these two poles, which explains why attempts at definition lead nowhere (*R. v. Gagnon* (2000), 147 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at paras. 14 and 48; *Murphy v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 603, approved in *Vetrovec*, at p. 827). Evidence which is more independent will of course be more likely to confirm an unsavoury witness's testimony, but verifying the reliability of testimonial evidence on this basis is no different

[TRADUCTION] [L]e ministère public avait présenté une preuve corroborante lors d'un procès pour viol, selon laquelle 1) du sang humain correspondant au groupe sanguin de la plaignante avait été trouvé sur le caleçon de l'accusé, 2) des cheveux semblables à ceux de la plaignante avaient été trouvés dans la voiture de l'accusé, 3) une poignée de sa voiture était brisée, 4) les vêtements de l'accusé correspondaient à la description faite par la plaignante, tout comme le numéro de sa plaque d'immatriculation, 5) la plaignante présentait une ecchymose à la joue droite, 6) elle était en désarroi immédiatement après l'incident et 7) l'automobile de l'accusé présentait des marques concordant avec la déclaration de la plaignante selon laquelle elle avait laissé des traces de pied au plafond de la voiture, qui avaient été faites lors de l'agression.

La Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'aucun de ces éléments ne corroborait l'allégation de viol. Les éléments 5) et 6) pourraient confirmer qu'il y avait eu viol, selon la gravité de la blessure et de l'état émotionnel, mais non l'identité de l'accusé en tant qu'auteur du viol. Les éléments 3), 4) et 7) n'avaient pas valeur de corroboration parce que leur pertinence reposait sur le témoignage de la plaignante. Autrement dit, il ne s'agissait pas d'éléments de preuve suffisamment « indépendants » pour être corroborants. Quant aux éléments 1) et 2), ils étaient tout aussi conciliables avec la véracité qu'avec la fausseté du témoignage de la plaignante parce que ses cheveux et du sang appartenant à son groupe sanguin pouvaient se trouver là sans qu'il y ait eu viol. Bien que tous ces éléments de preuve aient été admissibles et qu'ils aient pu fonder une déclaration de culpabilité, le juge du procès a commis une erreur de droit en ne disant pas au jury que le témoignage de la plaignante n'était pas corroboré. [Je souligne.]

En toute conscience, je ne peux approuver une règle qui a mené à un tel résultat.

[83] Il n'existe pas deux catégories distinctes de preuve, celle des preuves indépendantes et celle des preuves non indépendantes. Il y a plutôt divers types de preuve se situant entre ces deux pôles, ce qui explique pourquoi les tentatives de définition ne mènent nulle part (*R. c. Gagnon* (2000), 147 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), par. 14 et 48; *Murphy c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 603, approuvé dans *Vetrovec*, p. 827). Il est évident qu'un élément de preuve indépendant fournit probablement une confirmation plus solide à la déposition d'un témoin douteux, mais vérifier la fiabilité d'un témoignage sur cette

from what diligent jurors would do regarding any other testimony or disputable evidence.

[84] Both the Ontario Court of Appeal, in *Gagnon* at p. 206, and the Manitoba Court of Appeal, in *R. v. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53, at paras. 51-52, have held that *Vetrovec's* legacy of flexibility eliminated the requirement that corroborating evidence be independent of the witness. I agree that this is what the law should be.

2.2.2 Materiality

[85] While the requirement of materiality may at first glance seem easier to pin down than that of independence, a more thorough review shows that it is not. In her comprehensive study of corroboration, A. A. Wakeling, *Corroboration in Canadian Law* (1977), at pp. 19-22, does not suggest a compact definition of materiality (p. 26). As in the case of the independence requirement, defining materiality is a futile line-drawing exercise.

[86] The once strict, if ill-defined, requirement of materiality has been getting weaker and weaker. In *Vetrovec*, at p. 833, Dickson J. held that circumstantial evidence can be confirmatory even if it does not directly implicate the accused. In *Kehler*, at para. 15, Fish J. stated that corroborative evidence must be relevant to the unsavoury witness's testimony but need not bear on a disputed part of that testimony. One author aptly described what I deem to be the logical outcome of this line of reasoning:

The findings from the Court in both *Vetrovec* and *Kehler* could lead to a conclusion that the issue of confirmatory evidence can be left on a very general level with the trier-of-fact. Given that the confirmatory evidence does not have to directly implicate the accused, it could be argued that essentially all other evidence supporting the Crown case is potentially capable of serving as confirmatory evidence. The rules concerning confirmatory evidence might accordingly be summarized as merely requiring that the trier-of-fact carefully examine the testimony of the *Vetrovec* witness in the context of the evidence as a whole and determine whether or not they

base ne diffère aucunement de ce que des jurés prudents feraient à l'égard de tout autre témoignage ou de tout autre élément de preuve contestable.

[84] La Cour d'appel de l'Ontario, dans *Gagnon*, p. 206, et la Cour d'appel du Manitoba, dans *R. c. Sanderson*, 2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53, par. 51-52, ont toutes deux jugé que le principe de souplesse établi par *Vetrovec* avait éliminé l'exigence de l'indépendance de la preuve corroborante par rapport au témoin. Je conviens que c'est ce que devrait être le droit.

2.2.2 Caractère substantiel

[85] Bien qu'à première vue l'exigence de preuve substantielle paraisse plus facile à définir que celle de preuve indépendante, cette perception se dément après examen. Dans son étude exhaustive de la corroboration, A. A. Wakeling, *Corroboration in Canadian Law* (1977), p. 19-22, ne propose pas de définition monolithique du caractère substantiel (p. 26). Comme pour l'exigence d'indépendance, il s'agit là d'un exercice futile de caractérisation.

[86] L'exigence de caractère substantiel, jadis stricte malgré ses contours obscurs, s'affaiblit de plus en plus. Dans *Vetrovec*, p. 833, le juge Dickson a indiqué qu'une preuve circonstancielle peut être confirmative même si elle n'implique pas directement l'accusé. Dans *Kehler*, par. 15, le juge Fish a déclaré que la preuve confirmative doit être pertinente à l'égard de la déposition du témoin douteux mais qu'elle n'avait pas à porter sur un point contesté de cette déposition. Un auteur a décrit avec justesse ce que j'estime être la conséquence logique de ce raisonnement :

[TRADUCTION] Les conclusions de la Cour dans *Vetrovec* et dans *Kehler* pourraient nous amener à considérer que la question de la preuve confirmative peut, à un niveau très général, être laissée au juge des faits. Étant donné que la preuve confirmative n'a pas à impliquer directement l'accusé, il est possible de soutenir que pratiquement tous les autres éléments de preuve étayant la thèse du ministère public peuvent servir de preuve confirmative. On peut donc résumer les règles régissant la preuve confirmative en disant qu'elles exigent simplement du juge des faits qu'il examine avec soin la déposition du témoin visé par *Vetrovec* en tenant

believe the witness' evidence. Such a formulation of the rules for confirmatory evidence in *Vetrovec* cautions would create relative simplicity in this area of the law and would provide a trier-of-fact with a broad discretion to determine whether or not it is safe for them to rely upon the evidence of a *Vetrovec* witness.

(Harris, at p. 223)

[87] Some may suggest that “workarounds” have been used. In *Kehler*, Fish J. endorsed one party’s submission that corroborating evidence had to “be capable of restoring the trier’s faith in the relevant aspects of the witness’ account” (para. 12 (emphasis deleted)). This should not be interpreted as an incremental departure from what Dickson J. intended in *Vetrovec* when he said (at p. 833) that the evidence had to be “capable of inducing a rational belief” that the testimony was true.

2.2.3 Alternatives to the Majority’s Approach

[88] The majority suggests what is at best a formula for what jurors are already asked to do in any event: study the evidence in a structured and sensitive fashion to determine whether a witness should be believed and, more generally, whether the accused is guilty beyond a reasonable doubt.

[89] In the past decade, several high-profile wrongful conviction cases have exposed limitations of the criminal justice system and the limited reliability of some types of witnesses, particularly “jailhouse informants” (*The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998); *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow* (2001); *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken* (2006); *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell* (2007)). Although the empirical evidence on the efficacy of *Vetrovec* warnings is mixed (see the numerous references cited in L. Dufrainmont, “Regulating Unreliable Evidence: Can Evidence

compte de l’ensemble de la preuve et qu’il se demande s’il ajoute ou non foi à ce témoignage. Une telle formulation des règles régissant la preuve confirmative dans les mises en garde de type *Vetrovec* instaurerait une certaine simplicité dans ce domaine de droit et donnerait au juge des faits un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer s’il est prudent de se fier à la déposition d’un témoin visé par *Vetrovec*.

(Harris, p. 223)

[87] Certains peuvent affirmer qu’on a cherché à contourner la difficulté. Ainsi, dans *Kehler*, le juge Fish a approuvé l’argument d’une partie selon lequel la preuve confirmative devait « permettre de rétablir la confiance du juge des faits à l’égard des aspects pertinents du récit du témoin » (par. 12 (soulignement omis)). Il ne faut pas y voir un éloignement progressif de ce que le juge Dickson voulait exprimer dans *Vetrovec* par « susceptible de faire naître une conviction logique » (p. 833) que le témoignage est véridique.

2.2.3 Autres options

[88] La démarche préconisée par la majorité correspond tout au plus à ce que les jurés doivent faire de toute manière : examiner la preuve de façon rationnelle et attentive pour apprécier la crédibilité d’un témoin et pour déterminer, plus généralement, si l’accusé est coupable hors de tout doute raisonnable.

[89] Au cours de la dernière décennie, plusieurs cas célèbres de déclaration de culpabilité injustifiée ont mis au jour les limites du système de justice criminelle et la fiabilité limitée de certains types de témoins, en particulier les « dénonciateurs sous garde » (*Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (1998); *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow* (2001); *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to : Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken* (2006); *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell* (2007)). Bien que les preuves empiriques de l’efficacité des mises en garde de type *Vetrovec* aillent dans des sens divers (voir les nombreuses références citées

Rules Guide Juries and Prevent Wrongful Convictions?” (2008), 33 *Queen’s L.J.* 261), I believe they serve an important purpose, and I want to emphasize that my disagreement with the majority relates solely to the proper content of a *Vetrovec* warning. My colleague would limit the jury’s adjudicative freedom with a strong technical rule, but I believe that enlightening the jury is both sufficient and preferable.

[90] In any case, *Vetrovec* warnings will always be only one of the mechanisms used to minimize the risk of wrongful conviction. I need not expand on the other mechanisms that currently exist, the most important of which is the criminal standard of proof, and which also include prohibitions on most forms of hearsay and character evidence. However, several additional mechanisms could be crafted to prevent miscarriages of justice. For example, one option would be for judges to carefully use their common law power of exclusionary discretion (Paciocco and Stuesser, at pp. 40-45) to exclude testimonial evidence which is extremely prejudicial and has little probative value. Instead of looking for innovative solutions, Fish J. turns back the clock and returns to the old law, which is just as unsatisfactory now as it was before *Vetrovec*.

3.3 *Jury Instructions: Simpler Is Better*

[91] Jurors are sufficiently sophisticated to understand lengthy and complex instructions, but only insofar as those instructions consist in a well-defined intellectual exercise, which is not the case where the fourth element of the *Sauvé* framework is concerned. The justice system should strive for simplicity. In long trials, which have become common where serious charges are laid, every added level of complexity increases the risk of error for both the trial judge and the jury.

dans L. Dufraimont, « Regulating Unreliable Evidence: Can Evidence Rules Guide Juries and Prevent Wrongful Convictions? » (2008), 33 *Queen’s L.J.* 261), j’estime que ces mises en garde remplissent une fonction importante. Je tiens donc à signaler que je m’écarte de l’opinion majoritaire uniquement pour ce qui est des éléments que doit comporter une mise en garde de type *Vetrovec*. Mes collègues veulent restreindre la latitude décisionnelle du jury au moyen d’une règle technique stricte, mais je crois qu’il est suffisant et préférable de l’éclairer.

[90] Quoi qu’il en soit, les mises en garde de type *Vetrovec* ne constitueront toujours qu’un élément des mécanismes servant à minimiser le risque de déclaration de culpabilité injustifiée. Je n’ai pas besoin de m’étendre sur les autres mécanismes existants, dont le plus important est la norme de preuve applicable en matière criminelle, qui englobent les règles interdisant la plupart des formes de ouï-dire et de preuve de moralité. Toutefois, on pourrait créer plusieurs autres mécanismes de prévention des erreurs judiciaires. Les juges pourraient notamment exercer avec circonspection le pouvoir discrétionnaire qu’ils tiennent de la common law d’exclure des éléments de preuve sans grande valeur probante mais extrêmement préjudiciables (Paciocco et Stuesser, p. 40-45). Au lieu de chercher des solutions novatrices, le juge Fish se tourne vers le passé et revient au droit ancien, qui est aussi lacunaire actuellement qu’avant *Vetrovec*.

3.3 *Les directives au jury : la simplicité a bien meilleur goût*

[91] Les jurés sont suffisamment intelligents pour comprendre des directives longues et complexes, mais seulement dans la mesure où elles consistent en un exercice intellectuel bien circonscrit, ce qui n’est pas le cas du quatrième élément du cadre établi par *Sauvé*. Le système de justice doit tendre à la simplicité. Dans les longs procès qui, en cas d’accusations graves, sont devenus courants, chaque niveau supplémentaire de complexité augmente les risques d’erreur tant pour le juge du procès que pour le jury.

[92] English judges of the early nineteenth century understood this. In *Trial of William Davidson and Richard Tidd for High Treason* (1820), 33 How. St. Tr. 1337, Garrow B. instructed the jury as follows, at p. 1483:

... you are to look to the circumstances, to see whether there are such a number of important facts confirmed as to give you reason to be persuaded that the main body of the story is correct; ... you are, each of you, to ask yourselves this question ... Do I, upon the whole, feel convinced in my conscience, that his evidence is true, and such as I may safely act upon?

In *Vetrovec*, at pp. 823-24, Dickson J. rightly called this the “common sense” approach.

[93] In *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313, Dickson C.J. wrote: “Whenever possible, we should retain simplicity in charges ...” (p. 333). Similarly, in *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109, Major J. wrote that “long and detailed instructions at the end of a trial may be more confusing than helpful” (para. 27). The principles of judicial economy point in the same direction: simplicity reduces the number of technical appeals and makes the system more efficient.

[94] An analogy can be made between instructions on reasonable doubt and the appropriate content of a *Vetrovec* warning. In *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, this Court said: “A reasonable doubt is not an imaginary or frivolous doubt. It must not be based upon sympathy or prejudice. Rather, it is based on reason and common sense. It is logically derived from the evidence or absence of evidence” (para. 39). A nearly identical instruction could be given in a *Vetrovec* warning:

If you choose to believe the witness, the reasons should be neither imaginary nor frivolous. Belief must not be based upon sympathy or prejudice. Rather, it is based on reason and common sense. It is logically derived from the evidence or absence of evidence.

[92] Les juges anglais du début du 19^e siècle le comprenaient bien. Dans *Trial of William Davidson and Richard Tidd for High Treason* (1820), 33 How. St. Tr. 1337, le baron Garrow a instruit le jury en ces termes :

[TRADUCTION] ... vous devez examiner les circonstances pour voir si suffisamment de faits importants sont confirmés pour vous convaincre que l’essentiel de la version est exact; [...] chacun de vous doit se poser la question suivante [...] Suis-je convaincu, en mon for intérieur, que, dans l’ensemble, ce témoignage est vrai de sorte que je peux m’y fier sans crainte? [p. 1483]

Dans *Vetrovec*, p. 823-824, le juge Dickson a qualifié avec raison cette démarche de solution de « bon sens ».

[93] Dans *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson a écrit : « Lorsque c’est possible, il convient que les exposés au jury restent simples ... » (p. 333). De même, dans *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109, le juge Major a indiqué que « des directives longues et détaillées à la clôture du procès peuvent embrouiller davantage qu’elles n’éclairent » (par. 27). Le principe de l’économie des ressources judiciaires va dans le même sens : en restant simple, on réduit le nombre d’appels fondés sur des questions techniques et on rend le système plus efficient.

[94] On peut établir un parallèle entre les directives sur le doute raisonnable et celles sur les éléments que devraient comporter les mises en garde de type *Vetrovec*. Dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, la Cour a déclaré : « Un doute raisonnable n’est pas un doute imaginaire ou frivole. Il ne doit pas reposer sur la sympathie ou sur un préjugé. Il doit reposer plutôt sur la raison et le bon sens. Il doit logiquement découler de la preuve ou de l’absence de preuve » (par. 39). Une directive analogue pourrait figurer dans les mises en garde de type *Vetrovec* :

Si vous décidez de croire le témoin, ce ne doit pas être pour des raisons imaginaires ou frivoles. Le crédit accordé au témoin ne doit reposer ni sur la sympathie ni sur les préjugés. Il doit reposer plutôt sur la raison et le bon sens. Il doit logiquement découler de la preuve ou de l’absence de preuve.

When told to decide whether they have a reasonable doubt that an accused is guilty, jurors are never asked to evaluate evidence piecemeal. This Court made this clear in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, and the principle from that case stands and has been applied repeatedly. If this holistic philosophy is sound for the most central principle of our criminal justice system, it must be sound for the content of a *Vetrovec* warning (Seniuk, “Judicial Fact-Finding and a Theory of Credit”, at pp. 87-96).

[95] The following passage from *Vetrovec*, at p. 826, including the quotation from Wigmore it contains, is instructive:

The reason for requiring corroboration is that we believe the witness has good reason to lie. We therefore want some other piece of evidence which tends to convince us that he is telling the truth. Evidence which implicates the accused does indeed serve to accomplish that purpose but it cannot be said that this is the only sort of evidence which will accredit the accomplice. This is because, as Wigmore said, the matter of credibility is an entire thing, not a separable one:

... whatever restores our trust in him personally restores it as a whole; if we find that he is desiring and intending to tell a true story, we shall believe one part of his story as well as another; whenever, then, by any means, that trust is restored, our object is accomplished, and it cannot matter whether the efficient circumstance related to the accused's identity or to any other matter. The important thing is, not *how* our trust is restored, but whether it *is* restored at all [*Wigmore on Evidence*, vol. 7 (Chadbourn rev. 1978), § 2059, at p. 424].

I also adopt the following remark by Zuckerman:

What is needed is, of course, a practice inhibiting the jury from placing undue faith in the testimony of tainted witnesses However, no rule of law can improve in this respect on the ordinary canons of rational reasoning, which are designed and commonly used for precisely this purpose: for drawing correct conclusions and averting false ones. [p. 149]

[96] It suffices that there be evidence capable of causing the jurors to entertain a rational belief that

Lorsque le juge invite les jurés à déterminer s'ils ont un doute raisonnable au sujet de la culpabilité de l'accusé, il ne leur demande jamais d'apprécier la preuve élément par élément. La Cour l'a bien précisé dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; le principe qui en découle demeure et il a été maintes fois appliqué. Si cette philosophie holistique vaut pour la règle la plus fondamentale de notre système de justice criminelle, il doit en aller de même pour le contenu de la mise en garde de type *Vetrovec* (Seniuk, « Judicial Fact-Finding and a Theory of Credit », p. 87-96).

[95] Le passage suivant de *Vetrovec*, p. 826, avec l'extrait de Wigmore qu'il renferme, est éclairant sur ce point :

On exige la corroboration parce qu'on croit que le témoin a de bons motifs de mentir. On cherche donc d'autres éléments de preuve qui tendent à nous convaincre qu'il dit la vérité. Des éléments de preuve qui impliquent l'accusé servent effectivement à atteindre ce but, mais on ne peut pas dire que ce soit le seul genre de preuve qui puisse accorder du crédit au complice. Il en est ainsi parce que, comme le dit Wigmore, la crédibilité est une chose globale, non divisible :

[TRADUCTION] . . . ce qui rétablit notre confiance en lui personnellement la rétablit complètement; si nous concluons qu'il veut dire la vérité, nous allons ajouter foi à l'ensemble de sa version des événements; chaque fois que par quelque moyen, notre confiance est rétablie, notre fin est atteinte et il importe peu que ce qui produit ce résultat ait un lien avec l'identité de l'accusé ou tout autre sujet. L'important, ce n'est pas *comment* notre confiance est rétablie mais qu'elle le *soit* [*Wigmore on Evidence*, vol. 7 (Chadbourn rév. 1978), § 2059, p. 424].

Je fais mienne l'observation suivante de Zuckerman :

[TRADUCTION] Ce qu'il faut, naturellement, c'est une pratique qui empêche le jury d'accorder un crédit indu à la déposition d'un témoin douteux [. . .] Toutefois, nulle règle de droit ne peut faire mieux, à cet égard, que les principes ordinaires du raisonnement rationnel, lesquels sont conçus et généralement appliqués précisément à cette fin : parvenir à des conclusions justes et éviter les conclusions erronées. [p. 149]

[96] Il suffit que les preuves puissent faire naître chez les jurés la conviction logique que le témoin

the witness is telling the truth (*Vetrovec*, at p. 833), and it is not for a court of appeal to inquire beyond that point. I believe that jurors should be instructed to look for elements which reinforce the witness's credibility, as Moldaver J.A. suggested in *R. v. Krugel* (1999), 143 C.C.C. (3d) 367 (Ont. C.A.), at para. 98: "In light of *Vetrovec*, there is only one question that must be asked in deciding whether evidence is capable of being confirmatory — does the evidence strengthen our belief that the suspect witness is telling the truth?"

4. Application to the Facts

[97] The trial judge's charge was fully consistent with the first three steps of the *Sauvé* framework, which I believe should constitute the complete rule for the content of a *Vetrovec* warning. First, he drew the jury's attention to the problematic testimony. Second, he explained why there was a greater risk that the witnesses' testimony was unreliable given their lifestyles and criminal backgrounds. Third, he said that it would be dangerous to convict the accused on the basis of the testimony in question in the absence of confirmation by other evidence. The charge was complete. The trial judge gave no instructions regarding independence or materiality, and that was the correct approach.

[98] Therefore, I concur with the majority in the result: both appeals should be dismissed and the convictions of Khela and Sahota upheld. I also agree with the solution the majority proposes for the subsidiary ground of appeal (paras. 57-63).

5. Conclusion

[99] There has been a general trend in the law of evidence towards more flexible rules, as trial judges and juries are shown the trust they need to perform their fact-finding duties properly. The majority's decision in this case is a step back from that trend. I share the concern of Moldaver J.A. in *Zebedee*,

dit la vérité (*Vetrovec*, p. 833), et il n'appartient pas aux tribunaux d'appel de pousser l'examen plus loin. Je crois qu'il faut donner comme directive aux jurés de chercher des éléments qui renforcent la crédibilité du témoin, comme le préconise le juge Moldaver dans *R. c. Krugel* (1999), 143 C.C.C. (3d) 367 (C.A. Ont.), par. 98 : [TRADUCTION] « Compte tenu de *Vetrovec*, pour déterminer si des éléments de preuve peuvent être confirmatifs, il suffit de se demander s'ils renforcent notre conviction que le témoin douteux dit la vérité. »

4. Application aux faits

[97] L'exposé du juge du procès au jury correspondait en tous points aux trois premières étapes du cadre établi par *Sauvé*, lesquelles devraient selon moi constituer la règle complète régissant le contenu de la mise en garde de type *Vetrovec*. Premièrement, le juge a attiré l'attention du jury sur les témoignages qui posaient des problèmes. Deuxièmement, il a expliqué pourquoi les antécédents criminels des témoins et leur mode de vie élevaient le risque qu'ils ne soient pas des témoins fiables. Troisièmement, il a indiqué qu'il était dangereux de déclarer un accusé coupable sur le fondement des témoignages en question en l'absence de corroboration par d'autres éléments de preuve. Cet exposé était complet. Le juge n'a donné aucune directive à propos du caractère indépendant ou substantiel de la preuve et, en cela, il a suivi la bonne démarche.

[98] Je partage donc l'avis de la majorité quant au résultat : il y a lieu de rejeter les deux pourvois et de maintenir les déclarations de culpabilité à l'égard de MM. Khela et Sahota. Je souscris également à la solution que propose la majorité en ce qui concerne le moyen d'appel subsidiaire (par. 57-63).

5. Conclusion

[99] La tendance générale en matière de droit de la preuve converge vers un assouplissement des règles, ce qui confère aux juges instruisant les procès et aux jurés la confiance dont ils ont besoin pour bien s'acquitter de leur fonction d'appréciation des faits. La décision de la majorité en

which Cromwell J.A. of the Nova Scotia Court of Appeal expressed as follows in the companion case of *R. v. Smith*, 2007 NSCA 19, 216 C.C.C. (3d) 490: “I would not wish to see the useful guidance given in *Sauvé* and similar cases converted into a vehicle for return to ‘blind and empty formalism’ which was renounced by the Supreme Court in *Vetrovec*” (para. 121).

[100] Despite statements by the majority that it does not wish to depart from *Vetrovec*, the proposed framework does exactly that. Although the majority says that its intention is to provide guidance to trial judges (para. 14), the framework and the requirements thereof can only be seen as mandatory. It is foreseeable that courts of appeal will from now on use the four elements of the *Sauvé* framework as review checklists. Technical appeals are likely to flourish.

[101] Finally, I am troubled by the reference my colleague makes, in his opening paragraph, to Deuteronomy 19:15. Many centuries ago, religion, myths and the criminal law coalesced to produce rules and penalties that would not be tolerated today. Courts are now neutral and the criminal law does not need support from religion.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant Gurkirpal Singh Khela: Peck and Company, Vancouver.

Solicitor for the appellant Jodh Singh Sahota: Gil D. McKinnon, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

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

l'espèce représente un pas en arrière par rapport à cette tendance. Je partage les préoccupations exprimées par le juge Moldaver dans *Zebedee*, que le juge Cromwell, de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, a reprises dans *R. c. Smith*, 2007 NSCA 19, 216 C.C.C. (3d) 490 : [TRADUCTION] « Il serait regrettable si les indications utiles formulées dans *Sauvé* et dans des décisions similaires devaient servir à opérer un retour au “formalisme aveugle et vide de sens” que la Cour suprême avait délaissé dans *Vetrovec* » (par. 121).

[100] La majorité déclare qu'elle ne veut pas s'écarter de *Vetrovec*, mais le cadre qu'elle propose produit exactement cet effet. Son intention, affirme-t-elle, est de fournir des précisions qui aident les juges de première instance (par. 14). Or, on peut faire autrement que de considérer comme obligatoires ce cadre et les exigences qu'il comporte. On peut dorénavant s'attendre à ce que les tribunaux d'appel se servent des quatre éléments du cadre proposé dans *Sauvé* comme d'une liste de contrôle. On assistera probablement à une augmentation du nombre d'appels fondés sur des points techniques.

[101] Enfin, je trouve troublant que, dans le premier paragraphe de ses motifs, mon collègue prenne appui sur le Deutéronome 19:15. Il y a bien des siècles, la religion, les mythes et le droit criminel fusionnaient pour établir des règles et des châtiements qui seraient intolérables aujourd'hui. À notre ère, les tribunaux ont acquis le statut d'institutions neutres et le droit criminel n'a pas besoin du soutien de la religion.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appellant Gurkirpal Singh Khela : Peck and Company, Vancouver.

Procureur de l'appellant Jodh Singh Sahota : Gil D. McKinnon, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener Criminal Lawyers' Association (Ontario): Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario): Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

Neil William Smith *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Wayne Alexander James *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario and Criminal
Lawyers' Association (Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SMITH

Neutral citation: 2009 SCC 5.

File Nos.: 32323, 31980.

2008: March 28; 2009: January 22.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NOVA SCOTIA**

*Criminal law — Charge to jury — Sufficiency of
Vetrovec warning — Content of warning — Evidence of
accomplices introduced by Crown at trial — Accused
convicted of first degree murder — Whether trial judge
erred in warning given to jury regarding accomplices.*

The accused were charged with first degree murder and conspiracy to commit murder. The Crown's case depended on the evidence of two alleged accomplices who had been involved in the killing of the victim and attempts to cover it up. The accomplices were granted immunity and witness protection in exchange for assistance in the police investigation and their testimony. The trial judge warned the jury to be cautious in accepting their testimony and that it would be unsafe to rely on

Neil William Smith *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Wayne Alexander James *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario et Criminal
Lawyers' Association (Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SMITH

Référence neutre : 2009 CSC 5.

N^{os} du greffe : 32323, 31980.

2008 : 28 mars; 2009 : 22 janvier.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
NOUVELLE-ÉCOSSE**

*Droit criminel — Exposé au jury — Suffisance de la
mise en garde de type Vetrovec — Contenu de la mise en
garde — Témoignages de complices présentés au procès
par le ministère public — Accusés déclarés coupables
de meurtre au premier degré — Le juge du procès a-t-il
commis une erreur dans la mise en garde qu'il a adres-
sée au jury à propos des complices?*

Les accusés ont été inculpés de meurtre au premier degré et de complot en vue de commettre le meurtre. La preuve à charge reposait, en grande partie, sur les témoignages de deux prétendus complices impliqués dans le meurtre et les tentatives pour le camoufler. Ceux-ci ont obtenu l'immunité et bénéficié du programme de protection des témoins en échange de leur aide dans l'enquête policière et de leurs témoignages. Le juge du procès a averti les jurés qu'ils devaient faire preuve de prudence

their evidence alone, but he also instructed them that they could rely on the testimony if they were convinced beyond a reasonable doubt that it was true. The trial judge directed the jury to look for evidence that confirms or supports important parts of the accomplices' testimony and he reviewed evidence that the jury might consider. The accused were convicted of both offences. The Court of Appeal upheld the convictions, holding that the jury charge, read as a whole in the context of the record, satisfied the requirement for a suitable *Vetrovec* warning.

Held: The appeals should be dismissed.

Per Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Appellate courts reviewing *Vetrovec* warnings should determine whether the jury was warned of the danger of relying on the witness's testimony without being comforted, by some other evidence, that the witness is telling the truth about the accused's involvement in the crime. The warning also should direct the jury to the type of evidence capable of providing such comfort. In order to assess the risk of accepting an unsavoury witness's testimony, the jury must understand the reasons for special scrutiny and the characteristics of the witness that bring his or her credibility into question. There is no particular formula for a proper warning and trial judges have significant discretion to craft the instruction according to the circumstances of the trial. In this case, the *Vetrovec* warning was thorough and complete. It clearly alerted the jury to the dangers of accepting the accomplices' testimony, without more, to convict the accused. [2-3] [14] [16-17]

Per Deschamps J.: The instructions were fully consistent with a functional approach to *Vetrovec* warnings. Jurors do not need to be told to look for corroborating evidence that is independent and material. The real issue is credibility. In this case, the trial judge specifically drew the testimony of the accomplices to the jury's attention and he gave extensive explanations on why special scrutiny of their testimony was necessary. He clearly warned the jury that it was dangerous to convict the accused on the basis of the accomplices' testimony if they found no support for that testimony in the rest of the evidence. Any reasonable jury receiving these instructions would have exercised great care in examining the testimony and determining whether it was credible. [18] [21-23]

avant d'accepter leurs témoignages et qu'il était risqué de se fonder uniquement sur leurs dépositions, mais qu'ils pouvaient s'y fier s'ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que leur récit était véridique. Il leur a demandé de chercher des preuves qui confirment ou étayent les parties importantes des témoignages des complices et a examiné certains éléments de preuve que le jury pourrait prendre en considération. Les accusés ont été reconnus coupables des deux infractions. La Cour d'appel a maintenu les déclarations de culpabilité, statuant que l'exposé au jury, pris dans son ensemble et dans le contexte du dossier satisfait à l'exigence d'une mise en garde suffisante de type *Vetrovec*.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Dans l'examen des mises en garde de type *Vetrovec*, les tribunaux d'appel doivent décider si le jury a été averti du danger de se fier à la déposition d'un témoin sans être conforté dans son opinion, par quelque autre élément de preuve, qu'il dit la vérité au sujet de l'implication de l'accusé dans le crime. La mise en garde doit aussi indiquer au jury le type de preuve pouvant le conforter à cet égard. 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 et les caractéristiques du témoin qui soulèvent des doutes quant à sa crédibilité. Il n'existe pas de formule particulière pour une mise en garde appropriée et les juges de première instance disposent d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour formuler leurs directives en fonction des circonstances du procès. En l'espèce, la mise en garde de type *Vetrovec* était approfondie et complète. Elle a clairement averti le jury du danger de se fonder uniquement sur les témoignages des complices pour déclarer les accusés coupables. [2-3] [14] [16-17]

La juge Deschamps : Les directives sont parfaitement conformes à l'approche fonctionnelle applicable aux mises en garde de type *Vetrovec*. Il n'est pas nécessaire de demander aux jurés de chercher des preuves corroborantes qui soient indépendantes et substantielles. La véritable question concerne la crédibilité. En l'espèce, le juge du procès a spécifiquement attiré l'attention du jury sur les témoignages des complices et a donné d'abondantes explications sur les raisons d'un examen particulièrement rigoureux de ces témoignages. Il a clairement averti les jurés qu'il était dangereux de se fonder sur les témoignages des complices pour déclarer les accusés coupables, à moins de trouver appui dans le reste de la preuve. Tout jury raisonnable ayant reçu ces directives aurait fait preuve d'une grande prudence dans son examen des témoignages en question et dans l'appréciation de leur crédibilité. [18] [21-23]

Cases Cited

By Fish J.

Referred to: *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321.

By Deschamps J.

Referred to: *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321; *R. v. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199.

APPEALS from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Cromwell, Hamilton and Fichaud J.J.A.), 2007 NSCA 19, 251 N.S.R. (2d) 236 (*sub nom. R. v. James*), 802 A.P.R. 236, 216 C.C.C. (3d) 490, [2007] N.S.J. No. 56 (QL), 2007 CarswellNS 61, upholding the convictions of the two accused. Appeals dismissed.

Timothy E. Breen, for the appellant Neil William Smith.

Donald C. Murray, Q.C., for the appellant Wayne Alexander James.

James A. Gumpert, Q.C., Peter J. Craig and *Jennifer A. MacLellan*, for the respondent.

Jennifer M. Woollcombe, for the intervener Attorney General of Ontario.

Donald B. Bayne and *Norman D. Boxall*, for the intervener Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein J.J. was delivered by

FISH J. —

I

[1] The only issue before the Court on these appeals is the sufficiency of the caution given by the trial judge to the jury in respect of two unsavoury witnesses.

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321.

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321; *R. c. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Cromwell, Hamilton et Fichaud), 2007 NSCA 19, 251 N.S.R. (2d) 236 (*sub nom. R. c. James*), 802 A.P.R. 236, 216 C.C.C. (3d) 490, [2007] N.S.J. No. 56 (QL), 2007 CarswellNS 61, qui a confirmé les déclarations de culpabilité des deux accusés. Pourvois rejetés.

Timothy E. Breen, pour l'appelant Neil William Smith.

Donald C. Murray, c.r., pour l'appelant Wayne Alexander James.

James A. Gumpert, c.r., Peter J. Craig et *Jennifer A. MacLellan*, pour l'intimée.

Jennifer M. Woollcombe, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Donald B. Bayne et *Norman D. Boxall*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement des juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] En l'espèce, la Cour doit seulement statuer sur la suffisance de la mise en garde que le juge du procès a adressée au jury au sujet de deux témoins douteux.

[2] In the companion cases of *R. v. Khela* and *R. v. Sahota*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104. I outlined the proper approach for appellate review of the adequacy of *Vetrovec* warnings (*Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, at p. 831). I emphasized that appellate courts must not measure the sufficiency of a caution against the ruler of perfection. Instead, the inquiry should focus on whether the instruction achieved its purpose: To warn the jury of the danger of relying on the impugned witness's testimony without being comforted, by some other evidence, that the witness is telling the truth about the accused's involvement in the crime. The caution should also direct the jury to the type of evidence capable of providing such comfort.

[3] The trial judge in this case provided a thorough and complete warning in relation to two very unsavoury characters. On any reasonable view of the record, it is clear that the jury would have been left with the impression that the impugned witnesses were highly suspect and their evidence should be accepted only with great caution.

[4] I am not persuaded that the trial judge made any error in the caution he gave to the jury regarding the two unsavoury witnesses. I would therefore dismiss the appeal.

II

[5] Sean Simmons was shot to death on October 3, 2000 in Dartmouth, Nova Scotia. The appellants, Wayne James and Neil Smith, were charged with conspiring with Steven Gareau and Dean Kelsie to murder him and with his first degree murder. The Crown's theory of the case was that Smith, a high-level drug dealer associated with the Halifax Hells Angels, ordered the killing of Simmons, that James and Paul Derry arranged it, and that Gareau and/or Kelsie carried it out.

[6] The Crown's case against the appellants rested, in large part, on the evidence of Derry and

[2] Dans les pourvois connexes *R. c. Khela* et *R. c. Sahota*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, j'ai exposé le raisonnement qu'il convient d'adopter pour l'examen en appel du caractère adéquat des mises en garde de type *Vetrovec* (*Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, p. 831). J'ai souligné que les tribunaux d'appel ne doivent pas mesurer la suffisance d'une mise en garde selon un critère de perfection. Il s'agit plutôt de se demander principalement si la directive a atteint son but : avertir le jury du danger de se fier à la déposition d'un témoin dont la crédibilité est contestée sans être conforté dans son opinion, par quelque autre élément de preuve, qu'il dit la vérité au sujet de l'implication de l'accusé dans le crime. La mise en garde doit aussi indiquer au jury le type de preuve pouvant le conforter à cet égard.

[3] En l'espèce, le juge du procès a fait une mise en garde approfondie et complète au sujet de deux individus très douteux. Selon toute interprétation raisonnable des faits au dossier, il est clair que le jury était resté avec l'impression que les témoins dont la crédibilité était contestée étaient extrêmement suspects et qu'il ne fallait accepter leurs témoignages qu'avec grande prudence.

[4] Je ne suis pas convaincu que le juge du procès ait commis une erreur dans la mise en garde qu'il a adressée au jury à propos des deux témoins douteux. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II

[5] Sean Simmons a été tué par balles le 3 octobre 2000 à Dartmouth, en Nouvelle-Écosse. Les appellants, Wayne James et Neil Smith, ont été accusés d'avoir comploté avec Steven Gareau et Dean Kelsie pour le tuer et accusés de meurtre au premier degré. Selon la théorie du ministère public, M. Smith, un trafiquant de drogue de haut niveau qui fréquentait les Hells Angels de Halifax, a ordonné le meurtre de M. Simmons, MM. James et Paul Derry devant prendre les arrangements nécessaires et M. Gareau ou M. Kelsie, ou les deux, devant exécuter le meurtre.

[6] La preuve à charge qui pesait contre les appellants reposait, en grande partie, sur les témoignages

his wife, Tina Potts. Derry and Potts had been involved in the killing and attempts to cover it up. They were granted immunity in exchange for their assistance and were both enrolled in the witness protection program. Derry's drug debt was paid off. He became a police agent and was paid \$500 a week. His phone was tapped and he wore a wire to intercept conversations with the appellants.

[7] Derry testified that he was present during a meeting where Smith told James he wanted Simmons "whacked". The motivation apparently was that the deceased had years earlier had an affair with the girlfriend of the leader of the Hells Angels' Halifax chapter.

[8] On the day of the murder, Gareau, acting on Derry's instructions, located Simmons at his apartment. He telephoned Derry and James and told them where Simmons could be found. James and Derry, along with Potts and Kelsie, drove there together. James was armed with a handgun obtained from Derry and Potts. Derry told James that he should not be the shooter because, as a tall black man, he would be too visible in the middle of the afternoon. James passed the gun to Kelsie and told him how to do the killing. The group met up with Gareau at a muffler shop near the apartment. James gave him \$20 and told him to go to a bar later. Gareau and Kelsie went to the apartment while the others waited. Within minutes, Kelsie returned to the car saying that he had shot Simmons. Derry and Potts took steps to get rid of the gun and the clothing Kelsie had been wearing at the time of the shooting.

[9] The defence position at the appellants' trial was that Derry and Potts were not credible witnesses. Counsel told the jury that they fabricated their evidence about the appellants' involvement in order to save themselves from prosecution — offering

de M. Derry et de sa femme, Tina Potts. Ceux-ci avaient été impliqués dans le meurtre et les tentatives pour le camoufler. Ils ont obtenu l'immunité en échange de leur aide et ont bénéficié du programme de protection des témoins. La dette de drogue de M. Derry a été entièrement remboursée. Il est devenu un agent travaillant pour la police et touchait à ce titre 500 \$ par semaine. Son téléphone était sur écoute et il portait un micro caché pour intercepter les conversations avec les appelants.

[7] M. Derry a témoigné qu'il était présent à une réunion au cours de laquelle M. Smith a dit à M. James qu'il voulait [TRADUCTION] « donner un grand coup » à M. Simmons. Le mobile était apparemment la liaison que le défunt avait eue des années auparavant avec la petite amie du chef de la section de Halifax des Hells Angels.

[8] Le jour du meurtre, M. Gareau, suivant les instructions de M. Derry, a repéré M. Simmons à son appartement. Il a téléphoné à MM. Derry et James pour leur dire où ils pouvaient trouver M. Simmons. MM. James et Derry, ainsi que M^{me} Potts et M. Kelsie, se sont rendus ensemble en voiture sur les lieux. M. James était armé d'un pistolet que lui avaient procuré M. Derry et M^{me} Potts. M. Derry a dit à M. James qu'il ne faudrait pas que ce soit lui qui tire, car, comme il était de race noire et de grande taille, il serait trop visible en plein après-midi. M. James a alors passé l'arme à M. Kelsie et lui a dit comment exécuter le meurtre. Le groupe a retrouvé M. Gareau à un atelier d'installation de silencieux situé près de l'appartement. M. James lui a donné 20 \$ et lui a dit d'aller à un bar plus tard. MM. Gareau et Kelsie sont allés à l'appartement pendant que les autres attendaient. Dans les minutes qui ont suivi, M. Kelsie est revenu à la voiture disant qu'il avait tué M. Simmons. M. Derry et M^{me} Potts se sont arrangés pour se débarrasser de l'arme et des vêtements que portait M. Kelsie au moment du meurtre.

[9] Au procès des appelants, la défense a fait valoir que M. Derry et M^{me} Potts n'étaient pas des témoins crédibles. L'avocat a déclaré au jury qu'ils avaient fabriqué de toutes pièces leurs témoignages sur la participation des appelants pour se protéger

up Smith and James, who were admittedly high level drug dealers, to enhance their own bargaining power.

[10] The trial judge instructed the jury generally on the credibility of witnesses and singled out Paul Derry and Tina Potts for special consideration:

... I warn you that you should be extremely cautious in accepting their testimony. It is unsafe for you to rely on their evidence alone. This is because both Tina Potts and Paul Derry are looked upon by the law as accomplices in the killing of Mr. Simmons and as well, Mr. Derry was a police agent. Both have admitted to a series of criminal convictions, many of which involved offences of dishonest[y]. Both have also admitted that they have lived by committing fraud and dealing drugs. In addition, these two witnesses were very involved in the offences before the Court. They, according to their own evidence, provided the weapon used, drove others to the scene of the offence, and disposed of the evidence afterwards. Mr. Derry also, by his own admission, actively participated in the search for Sean Simmons before he was killed.

When arrested for the murder of Sean Simmons both admitted they lied to the police. They were given immunity from prosecution in return for cooperating with the police and testifying in Court. Paul Derry was paid \$500 per week while working as a police agent and he and Ms. Potts were provided with an apartment. Mr. Derry's drug debt was paid off and both he and Ms. Potts were relocated and entered the witness protection program.

Mr. Derry acknowledged in approaching the police he was looking to see if he could work an operation for them. In other words, he was looking to make money and obtain immunity for himself and Ms. Potts. You should examine all the other evidence in this case and look for evidence that confirms or supports that of Tina Potts and Paul Derry. What you should look for is evidence that agrees with the important parts of their testimony and makes you more confident that their evidence at trial is true. [Appellant's Record, No. 31980, at pp. 50-51]

[11] The trial judge then reviewed particular evidence the jury might consider in determining

contre des poursuites — sacrifiant MM. Smith et James, qui ont reconnu être des trafiquants de drogue de haut niveau, pour accroître leur pouvoir de négociation.

[10] Le juge du procès a informé les jurés de façon générale sur la crédibilité des témoins et a attiré leur attention plus particulièrement sur Paul Derry et Tina Potts :

[TRADUCTION] ... je vous avertis que vous devez faire preuve d'une extrême prudence avant d'accepter leurs témoignages. Il est risqué pour vous de vous fonder uniquement sur leurs témoignages, car Tina Potts et Paul Derry sont tous deux considérés en droit comme des complices dans le meurtre de M. Simmons et aussi M. Derry est un agent travaillant pour la police. Tous deux ont admis avoir fait l'objet d'une série de déclarations de culpabilité pour des infractions criminelles, dont bon nombre impliquaient la malhonnêteté. Tous deux ont aussi admis avoir vécu de la fraude et du trafic de drogue. De plus, ces deux témoins étaient très impliqués dans les infractions qui nous intéressent. Selon leurs témoignages, ils ont fourni l'arme utilisée, ont conduit les autres sur les lieux de l'infraction et se sont ensuite débarrassés de la preuve. Par ailleurs, de son propre aveu, M. Derry a participé activement à la recherche de Sean Simmons avant le meurtre.

Lors de leur arrestation pour le meurtre de Sean Simmons, tous deux ont admis avoir menti à la police. Ils ont obtenu l'immunité contre toute poursuite en échange de leur collaboration avec la police et de leurs témoignages au procès. Paul Derry touchait 500 \$ par semaine comme agent travaillant pour la police et on leur a fourni, à lui et à M^{me} Potts, un appartement. La dette de drogue de M. Derry a été entièrement remboursée. Lui et M^{me} Potts ont été relocalisés et sont entrés dans le programme de protection des témoins.

M. Derry a reconnu qu'en entrant en contact avec la police il voulait voir s'il pouvait travailler pour elle dans une opération. Autrement dit, il cherchait à se faire de l'argent et à obtenir l'immunité pour lui et M^{me} Potts. Vous devez examiner tous les autres éléments de preuve dans cette affaire et chercher ceux qui confirment ou étayent les témoignages de Tina Potts et de Paul Derry. Ce que vous devez chercher, c'est une preuve qui corrobore les parties importantes de leurs dépositions et qui vous permet d'être sûrs que leurs témoignages au procès est véridique. [d.a., n° 31980, p. 50-51]

[11] Le juge du procès a ensuite examiné certains éléments de preuve que le jury pourrait prendre en

whether the testimony of Potts and Derry was confirmed by other evidence. He concluded the *Vetrovec* warning by stating:

In this trial we heard evidence about Mr. Derry and Ms. Potts. As a matter of law I can tell you that both of them are looked upon as accomplices and it is a rule of law that the evidence of one accomplice cannot confirm or support the evidence of another. You should not consider their evidence to see if they do, in fact, support one another. I have not pointed out all the evidence that might be capable of supporting the evidence of these two witnesses. In the end you should ask yourselves whether enough of the important parts of their testimony have been confirmed to persuade you that their story is true and that it is safe for you to rely on it. I must tell you that you are not legally required to find such support before you can rely on their evidence. You may rely on it without finding support if you are convinced beyond a reasonable doubt that it is true. However, it is dangerous for you to accept the evidence of Ms. Potts and Mr. Derry unless you find some support for it in the other evidence. [Appellant's Record, No. 31980, at pp. 53-54]

Earlier in the charge, the trial judge reminded the jury that both Derry and Potts had criminal records and told that jury that prior convictions "may indicate a lack of moral responsibility to tell the truth" (Appellant's Record, No. 31980, at p. 49).

III

[12] The appellants submit that the trial judge's warning was insufficient because it failed to explain to the jury *why* a paid agent, who was an accomplice to the offence, is in a particularly good position — and has a particularly strong motive — to fabricate the involvement of the accused. Counsel for the appellants took the position that a more thorough explanation of the risk associated with these witnesses was necessary. Specifically, the jury should have been told that Derry and Potts had a good opportunity and motive to mislead the court and fabricate a compelling version of events that falsely implicated James and Smith.

considération pour déterminer si d'autres preuves confirmeraient les témoignages de M. Derry et de M^{me} Potts. Il a conclu ainsi la mise en garde de type *Vetrovec* :

[TRADUCTION] Dans ce procès, nous avons entendu des témoignages sur M. Derry et M^{me} Potts. Je peux vous dire qu'en droit ils sont considérés comme des complices et qu'il existe une règle de droit selon laquelle le témoignage d'un complice ne peut confirmer ou appuyer celui d'un autre. Vous ne devez pas examiner leurs dépositions pour voir si elles corroborent effectivement l'une l'autre. Je n'ai pas indiqué tous les éléments de preuve susceptibles de renforcer les dépositions de ces deux témoins. Au final, vous devez vous demander si les parties importantes de leurs témoignages ont été suffisamment confirmées pour vous convaincre que leur version des faits est véridique et que vous pouvez sans danger vous y fier. Je dois vous dire que vous n'êtes pas tenus de par la loi de trouver de tels éléments de corroboration pour pouvoir vous fier à leurs témoignages. Vous pouvez vous y fier sans trouver d'élément de corroboration si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que leur récit est véridique. Il est toutefois dangereux pour vous d'accepter les témoignages de M^{me} Potts et de M. Derry à moins de trouver appui dans le reste de la preuve. [d.a., n° 31980, p. 53-54]

Plus tôt dans ses directives, le juge du procès a rappelé aux jurés que M. Derry et M^{me} Potts ont tous deux un casier judiciaire et leur a dit que les déclarations de culpabilité antérieures [TRADUCTION] « peuvent dénoter l'absence de responsabilité morale de dire la vérité » (d.a., n° 31980, p. 49).

III

[12] Les appelants soutiennent que la mise en garde du juge du procès était insuffisante, car elle n'expliquait pas au jury *pourquoi* un agent rémunéré, qui était un complice dans l'infraction, est particulièrement bien placé — et a un mobile particulièrement puissant — pour fabriquer l'histoire de l'implication des accusés. Selon les avocats des appelants, une explication plus approfondie du risque que présentaient ces témoins s'imposait. En particulier, le jury aurait dû être informé que M. Derry et M^{me} Potts avaient une bonne occasion et un bon mobile pour induire la cour en erreur et inventer une version convaincante des événements qui met faussement en cause MM. James et Smith.

[13] I am not persuaded the trial judge erred in this regard. In my view, the Nova Scotia Court of Appeal correctly concluded:

On a review of this charge in its entirety, there is simply no substance to these complaints. The judge's charge, read as a whole in the context of this record, amply satisfies the requirement for a suitable warning as delineated in *Sauvé*. The judge's warnings not only do not disclose error, but they were commendably thorough.

(2007 NSCA 19, 216 C.C.C. (3d) 490, at para. 110)

[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. It does not necessitate an exhaustive explanation of how a particular characteristic might enable a witness to upset the fact-finding process.

[15] The approach advocated by the appellants may be helpful in some circumstances, particularly where the risks posed by accepting the testimony of an unsavoury witness would be unfamiliar or unapparent to the jury. In cases where the unsavoury witness is an accomplice, it may be useful for the trial judge to explain why that witness would be able to concoct a particularly compelling story that falsely implicates the accused. All that an accomplice must add to an otherwise truthful, and potentially confirmable story, is the participation of the accused.

[16] As I explained in *Khela*, however, there is no particular formula for a proper *Vetrovec* warning. Trial judges have significant discretion to craft the instruction in accordance with the circumstances of the trial. In this case, the trial judge provided more to the jury than a mere "shopping list" of unfavourable characteristics. He highlighted Derry and Potts' status as accomplices, criminals, fraudsters and, in Derry's case, a paid agent. The judge

[13] Je ne suis pas convaincu que le juge du procès ait fait erreur à cet égard. À mon avis, c'est avec raison que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu :

[TRADUCTION] Il ressort de l'examen de l'ensemble de ces directives que les plaintes ne sont tout simplement pas fondées. Prises dans leur totalité dans le contexte de ce dossier, les directives du juge satisfont amplement à l'exigence de mise en garde appropriée énoncée dans *Sauvé*. Non seulement les mises en garde du juge ne révèlent aucune erreur, mais elles sont aussi remarquablement approfondies.

(2007 NSCA 19, 216 C.C.C. (3d) 490, par. 110)

[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. Il n'est pas nécessaire de lui expliquer de façon exhaustive comment une caractéristique donnée peut permettre à un témoin de bouleverser l'instruction de la cause.

[15] L'approche préconisée par les appelants peut être utile dans certaines circonstances, surtout si le jury ne connaît pas ou ne voit pas les risques que présente l'acceptation de la déposition d'un témoin douteux. Dans les cas où le témoin douteux est un complice, il peut être utile que le juge du procès explique pourquoi ce témoin pourrait concocter une histoire particulièrement convaincante mettant faussement en cause l'accusé. Tout ce qu'un complice doit ajouter à une histoire autrement véridique, et susceptible d'être confirmée, est la participation de l'accusé.

[16] Comme je l'ai expliqué dans *Khela*, toutefois, il n'existe pas de formule particulière pour une mise en garde appropriée de type *Vetrovec*. Les juges de première instance disposent d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour formuler leurs directives en fonction des circonstances du procès. En l'espèce, le juge du procès a fourni au jury plus qu'une simple liste de caractéristiques défavorables. Il a attiré l'attention sur le fait que

detailed their involvement in the crime and referred to their immunity agreements and the benefits the witnesses had received for their cooperation. In addition to the *Vetrovec* caution given in the charge, the trial judge warned the jurors before Derry and Potts testified to consider their evidence with “care and caution”. He noted that because of certain benefits or promises from the police, the witnesses may have “an interest in testifying favourably”.

[17] The Court of Appeal found that Derry and Potts are the kind of witnesses for whom *Vetrovec* warnings were made. I agree. For that reason, the trial judge gave a thorough caution that clearly alerted the jury to the dangers of accepting the testimony of Derry and Potts, without more, to convict the appellants. He made no error in doing so, and I would accordingly dismiss the appeals.

The following are the reasons delivered by

[18] DESCHAMPS J. — In the companion cases of *R. v. Khela* and *R. v. Sahota*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, I explain what I find to be the proper content of the warning given to jurors pursuant to *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, concerning the credibility of unsavoury witnesses. Simply put, while the framework drawn from *R. v. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321 (Ont. C.A.), may be helpful, I disagree that the jurors must be told to seek “independent” and “material” evidence corroborating the testimony. The real issue is credibility.

[19] As Fish J. notes (at para. 1) for the majority, the only issue in the present cases is whether the content of the *Vetrovec* warning given by the trial judge with respect to the testimony of Paul Derry and Tina Potts is acceptable. I adopt my colleague’s presentation of the facts and, for the reasons that follow, I would also dismiss the appeals.

M. Derry et M^{me} Potts sont des complices, des criminels, des fraudeurs et, dans le cas de M. Derry, un agent rémunéré. Il a expliqué en détail leur participation au crime et a mentionné leurs ententes d’immunité ainsi que les avantages qu’ils avaient reçus en échange de leur collaboration. En plus de la mise en garde de type *Vetrovec* qu’il a faite dans ses directives, il a averti les jurés, avant les dépositions de M. Derry et de M^{me} Potts, de considérer leurs témoignages avec « soin et prudence ». Il a fait remarquer qu’en raison de certains avantages ou promesses obtenus de la police, les témoins peuvent avoir [TRADUCTION] « intérêt à donner une déposition favorable ».

[17] La Cour d’appel a conclu que M. Derry et M^{me} Potts étaient le genre de témoins visés par les mises en garde de type *Vetrovec*. J’en conviens. C’est pour cette raison que le juge du procès avait clairement averti le jury du danger de se fonder uniquement sur les témoignages de M. Derry et de M^{me} Potts pour déclarer les appelants coupables. Il n’a de ce fait commis aucune erreur. Je suis donc d’avis de rejeter les pourvois.

Version française des motifs rendus par

[18] LA JUGE DESCHAMPS — Dans les affaires connexes *R. c. Khela* et *R. c. Sahota*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, j’explique les éléments que doit comporter, à mon avis, la mise en garde adressée au jury conformément à l’arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, au sujet de la crédibilité des témoins douteux. En clair, même si le cadre tiré de *R. c. Sauvé* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321 (C.A. Ont.), peut être utile, je ne pense pas qu’il faille demander aux jurés de chercher des preuves corroborantes qui soient « indépendantes » et « substantielles ». La véritable question concerne la crédibilité.

[19] Comme le souligne le juge Fish (par. 1) au nom de la majorité, il s’agit seulement en l’espèce de décider si le contenu de la mise en garde de type *Vetrovec* que le juge du procès a faite au sujet des témoignages de Paul Derry et de Tina Potts est acceptable. J’adopte les faits tels que mon collègue les a exposés et, pour les motifs qui suivent, je suis également d’avis de rejeter les pourvois.

[20] As in *Khela*, I will ground my review of the charge on the credibility-based approach developed in accordance with *Vetrovec* and *R. v. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199 (Ont. C.A.).

[21] First, the trial judge specifically drew the testimony of Derry and Potts to the jury's attention. Second, he gave extensive explanations, quoted by the majority, on why special scrutiny was necessary, focussing on the facts that the witnesses had extensive criminal records, had taken part in the charged offences and had been granted immunity and other favours in exchange for their testimony. Third, he clearly warned the jurors that it would be dangerous to convict the accused on the basis of Derry's and Potts' testimony if they found no support for that testimony in the rest of the evidence.

[22] Any reasonable jury receiving these instructions would have exercised great care in examining the testimony in question and determining whether it was credible.

[23] The instructions were fully consistent with a functional approach to *Vetrovec* warnings, and the verdict cannot be challenged on the basis that they were not sufficient. Therefore, I agree with the majority that the judgment below should stand and that the appeals should be dismissed and the convictions upheld.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant Neil William Smith: Fleming, Breen, Toronto.

Solicitor for the appellant Wayne Alexander James: Donald C. Murray, Dartmouth.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

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

[20] Comme dans *Khela*, j'examinerai l'exposé au jury selon l'approche fondée sur la crédibilité qui est établie dans *Vetrovec* et *R. c. Zebedee* (2006), 211 C.C.C. (3d) 199 (C.A. Ont.).

[21] Premièrement, le juge du procès a spécifiquement attiré l'attention du jury sur les témoignages de M. Derry et de M^{me} Potts. Deuxièmement, il a donné d'abondantes explications, citées par la majorité, sur les raisons d'un examen particulièrement rigoureux : principalement les faits que les témoins avaient de lourds antécédents judiciaires, avaient participé aux infractions faisant l'objet d'une accusation et avaient reçu l'immunité et d'autres faveurs en échange de leurs témoignages. Troisièmement, il a clairement averti les jurés qu'il était dangereux de se fonder sur les témoignages de M. Derry et de M^{me} Potts pour déclarer les accusés coupables, à moins de trouver appui dans le reste de la preuve.

[22] Tout jury raisonnable ayant reçu ces directives aurait fait preuve d'une grande prudence dans son examen des témoignages en question et dans l'appréciation de leur crédibilité.

[23] Les directives sont parfaitement conformes à l'approche fonctionnelle applicable aux mises en garde de type *Vetrovec*, et le verdict ne peut être contesté au motif qu'elles sont insuffisantes. Par conséquent, je souscris à l'opinion de la majorité qu'il y a lieu de confirmer la décision de la Cour d'appel, de rejeter les pourvois et de maintenir les déclarations de culpabilité.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelant Neil William Smith : Fleming, Breen, Toronto.

Procureur de l'appelant Wayne Alexander James : Donald C. Murray, Dartmouth.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

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

Solicitors for the intervener Criminal Lawyers' Association (Ontario): Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario): Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

Morley Shafron *Appellant*

v.

**KRG Insurance Brokers (Western)
Inc.** *Respondent*

**INDEXED AS: SHAFRON v. KRG INSURANCE
BROKERS (WESTERN) INC.**

Neutral citation: 2009 SCC 6.

File No.: 31981.

2008: October 16; 2009: January 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Contracts — Employment contracts — Restrictive covenants — Geographic scope of restrictive covenant ambiguous — Whether notional severance or rectification may be invoked to resolve ambiguity or to render unreasonable restriction reasonable.

Employment law — Fiduciary and equitable obligations — Employee leaving his employment in insurance agency to work for another agency as insurance salesman — Former employer alleging that employee breached fiduciary duty not to use confidential information and solicit its clients — Whether employee owed former employer fiduciary and equitable obligations.

In 1987, S sold his insurance agency to KRG. KRG renamed the agency KRG Western and in 1991, sold the agency to another party. S was employed by KRG Western from 1987 to 2001 pursuant to a series of employment contracts. Each employment contract contained a similarly worded restrictive covenant in which S agreed that for three years after leaving his employment for any reason other than termination without cause, he will not be employed in the business of insurance brokerage within the “Metropolitan City of Vancouver”. In January 2001, S began working as an insurance salesman for another agency in Richmond, B.C. KRG Western commenced an action to enforce the restrictive covenant. It also claimed that S had breached fiduciary and equitable obligations. The trial judge dismissed

Morley Shafron *Appelant*

c.

**KRG Insurance Brokers (Western)
Inc.** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : SHAFRON c. KRG INSURANCE
BROKERS (WESTERN) INC.**

Référence neutre : 2009 CSC 6.

N° du greffe : 31981.

2008 : 16 octobre; 2009 : 23 janvier.

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

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

Contrats — Contrats de travail — Clauses restrictives — Portée géographique d'une clause restrictive ambiguë — Peut-on utiliser les théories de la divisibilité fictive ou de la rectification pour dissiper l'ambiguïté ou pour faire en sorte qu'une restriction déraisonnable devienne raisonnable?

Droit de l'emploi — Obligations fiduciaires et en equity — Employé quittant son emploi dans une agence d'assurances pour travailler comme vendeur d'assurance dans une autre agence — Allégation par l'ancien employeur d'un manquement par l'employé à son obligation fiduciaire de ne pas utiliser de renseignements confidentiels ni solliciter ses clients — L'employé avait-il des obligations fiduciaires et en equity envers son ancien employeur?

En 1987, S a vendu son agence d'assurances à KRG. KRG a rebaptisé l'agence KRG Western et l'a vendue à un tiers en 1991. S a travaillé pour KRG Western de 1987 à 2001 en vertu d'une série de contrats de travail. Chaque contrat de travail contenait une clause restrictive formulée en des termes similaires dans laquelle S s'engageait à ne pas travailler dans une entreprise de courtage d'assurance dans « l'agglomération de la ville de Vancouver » pendant les trois années suivant son départ pour quelque raison que ce soit, sauf un congédiement non motivé. En janvier 2001, S a commencé à travailler comme vendeur d'assurance dans une autre agence à Richmond, C.-B. KRG Western a intenté une action pour réclamer l'application de la clause restrictive. Elle soutenait aussi que S avait manqué à ses

the action, finding that the term “Metropolitan City of Vancouver” in the restrictive covenant is neither clear, certain nor reasonable. He also found that S owed no fiduciary duty to KRG Western. The Court of Appeal set aside the decision. While the court found that there was no fiduciary duty, it held that the restrictive covenant was enforceable. The court agreed that the term “Metropolitan City of Vancouver” is ambiguous; however, it applied the doctrine of notional severance and held that the term means the “City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby”.

Held: The appeal should be allowed.

The Court of Appeal erred when it substituted the phrase “City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby” for the “Metropolitan City of Vancouver”. The term “Metropolitan City of Vancouver” was uncertain and ambiguous. Nothing demonstrates a mutual understanding of the parties at the time they entered into the contract as to what geographic area the restrictive covenant covered and it was inappropriate for the Court of Appeal to re-write the covenant. In this case, neither blue-pencil severance nor rectification can be applied to re-write the restrictive covenant. Notional severance cannot be applied to a restrictive covenant. Also, the findings that S was not a fiduciary and did not abuse confidential information belonging to KRG Western are not pure questions of law. These findings were based on evidence at trial and must stand in the absence of any palpable and overriding error by the trial judge. [2] [13] [58]

Restrictive covenants generally are restraints of trade and contrary to public policy. Freedom to contract, however, requires an exception for reasonable restrictive covenants. Normally, the reasonableness of a covenant will be determined by its geographic and temporal scope as well as the extent of the activity sought to be prohibited. Reasonableness cannot be determined if a covenant is ambiguous in the sense that what is prohibited is not clear as to activity, time, or geography. An ambiguous restrictive covenant is by definition, *prima facie* unreasonable and unenforceable. The onus is on the party seeking to enforce the restrictive covenant to show that it is reasonable and a party seeking to enforce an ambiguous covenant will be unable

obligations fiduciaires et en equity. Le juge de première instance a rejeté l'action, ayant conclu que l'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver » employée dans la clause restrictive n'était ni claire, ni précise, ni raisonnable. Il a aussi conclu que S n'avait aucune obligation fiduciaire envers KRG Western. La Cour d'appel a infirmé cette décision. Elle a conclu qu'il n'existait pas d'obligation fiduciaire, mais que la clause restrictive était applicable. La cour estimait que l'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver » était ambiguë; elle a toutefois appliqué la théorie de la divisibilité fictive pour l'interpréter comme englobant « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l'Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby ».

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La Cour d'appel a eu tort de remplacer « l'agglomération de la ville de Vancouver » par « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l'Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby ». L'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver » était imprécise et déraisonnable. Rien ne révèle que les parties s'étaient entendues sur la portée géographique de la clause restrictive lors de la conclusion du contrat et la Cour d'appel ne pouvait pas récrire la clause. En l'espèce, ni la technique du trait de crayon bleu, ni la théorie de la rectification ne peuvent être appliquées pour récrire la clause restrictive. La théorie de la divisibilité fictive ne peut pas être appliquée à une clause restrictive. En outre, les conclusions que S n'avait pas d'obligations fiduciaires et n'a pas utilisé de renseignements confidentiels appartenant à la société KRG Western de façon irrégulière ne constituaient pas de pures questions de droit. Ces conclusions s'appuyaient sur la preuve présentée au procès et doivent être confirmées en l'absence d'une erreur manifeste et dominante de la part du juge de première instance. [2] [13] [58]

En général, les clauses restrictives constituent des restrictions au commerce et sont contraires à l'intérêt public. La liberté contractuelle exige toutefois que les clauses restrictives raisonnables fassent exception. Normalement, le caractère raisonnable d'une clause restrictive est apprécié en regard de sa portée géographique et de sa durée, ainsi que de l'ampleur des activités interdites. Lorsqu'une clause est ambiguë, en ce sens que l'interdiction n'est pas clairement définie quant à sa durée, à sa portée géographique ou à l'activité interdite, il est impossible d'en apprécier le caractère raisonnable. Une clause restrictive ambiguë est par définition déraisonnable et inapplicable à première vue. C'est à la partie qui réclame l'application d'une clause

to demonstrate reasonableness. Restrictive covenants in employment contracts are scrutinized more rigorously than restrictive covenants in a sale of a business because there is often an imbalance in power between employees and employers and because a sale of a business often involves a payment for goodwill whereas no similar payment is made to an employee leaving his or her employment. In this case, the restrictive covenant arises in an employment contract and attracts the higher standard of scrutiny. [15-17] [21-23] [25-27] [43]

Notional severance, reading down a contractual provision so as to make it legal and enforceable, is not an appropriate mechanism to cure a defective restrictive covenant. Notional severance may be available where an objective bright line test exists to distinguish what is legal from what is not. There is no objective bright-line test for reasonableness and applying notional severance simply amounts to a court rewriting a covenant in a manner that it subjectively considers reasonable. Employers should not be invited to draft overly broad restrictive covenants with the prospect that the court will sever the unreasonable parts or read down the covenant to what the courts consider reasonable. This would change the risks assumed by the parties and inappropriately increase the risk that an employee will be forced to abide by an unreasonable covenant. The Court of Appeal should not have attempted to resolve the ambiguity in this case by reading down the restrictive covenant according to its own notion of reasonableness and what it thought that the parties might have intended. [2] [31] [33] [39] [41] [47]

Blue-pencil severance, removing part of a contractual provision, may be resorted to sparingly and only in cases where the part being removed is clearly severable, trivial and not part of the main purport of the restrictive covenant. Blue-pencil severance cannot be applied to remove the word “Metropolitan” from the restrictive covenant in this case because it is not merely a trivial part of the covenant agreed to by the parties. There is no evidence that the parties unquestioningly would have agreed to remove the word “Metropolitan” without varying any other terms of the contract or otherwise changing the bargain. [2] [36] [50]

restrictive qu’il incombe de démontrer qu’elle est raisonnable, ce que la partie qui invoque une clause ambiguë est dans l’impossibilité de démontrer. Les clauses restrictives contenues dans les contrats de travail font l’objet d’un examen plus minutieux que celles qui figurent dans les contrats de vente d’une entreprise parce qu’il y a souvent inégalité de pouvoir entre employeur et employé et parce que la vente d’une entreprise comporte souvent un paiement pour l’achalandage, alors que l’employé qui quitte son emploi ne reçoit aucun paiement à ce titre. En l’espèce, la clause restrictive figure dans un contrat de travail et doit être examinée selon le critère plus rigoureux. [15-17] [21-23] [25-27] [43]

Il n’est pas possible de recourir à la divisibilité fictive, d’attribuer une interprétation atténuée à une disposition contractuelle de façon à la rendre légale et applicable, pour remédier aux lacunes d’une clause restrictive. La divisibilité fictive peut entrer en jeu lorsqu’il existe un critère de démarcation nette entre la légalité et l’illégalité. Il n’existe pas de critère de démarcation nette pour l’appréciation du caractère raisonnable et appliquer la théorie de la divisibilité fictive équivaut à récrire la clause selon ce que le tribunal estime raisonnable d’un point de vue subjectif. Les employeurs ne doivent pas être incités à rédiger des clauses restrictives d’une portée démesurée en s’attendant à ce que les tribunaux en retranchent les éléments déraisonnables ou en donnent une interprétation atténuée selon ce qu’ils jugent raisonnable. Cela modifierait les risques assumés par les parties et accroîtrait indûment le risque que l’employé soit contraint de consentir à une clause déraisonnable. La Cour d’appel n’aurait pas dû tenter de dissiper l’ambiguïté en donnant une interprétation atténuée de la clause restrictive selon ce qu’elle jugeait raisonnable et sa perception de l’intention possible des parties. [2] [31] [33] [39] [41] [47]

La technique du trait de crayon bleu, la suppression d’une partie d’une disposition contractuelle, devrait être appliquée avec parcimonie et uniquement dans les cas où la partie retranchée peut clairement être séparée du reste de la clause, est dénuée d’importance et ne fait pas partie de l’objet principal de la clause restrictive. On ne peut avoir recours à cette technique en l’espèce pour retrancher les mots « l’agglomération de » dans la clause restrictive parce que cette partie de la clause dont les parties ont convenu n’est pas dénuée d’importance. Rien ne démontre que les parties se seraient incontestablement entendues pour les supprimer sans changer quoi que ce soit aux autres clauses du contrat ni modifier autrement le marché. [2] [36] [50]

Rectification cannot be invoked to resolve the ambiguity in this case. Rectification is used to restore what the parties' agreement actually was, were it not for the error in the written agreement. Here, there is no indication that the parties agreed on something and then mistakenly included something else in the written contract. Rather, they used an ambiguous term in the contract. KRG Western can point to no prior agreement, written or oral, that explains the term "Metropolitan City of Vancouver". [3] [57]

Cases Cited

Explained: *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1 S.C.R. 249; **applied:** *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; **not followed:** *T. S. Taylor Machinery Co. v. Biggar* (1968), 2 D.L.R. (3d) 281; *Putsman v. Taylor*, [1927] 1 K.B. 637; *T. Lucas & Co. v. Mitchell*, [1974] Ch. 129; **referred to:** *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535; *Herbert Morris, Ltd. v. Saxelby*, [1916] 1 A.C. 688; *Leather Cloth Co. v. Lorsont* (1869), L.R. 9 Eq. 345; *Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916; *Burgess v. Industrial Frictions & Supply Co.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 85; *Mason v. Provident Clothing and Supply Co.*, [1913] A.C. 724; *Attwood v. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571; *Globex Foreign Exchange Corp. v. Kelcher*, 2005 ABCA 419, 262 D.L.R. (4th) 752; *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293; *Frederick E. Rose (London) Ltd. v. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Huddart, Thackray and Chiasson JJ.A.), 2007 BCCA 79, 236 B.C.A.C. 116, 390 W.A.C. 116, 64 B.C.L.R. (4th) 125, 25 B.L.R. (4th) 193, 45 C.C.L.I. (4th) 163, [2007] B.C.J. No. 261 (QL), 2007 CarswellBC 276, reversing a decision of Parrett J., 2005 BCSC 1611, 12 B.L.R. (4th) 90, 30 C.C.L.I. (4th) 187, [2005] B.C.J. No. 2506 (QL), 2005 CarswellBC 2758. Appeal allowed.

Neo J. Tuytel and Valerie S. Dixon, for the appellant.

Frank G. Potts and Timothy J. Delaney, for the respondent.

Il n'est pas possible d'invoquer la rectification pour dissiper l'ambiguïté en l'espèce. La rectification sert à rétablir l'entente véritablement conclue par les parties, n'eût été l'erreur commise dans l'entente écrite. Ici, rien ne permet de croire que les parties auraient convenu d'une chose, puis inscrit par erreur quelque chose d'autre dans le contrat. Elles ont plutôt utilisé une expression ambiguë dans le contrat écrit. KRG Western ne peut faire valoir aucune entente préalable, écrite ou verbale, qui expliquerait l'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver ». [3] [57]

Jurisprudence

Arrêt expliqué : *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249; **arrêt appliqué :** *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; **arrêts non suivis :** *T. S. Taylor Machinery Co. c. Biggar* (1968), 2 D.L.R. (3d) 281; *Putsman c. Taylor*, [1927] 1 K.B. 637; *T. Lucas & Co. c. Mitchell*, [1974] Ch. 129; **arrêts mentionnés :** *Nordenfelt c. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535; *Herbert Morris, Ltd. c. Saxelby*, [1916] 1 A.C. 688; *Leather Cloth Co. c. Lorsont* (1869), L.R. 9 Eq. 345; *Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916; *Burgess c. Industrial Frictions & Supply Co.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 85; *Mason c. Provident Clothing and Supply Co.*, [1913] A.C. 724; *Attwood c. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571; *Globex Foreign Exchange Corp. c. Kelcher*, 2005 ABCA 419, 262 D.L.R. (4th) 752; *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293; *Frederick E. Rose (London) Ltd. c. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Huddart, Thackray et Chiasson), 2007 BCCA 79, 236 B.C.A.C. 116, 390 W.A.C. 116, 64 B.C.L.R. (4th) 125, 25 B.L.R. (4th) 193, 45 C.C.L.I. (4th) 163, [2007] B.C.J. No. 261 (QL), 2007 CarswellBC 276, qui a infirmé une décision du juge Parrett, 2005 BCSC 1611, 12 B.L.R. (4th) 90, 30 C.C.L.I. (4th) 187, [2005] B.C.J. No. 2506 (QL), 2005 CarswellBC 2758. Pourvoi accueilli.

Neo J. Tuytel et Valerie S. Dixon, pour l'appellant.

Frank G. Potts et Timothy J. Delaney, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu
par

ROTHSTEIN J. —

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

I. Introduction

[1] The central issue in this appeal is whether, in an employment contract, the doctrine of severance may be invoked to resolve an ambiguous term in a restrictive covenant or render an unreasonable restriction in the covenant reasonable. The issue arises because the term “Metropolitan City of Vancouver” in the restrictive covenant contained in the contract between the parties has no legally defined meaning and is therefore ambiguous.

[1] La question qui est au cœur du présent pourvoi est celle de savoir si, dans le contexte d'un contrat de travail, il est possible d'invoquer la théorie de la divisibilité pour dissiper l'ambiguïté d'un terme dans une clause restrictive ou pour faire en sorte qu'une restriction déraisonnable y figurant devienne raisonnable. Cette question se pose en raison de l'ambiguïté de l'expression « Metropolitan City of Vancouver » (« agglomération de la ville de Vancouver ») utilisée dans la clause restrictive du contrat signé par les parties, mais dont le sens n'est pas défini en droit.

[2] Severance, when permitted, appears to take two forms. “Notional” severance involves reading down a contractual provision so as to make it legal and enforceable. “Blue-pencil” severance consists of removing part of a contractual provision. For reasons I set out below, notional severance is not an appropriate mechanism to cure a defective restrictive covenant. As for blue-pencil severance, it may only be resorted to in rare cases where the part being removed is trivial, and not part of the main purport of the restrictive covenant. These circumstances are not present in this case and hence the ambiguity cannot be cured by severing the word “Metropolitan”.

[2] Le recours à la divisibilité, lorsqu'il est permis, peut prendre deux formes. La « divisibilité fictive » permet d'attribuer une interprétation atténuée à une disposition contractuelle de façon à la rendre légale et applicable. La divisibilité pure et simple — ou « technique du trait de crayon bleu » — permet de supprimer une partie d'une disposition contractuelle. Pour les motifs exposés ci-après, il n'est pas possible de recourir à la divisibilité fictive pour remédier aux lacunes d'une clause restrictive. Quant à la divisibilité pure et simple, on ne peut y avoir recours que dans les rares cas où la partie supprimée est dénuée d'importance et ne fait pas partie de l'objet principal de la disposition. Ces conditions ne sont pas réunies en l'espèce. Par conséquent, il n'est pas possible de dissiper l'ambiguïté en supprimant les mots « l'agglomération de » (« Metropolitan »).

[3] A secondary issue is whether rectification may be invoked to resolve the ambiguity. In my opinion, it cannot. There is no indication that the parties agreed on something and then mistakenly included something else in the written contract. The doctrine of rectification cannot be invoked to rewrite the bargain between the parties.

[3] La question secondaire de savoir s'il est possible d'invoquer la rectification pour dissiper l'ambiguïté a aussi été soulevée. À mon avis, cela n'est pas possible. Rien n'indique que les parties auraient convenu d'une stipulation, puis auraient par erreur consigné une stipulation différente dans le contrat écrit. La théorie de la rectification ne peut pas être utilisée pour récrire le marché conclu par les parties.

II. Facts

[4] On December 31, 1987, Morley Shafron sold the shares he owned in his own insurance agency business, Morley Shafron Agencies Ltd. (“MSA”), to KRG Insurance Brokers Inc. for a total consideration of \$700,000. The name of his business was changed from MSA to KRG Insurance Brokers (Western) Inc. (“KRG Western”) following the sale. Shafron continued to be employed in the business.

[5] While there were a number of agreements between various parties over a period of some 12 years, it is not necessary to refer to all of them. I refer only to those relevant to the issues in this appeal. In early 1988, Shafron entered into a contract containing a non-competition clause with KRG Insurance Brokers Inc. and KRG Management Inc. (the owner of KRG Insurance Brokers Inc.). That contract contained the following terms, among others:

Employment of Shafron

3. The Corporation [KRG Management Inc.] agrees that it shall cause KRG Insurance [KRG Insurance Brokers Inc.] or MSA to engage and to continue to engage Shafron for the term of this agreement [until January 1, 1991] to provide to the Corporation in the Province of British Columbia such managerial and insurance brokerage services as may be required or reasonably requested by KRG Insurance including, but without limiting the generality of the foregoing;

. . .

Non-Competition

12. Shafron agrees that, upon his leaving the employment of MSA or KRG Insurance for any reason save and except for termination by KRG Insurance without cause, he shall not for a period of three (3) years thereafter, directly or indirectly, carry on, be employed in, or be interested in or permit his name to be used in connection with the business of insurance brokerage which is carried on within the metropolitan City of Vancouver. [Emphasis added.]

[6] On February 28, 1991, Shafron entered into a further employment contract with KRG Western,

II. Les faits

[4] Le 31 décembre 1987, Morley Shafron a vendu ses actions dans l’agence d’assurance dont il était propriétaire, Morley Shafron Agencies Ltd. (« MSA »), à KRG Insurance Brokers Inc. moyennant une contrepartie totale de 700 000 \$. Après la vente, son entreprise est devenue la KRG Insurance Brokers (Western) Inc. (« KRG Western »). M. Shafron a continué de travailler au sein de l’entreprise.

[5] Sur une période d’une douzaine d’années, plusieurs ententes ont été conclues entre diverses parties, mais il n’est pas nécessaire de faire état de chacune. Je mentionnerai uniquement les ententes qui ont un lien avec les questions en litige dans le pourvoi. Au début de 1988, M. Shafron a conclu avec KRG Insurance Brokers Inc. et KRG Management Inc. (propriétaire de KRG Insurance Brokers Inc.) un contrat qui contenait une clause de non-concurrence. Ce contrat comportait notamment les stipulations suivantes :

[TRADUCTION]

Emploi de M. Shafron

3. La Société [KRG Management Inc.] s’engage à veiller à ce que KRG Insurance [KRG Insurance Brokers Inc.] ou MSA embauche M. Shafron et le maintienne en fonction pour la durée de la présente entente [jusqu’au 1^{er} janvier 1991], afin que ce dernier fournisse à la Société, en Colombie-Britannique, les services de gestion et de courtage d’assurance qui sont requis ou qui peuvent raisonnablement lui être demandés par KRG Insurance, et notamment les services suivants;

. . .

Non-concurrence

12. Pendant une période de trois (3) ans suivant son départ de MSA ou de KRG Insurance pour quelque raison que ce soit, sauf un congédiement non motivé par KRG Insurance, M. Shafron s’engage à ne pas, même indirectement, exploiter une entreprise de courtage d’assurance, travailler pour une telle entreprise, y avoir des intérêts ni permettre l’utilisation de son nom en rapport avec une telle entreprise dans l’agglomération de la ville de Vancouver. [Je souligne.]

[6] Le 28 février 1991, M. Shafron a conclu avec KRG Western, l’intimée, un autre contrat de travail

the respondent, which was to expire on January 1, 1994, containing a non-competition clause in substantially the same form as in the 1988 agreement. This covenant provided:

13. Non-Competition

Shafron shall not, upon his leaving the employment of the Corporation [KRG Western] for any reason, save and except for termination by the Corporation or KRG Management without cause, for a period of three (3) years thereafter, directly or indirectly, carry on, be employed in, or be interested in or permit his name to be used in connection with the business of insurance brokerage which is carried on within the Metropolitan City of Vancouver. [Emphasis added.]

[7] On July 31, 1991, Intercity Investment Corporation (“Intercity”) acquired the shares of KRG Western. The February 28, 1991 employment contract provided that upon the sale of 50 percent or more of the shares of KRG Western, Shafron’s employment would terminate. In order to continue working for KRG Western, on August 1, 1991, Shafron entered into yet another employment contract with KRG Western, which was to expire on January 1, 1994, containing a restrictive covenant essentially identical to the language of the February 28, 1991 covenant. The only difference was the deletion of the words “or KRG Management” from the covenant. There were two additional renewals of this employment agreement in 1993 and 1998. The 1993 agreement expired on December 31, 1998 and the 1998 agreement expired on December 31, 2000. Each renewal included the same restrictive covenant as contained in the August 1, 1991 agreement.

[8] In December 2000, as the 1998 employment contract was about to expire, Shafron left KRG Western’s employment and in January 2001 began working as an insurance salesman for another agency, Shaw Insurance Agency Ltd. (“Shaw”), in Richmond.

[9] KRG Western commenced an action in the Supreme Court of British Columbia claiming that Shafron was wrongly competing with it in breach of the restrictive covenant. It also made additional

devant prendre fin le 1^{er} janvier 1994, qui contenait une clause de non-concurrence essentiellement identique à celle figurant dans le contrat de 1988. En voici le libellé :

[TRADUCTION]

13. Non-concurrence

Pendant une période de trois (3) ans suivant son départ de la Société [KRG Western] pour quelque raison que ce soit, sauf un congédiement non motivé par la Société ou KRG Management, M. Shafron s’engage à ne pas, même indirectement, exploiter une entreprise de courtage d’assurance, travailler pour une telle entreprise, y avoir des intérêts ni permettre l’utilisation de son nom en rapport avec une telle entreprise dans l’agglomération de la ville de Vancouver. [Je souligne.]

[7] Le 31 juillet 1991, Intercity Investment Corporation (« Intercity ») a acheté les actions de KRG Western. Aux termes du contrat de travail signé le 28 février 1991, l’emploi de M. Shafron devait prendre fin si KRG Western vendait au moins 50 p. 100 de ses actions. Afin de continuer de travailler pour KRG Western, M. Shafron a donc conclu avec la société, le 1^{er} août 1991, un autre contrat devant prendre fin le 1^{er} janvier 1994, qui contenait une clause restrictive dont le libellé était essentiellement identique à celui de la clause du 28 février 1991. Seule différence, les termes « ou KRG Management » n’y figuraient pas. Ce contrat de travail a été reconduit à deux reprises, soit en 1993 et en 1998. Les contrats signés en 1993 et en 1998 ont expiré respectivement le 31 décembre 1998 et le 31 décembre 2000. La clause restrictive contenue dans le contrat du 1^{er} août 1991 figurait dans chacun des renouvellements.

[8] En décembre 2000, à l’approche de la date d’expiration du contrat de travail de 1998, M. Shafron a quitté son emploi chez KRG Western. En janvier 2001, il a commencé à travailler comme vendeur d’assurance dans une autre agence, Shaw Insurance Agency Ltd. (« Shaw »), à Richmond.

[9] La société KRG Western a intenté en Cour suprême de la Colombie-Britannique une action dans laquelle elle faisait valoir que M. Shafron lui livrait une concurrence déloyale en violation de la

claims, one of which was that when he began working for Shaw, Shafron breached the fiduciary and equitable obligations he owed to KRG Western not to use confidential information and solicit KRG Western's clients.

[10] The trial judge, Parrett J., dismissed KRG Western's action (2005 BCSC 1611, 12 B.L.R. (4th) 90). He found, among other things, that the term "Metropolitan City of Vancouver" was neither clear nor certain and, in any event, was unreasonable. He also found that Shafron owed no fiduciary duty to KRG Western and that he had not breached any duty relating to confidential information.

[11] The British Columbia Court of Appeal reversed the decision of the trial judge (2007 BCCA 79, 236 B.C.A.C. 116). While that court found Shafron owed no fiduciary duty to KRG Western, it held that the restrictive covenant was enforceable. In the view of the Court of Appeal, while the term "Metropolitan City of Vancouver" was ambiguous, it was possible to apply the doctrine of "notional" severance to construe it as applying to the City of Vancouver and municipalities contiguous to it. According to the Court of Appeal, the covenant would cover the City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby.

[12] Having regard to this spatial area and the non-competition term of three years, the Court of Appeal found the covenant reasonable and therefore enforceable.

III. Issues

[13] The issues before this Court are:

- (1) whether the doctrine of severance or rectification may be applied to resolve an ambiguity in

clause restrictive. Elle soutenait aussi notamment que M. Shafron, lorsqu'il avait commencé à travailler chez Shaw, avait manqué à ses obligations fiduciaires et à ses obligations en equity envers KRG Western, qui lui interdisaient d'utiliser des renseignements confidentiels et de solliciter les clients de KRG Western.

[10] En première instance, le juge Parrett a rejeté l'action de KRG Western (2005 BCSC 1611, 12 B.L.R. (4th) 90). Il a notamment conclu que l'expression [TRADUCTION] « l'agglomération de la ville de Vancouver » n'était ni claire ni précise et qu'elle était de toute façon déraisonnable. Il a également conclu que M. Shafron n'avait aucune obligation fiduciaire envers la société KRG Western et n'avait commis aucun manquement à une obligation relative à l'utilisation de renseignements confidentiels.

[11] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision du juge de première instance (2007 BCCA 79, 236 B.C.A.C. 116). Elle a conclu que M. Shafron n'avait aucune obligation fiduciaire envers la société KRG Western, mais que la clause restrictive était applicable. Même si elle estimait que l'expression [TRADUCTION] « l'agglomération de la ville de Vancouver » était ambiguë, la Cour d'appel a jugé possible de recourir à la théorie de la divisibilité « fictive » pour l'interpréter comme désignant la ville de Vancouver et les municipalités limitrophes. La Cour d'appel a conclu que la clause englobait la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire (University Endowment Lands) de l'Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby.

[12] Compte tenu du secteur géographique ainsi visé et de la période de non-concurrence de trois ans, la Cour d'appel a conclu que la clause était raisonnable et, partant, applicable.

III. Les questions en litige

[13] Notre Cour est appelée à se prononcer sur les questions suivantes :

- (1) Peut-on utiliser les théories de la divisibilité ou de la rectification pour dissiper l'ambiguïté

a restrictive covenant in an employment contract or render an unreasonable restriction in a covenant reasonable;

- (2) whether Shafron owed fiduciary and equitable obligations to KRG Western and, if so, whether they were breached.

The second issue may be disposed of quickly. The findings of the trial judge with respect to fiduciary obligations and the improper use of confidential information were based on evidence at trial. These are not pure questions of law. The Court of Appeal correctly did not interfere with the trial judge's conclusions on these issues. In the absence of palpable and overriding error by the trial judge, which KRG Western did not plead or demonstrate, the trial judge's conclusions — that Shafron was not a fiduciary and that he did not abuse confidential information belonging to KRG Western — must stand.

IV. Analysis

[14] Before dealing with the doctrine of severance, I will summarize the law on restrictive covenants.

A. *Reconciling Freedom of Contract and Public Policy Considerations Against Restraint of Trade*

[15] A restrictive covenant in a contract is what the common law refers to as a restraint of trade. Restrictive covenants are frequently found in agreements for the purchase and sale of a business and in employment contracts. A restrictive covenant precludes the vendor in the sale of a business from competing with the purchaser and, in an employment contract, the restrictive covenant precludes the employee, upon leaving employment, from competing with the former employer.

d'une clause restrictive contenue dans un contrat de travail ou pour faire en sorte qu'une restriction déraisonnable y figurant devienne raisonnable?

- (2) M. Shafron avait-il des obligations fiduciaires et des obligations en equity envers KRG Western et, dans l'affirmative, a-t-il manqué à ces obligations?

La deuxième question en litige peut être réglée rapidement. Le juge de première instance a fondé ses conclusions relatives aux obligations fiduciaires et à l'utilisation irrégulière de renseignements confidentiels sur la preuve présentée au procès. Il ne s'agit pas de pures questions de droit. C'est à juste titre que la Cour d'appel n'a pas modifié les conclusions du juge de première instance à ces égards. En l'absence d'une erreur manifeste et dominante de la part du juge de première instance, erreur que la société KRG Western n'a ni plaidée ni prouvée, il convient de confirmer les conclusions du juge de première instance selon lesquelles M. Shafron n'avait pas d'obligation fiduciaire et n'a pas utilisé de renseignements confidentiels appartenant à la société KRG Western de façon irrégulière.

IV. Analyse

[14] Avant de traiter de la théorie de la divisibilité, je résumerai les règles de droit régissant les clauses restrictives.

A. *Conciliation de la liberté de contracter et des considérations d'intérêt public défavorables à la restriction du commerce*

[15] Une clause restrictive figurant dans un contrat constitue ce que la common law désigne comme une restriction au commerce. Les conventions d'achat-vente d'une entreprise et les contrats de travail contiennent souvent une clause restrictive. Dans le premier cas, elle empêche le vendeur de l'entreprise de faire concurrence à l'acquéreur. Dans le second, elle empêche l'employé qui quitte son emploi de faire concurrence à son ancien employeur.

[16] Restrictive covenants give rise to a tension in the common law between the concept of freedom to contract and public policy considerations against restraint of trade. In the seminal decision of the House of Lords in *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535, this tension was explained. At common law, restraints of trade are contrary to public policy because they interfere with individual liberty of action and because the exercise of trade should be encouraged and should be free. Lord Macnaghten stated, at p. 565:

The public have an interest in every person's carrying on his trade freely: so has the individual. All interference with individual liberty of action in trading, and all restraints of trade of themselves, if there is nothing more, are contrary to public policy, and therefore void. That is the general rule.

[17] However, recognition of the freedom of the parties to contract requires that there be exceptions to the general rule against restraints of trade. The exception is where the restraint of trade is found to be reasonable. At p. 565, Lord Macnaghten continued:

But there are exceptions: restraints of trade and interference with individual liberty of action may be justified by the special circumstances of a particular case. It is a sufficient justification, and indeed it is the only justification, if the restriction is reasonable — reasonable, that is, in reference to the interests of the parties concerned and reasonable in reference to the interests of the public, so framed and so guarded as to afford adequate protection to the party in whose favour it is imposed, while at the same time it is in no way injurious to the public. That, I think, is the fair result of all the authorities. [Emphasis added.]

Therefore, despite the presumption that restrictive covenants are *prima facie* unenforceable, a reasonable restrictive covenant will be upheld.

[18] It is important at this juncture to differentiate between a contract for the sale of a business and an employment contract.

[19] In *Nordenfelt*, Lord Macnaghten pointed out that there is greater freedom to contract between

[16] Les clauses restrictives créent en common law une tension entre la liberté de contracter et les considérations d'intérêt public défavorables à une restriction au commerce. Cette tension a été expliquée dans l'arrêt clé de la Chambre des lords, *Nordenfelt c. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535. En common law, les restrictions au commerce sont contraires à l'intérêt public parce qu'elles portent atteinte à la liberté d'action individuelle et parce que les activités commerciales doivent être favorisées et exercées en toute liberté. Lord Macnaghten s'est exprimé ainsi à la p. 565 :

[TRADUCTION] Il est de l'intérêt du public et aussi de l'individu que chaque personne exploite librement son commerce. Toute atteinte à la liberté individuelle en matière commerciale et toute pratique restrictive du commerce sont, à défaut d'autres circonstances, en elles-mêmes contraires à l'intérêt public et, partant, nulles. Voilà la règle générale.

[17] Toutefois, la reconnaissance de la liberté contractuelle des parties exige que la règle générale interdisant les restrictions au commerce souffre certaines exceptions. Il y a exception à la règle lorsqu'une restriction est jugée raisonnable. À la p. 565, lord Macnaghten a ajouté :

[TRADUCTION] Mais il existe des exceptions : les circonstances particulières d'un cas donné peuvent justifier certaines restrictions au commerce et atteintes à la liberté individuelle. Le fait qu'une restriction est raisonnable constitue une justification suffisante et, à vrai dire, la seule justification possible — raisonnable au regard des intérêts des parties concernées et au regard des intérêts du public, et formulée avec la circonspection nécessaire pour bien protéger la partie devant en bénéficier, sans toutefois causer un préjudice quelconque au public. C'est ce qui se dégage à mon avis de l'ensemble de la jurisprudence. [Je souligne.]

Bien qu'elle soit présumée inapplicable à première vue, une clause restrictive sera donc jugée valide si elle est raisonnable.

[18] Il importe ici de faire la différence entre un contrat de vente d'une entreprise et un contrat de travail.

[19] Dans *Nordenfelt*, lord Macnaghten a souligné qu'il existe une plus grande liberté de contracter

buyer and seller than between employer and employee. At p. 566, he wrote:

To a certain extent, different considerations must apply in cases of apprenticeship and cases of that sort, on the one hand, and cases of the sale of a business or dissolution of partnership on the other. A man is bound an apprentice because he wishes to learn a trade and to practise it. A man may sell because he is getting too old for the strain and worry of business, or because he wishes for some other reason to retire from business altogether. Then there is obviously more freedom of contract between buyer and seller than between master and servant or between an employer and a person seeking employment. [Emphasis added.]

Although the comments of Lord Macnaghten focus on apprenticeship, the same concept has been extended and applied to contracts between employers and employees.

[20] In the House of Lords' decision of *Herbert Morris, Ltd. v. Saxelby*, [1916] 1 A.C. 688, Lord Atkinson made some observations on the difference between contracts of employment and those for sale of a business. He cited with approval *Leather Cloth Co. v. Lhorsont* (1869), L.R. 9 Eq. 345, at p. 354, quoting James V.-C. in that case:

The principle is this: Public policy requires that every man shall be at liberty to work for himself, and shall not be at liberty to deprive himself or the State of his labour, skill, or talent, by any contract that he enters into. On the other hand, public policy requires that when a man has by skill or by any other means obtained something which he wants to sell, he should be at liberty to sell it in the most advantageous way in the market; and in order to enable him to sell it advantageously in the market it is necessary that he should be able to preclude himself from entering into competition with the purchaser.

Lord Atkinson then stated that “[t]hese considerations in themselves differentiate, in my opinion, the case of the sale of goodwill from the case of master and servant or employer and employee” (p. 701).

[21] The sale of a business often involves a payment to the vendor for goodwill. In consideration of

entre l’acquéreur et le vendeur qu’entre l’employeur et l’employé. Il a écrit, à la p. 566 :

[TRADUCTION] Dans une certaine mesure, des considérations différentes doivent intervenir dans les cas de formation en apprentissage et autres cas du même genre, d’une part, et dans les cas de vente d’une entreprise ou de dissolution d’une société, d’autre part. On se met en apprentissage parce qu’on souhaite apprendre un métier et l’exercer. On peut vendre son entreprise parce qu’on se sent trop vieux pour supporter la tension et les tracas qu’elle engendre, ou parce qu’on souhaite se retirer des affaires pour une autre raison. De toute évidence, il existe donc entre l’acquéreur et le vendeur une plus grande liberté de contracter qu’entre le maître et le serviteur ou entre l’employeur et la personne qui cherche un emploi. [Je souligne.]

Les propos de lord Macnaghten concernaient surtout la formation en apprentissage, mais la même notion a été élargie et appliquée aux contrats conclus entre employeurs et employés.

[20] Dans un arrêt de la Chambre des lords, *Herbert Morris, Ltd. c. Saxelby*, [1916] 1 A.C. 688, lord Atkinson a traité de la différence entre les contrats de travail et les contrats de vente d’une entreprise. Il a cité en les approuvant ces observations faites par le vice-chancelier James dans *Leather Cloth Co. c. Lhorsont* (1869), L.R. 9 Eq. 345, p. 354 :

[TRADUCTION] Le principe est le suivant : L’intérêt public exige que chacun soit libre de travailler à son compte, mais ne soit pas libre de conclure un contrat qui le priverait ou priverait l’État de son travail, de ses compétences ou de son talent. En revanche, l’intérêt public exige que celui qui, grâce à ses compétences ou par tout autre moyen, a acquis une chose qu’il souhaite vendre, soit libre de la vendre de la façon la plus avantageuse sur le marché; et pour qu’il puisse la vendre de façon avantageuse sur le marché, il doit pouvoir s’engager à ne pas faire concurrence à l’acquéreur.

Lord Atkinson a ajouté que [TRADUCTION] « [c]es considérations permettent en elles-mêmes, selon moi, de distinguer la vente d’un achalandage de la relation entre maître et serviteur ou entre employeur et employé » (p. 701).

[21] Il est fréquent que le vendeur d’une entreprise reçoive une somme d’argent pour l’achalandage. En

the goodwill payment, the custom of the business being sold is intended to remain and reside with the purchaser. As Lord Ashbourne observed at p. 555 of *Nordenfelt*:

I think it is quite clear that the covenant must be taken as entered into in connection with the sale of the goodwill of the appellant's business, and that it was entered into with the plain and bona fide object of protecting that business.

And as stated by Dickson J. (as he then was) in *Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916, at p. 924:

A person seeking to sell his business might find himself with an unsaleable commodity if denied the right to assure the purchaser that he, the vendor, would not later enter into competition.

See also *Burgess v. Industrial Frictions & Supply Co.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 85 (C.A.), *per* McLachlin J.A. (as she then was), at p. 95.

[22] The same considerations will not apply in the employer/employee context. No doubt an employee may build up a relationship with customers of the employer, but there is normally no payment for goodwill upon the employee leaving the employment of the employer. It is also accepted that there is generally an imbalance in power between employee and employer. For example, an employee may be at an economic disadvantage when litigating the reasonableness of a restrictive covenant because the employer may have access to greater resources (see, for example, *Elsley*, at p. 924, and *Mason v. Provident Clothing and Supply Co.*, [1913] A.C. 724 (H.L.), *per* Lord Moulton, at p. 745, quoted below at para. 33).

[23] The absence of payment for goodwill as well as the generally accepted imbalance in power between employee and employer justifies more rigorous scrutiny of restrictive covenants in employment contracts compared to those in contracts for the sale of a business.

contrepartie de la somme versée à ce titre, l'acheteur s'attend à ce que la clientèle de l'entreprise lui soit acquise et lui demeure fidèle. Dans *Nordenfelt*, lord Ashbourne a dit, à la p. 555 :

[TRADUCTION] Il me paraît très clair que la clause doit être considérée comme reliée à la vente de l'achalandage de l'entreprise de l'appelant et qu'elle visait manifestement et véritablement à protéger l'entreprise.

Je citerai aussi le juge Dickson (plus tard Juge en chef), qui a écrit ceci dans *Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916, p. 924 :

Celui qui cherche à vendre son entreprise peut se retrouver avec une chose invendable si on lui conteste le droit d'assurer l'acheteur que lui, le vendeur, ne lui fera pas concurrence plus tard.

Voir également *Burgess c. Industrial Frictions & Supply Co.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 85 (C.A.), la juge McLachlin (plus tard Juge en chef du Canada), p. 95.

[22] Les mêmes considérations ne s'appliquent pas dans le contexte de la relation entre employeur et employé. Même si l'employé peut certainement nouer des liens avec les clients de son employeur, il ne reçoit généralement aucun paiement pour l'achalandage lorsqu'il quitte son emploi. Il est aussi reconnu qu'il y a généralement inégalité de pouvoir entre employeur et employé. Par exemple, l'employé qui conteste le caractère raisonnable d'une clause restrictive peut être désavantagé sur le plan financier parce qu'il ne dispose pas de ressources aussi considérables que celles auxquelles l'employeur peut avoir accès (voir, par exemple, *Elsley*, p. 924, et *Mason c. Provident Clothing and Supply Co.*, [1913] A.C. 724 (H.L.), lord Moulton, p. 745, cité plus loin au par. 33).

[23] L'absence de paiement pour l'achalandage, ainsi que l'inégalité de pouvoir généralement reconnue entre employeur et employé justifie un examen plus minutieux des clauses restrictives contenues dans les contrats de travail, par rapport à celles qui figurent dans les contrats de vente d'une entreprise.

[24] An initial question in the present case is whether the restrictive covenant at issue is properly characterized as being contained in an employment contract or a contract for the sale of a business. The December 31, 1987 agreement covering the sale of Shafron's business did not contain a restrictive covenant. However, the agreement he entered into in early 1988 did. Whether the restrictive covenant in the 1988 agreement should be construed as being in relation to the sale of the business and the \$700,000 goodwill payment is not the issue before the Court.

[25] After Shafron sold his business, KRG Western was sold again in 1991 to Intercity. Shafron received no payment on account of goodwill when the shares of KRG Western were sold to Intercity. The contract in which the restrictive covenant at issue in this case was contained was entered into in 1998, some 11 years after Shafron sold his business and after it was sold a second time. The 1998 employment contract was entirely independent of the 1987 sale agreement and 1988 agreement. The fact that the restrictive covenant in the 1998 employment contract originated in the 1988 agreement has no bearing on the interpretation of the 1998 employment contract. The 1998 agreement is an employment contract and, as found by the trial judge, the reasonableness of the restrictive covenant must stand up to the more rigorous test applicable to employment contracts.

B. *Determining Reasonableness*

[26] As a general rule, according to Dickson J. in *Elsley*, at p. 925, the geographic coverage of the covenant and the period of time in which it is effective have been used to determine whether a restrictive covenant is reasonable. The extent of the activity sought to be prohibited is also relevant.

[27] However, for a determination of reasonableness to be made, the terms of the restrictive covenant must be unambiguous. The reasonableness of a covenant cannot be determined without first

[24] La première question soulevée dans le pourvoi est de savoir si la clause restrictive en litige est à juste titre qualifiée de stipulation incluse dans un contrat de travail ou si elle fait partie du contrat de vente d'une entreprise. L'entente conclue le 31 décembre 1987 concernant la vente de l'entreprise de M. Shafron ne comportait pas de clause restrictive. Par contre, le contrat signé au début de l'année 1988 en contenait une. La Cour n'est pas appelée ici à déterminer si la clause restrictive figurant dans le contrat passé en 1988 devrait être interprétée comme liée à la vente de l'entreprise et à la somme de 700 000 \$ versée au titre de l'achalandage.

[25] Après la vente de son entreprise par M. Shafron, KRG Western a été revendue à Intercity en 1991. M. Shafron n'a reçu aucun paiement pour l'achalandage lors de la vente des actions de KRG Western à Intercity. Le contrat contenant la clause restrictive en litige dans le pourvoi a été conclu en 1998, soit après la revente de l'entreprise, quelque 11 ans après sa vente initiale par M. Shafron. Le contrat de travail conclu en 1998 était complètement indépendant de la convention de vente de 1987 et du contrat de 1988. Le fait que la clause restrictive incluse dans le contrat d'emploi de 1998 tire son origine du contrat conclu en 1988 n'a aucune incidence sur l'interprétation du contrat de travail de 1998. Le contrat passé en 1998 est un contrat de travail et, comme l'a conclu le juge de première instance, le caractère raisonnable de la clause restrictive doit être apprécié selon le critère plus rigoureux applicable à ce type de contrat.

B. *L'appréciation du caractère raisonnable*

[26] Règle générale, le caractère raisonnable d'une clause restrictive est apprécié en regard de sa portée géographique et de sa durée, conformément aux motifs exposés par le juge Dickson dans *Elsley*, à la p. 925. L'ampleur des activités interdites est également pertinente.

[27] Néanmoins, la question du caractère raisonnable ne pourra être tranchée que si les termes de la clause restrictive sont exempts d'ambiguïté. Il n'est pas possible de déterminer si une clause restrictive

establishing the meaning of the covenant. The onus is on the party seeking to enforce the restrictive covenant to show the reasonableness of its terms. An ambiguous restrictive covenant will be *prima facie* unenforceable because the party seeking enforcement will be unable to demonstrate reasonableness in the face of an ambiguity. As stated at the outset, the main difficulty that arises in this case is the ambiguity of the geographical restriction contained in the covenant. However, before turning to the case at hand, I will discuss the doctrine of severance as it applies to restrictive covenants in employment contracts.

[28] As we see in this case, the limits on geographic scope often give rise to questions of severance. Can a restrictive covenant that is unreasonably wide in its geographic scope be severed in some manner so as to leave in place what the court regards as reasonable?

C. Severance

[29] Where severance is permitted, there appears to be two types: “blue-pencil” severance and “notional” severance. Both types of severance have been applied in limited circumstances to remove illegal features of a contract so as to render the contract in conformity with the law. Blue-pencil severance was described in *Attwood v. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571 (C.A.), by Lord Sterndale as “effected when the part severed can be removed by running a blue pencil through it” (p. 578). In *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1 S.C.R. 249, Bastarache J., in dissent, described this form of severance at para. 57:

Under the blue-pencil test, severance is only possible if the judge can strike out, by drawing a line through, the portion of the contract they want to remove, leaving the portions that are not tainted by illegality, without affecting the meaning of the part remaining.

est raisonnable sans que sa signification ait d’abord été établie. C’est à la partie qui réclame l’application d’une clause restrictive qu’il incombe de démontrer que sa teneur est raisonnable. Une clause restrictive ambiguë est à première vue inapplicable parce que son ambiguïté place la partie qui l’invoque dans l’impossibilité d’en démontrer le caractère raisonnable. Comme je l’ai expliqué dès le départ, le principal problème en l’espèce tient à l’ambiguïté de la portée géographique de la clause restrictive. Toutefois, avant d’examiner l’affaire qui nous est soumise, je traiterai de l’application de la théorie de la divisibilité aux clauses restrictives stipulées dans les contrats de travail.

[28] Comme on le constate en l’espèce, les limites à la portée géographique soulèvent souvent la question de la divisibilité. Lorsque la portée géographique d’une clause restrictive est déraisonnable, est-il possible de lui appliquer la théorie de la divisibilité pour n’en conserver que ce que le tribunal juge raisonnable?

C. La divisibilité

[29] Lorsqu’il est permis de recourir à la divisibilité, celle-ci peut prendre deux formes : la divisibilité pure et simple, ou « technique du trait de crayon bleu », et la « divisibilité fictive ». Ces deux types de divisibilité ont été appliqués dans des circonstances limitées pour retrancher les éléments illégaux d’un contrat de manière à le rendre conforme au droit. Selon la description donnée par lord Sterndale dans *Attwood c. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571 (C.A.), le recours à la divisibilité pure et simple est possible [TRADUCTION] « lorsqu’on peut supprimer la partie retranchée en la rayant d’un trait de crayon bleu » (p. 578). Dans *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249, le juge Bastarache, dissident, a décrit ce type de divisibilité dans les termes suivants, au par. 57 :

D’après le test du trait de crayon bleu, la divisibilité peut être appliquée uniquement lorsque le juge peut retrancher, en la raturant, la partie du contrat qu’on entend supprimer, tout en conservant les parties non viciées par l’illégalité, et ce sans que ne soit affecté le sens du reste du document.

[30] Notional severance involves reading down an illegal provision in a contract that would be unenforceable in order to make it legal and enforceable (see *Transport*, at para. 2). In *Transport*, the contract provided that interest was to be charged at a rate exceeding 60 percent contrary to s. 347 of the *Criminal Code*. There was no evidence of an intention to contravene this provision, and this was not a case of loan sharking. Arbour J. applied the doctrine of notional severance to effectively read down the interest rate to the legal statutory maximum of 60 percent.

[31] In *Transport*, a condition for application of the doctrine of notional severance appears to have been that what was illegal was easily determined by a bright-line provision in the *Criminal Code*. At para. 34, Arbour J. stated:

This legislatively mandated bright line [of 60 percent] distinguishes s. 347 cases from those involving provisions, for example, in restraint of trade, where there is no bright line.

It is apparent that Arbour J. would not have applied the doctrine of notional severance where there was no bright-line test for illegality. (See also *Globex Foreign Exchange Corp. v. Kelcher*, 2005 ABCA 419, 262 D.L.R. (4th) 752, at para. 46.)

[32] It must be recognized, however, that the court is altering the terms of the original contract between the parties by applying the doctrine of severance, whether blue-pencil or notional. In *Transport*, Arbour J. observed at para. 30, that “[i]ndeed, all forms of severance alter the terms of the original agreement”. Where severance is applied, whether blue-pencil or notional, the purpose is to give effect to the intention of the parties when they entered into the contract. However, courts will be restrained in their application of severance because of the right of parties to freely contract and to choose the words that determine their obligations and rights.

[30] La divisibilité fictive consiste à donner une interprétation atténuée d’une clause contractuelle illégale, qui serait inapplicable, de façon à la rendre légale et applicable (voir *Transport*, par. 2). Dans *Transport*, le contrat prévoyait un taux d’intérêt supérieur à 60 p. 100, ce qui était contraire à l’art. 347 du *Code criminel*. Rien n’indiquait que les parties aient eu l’intention de contrevenir à cette disposition et il ne s’agissait pas d’une affaire de prêt usuraire. La juge Arbour a eu recours à la théorie de la divisibilité fictive pour ramener le taux d’intérêt au taux maximum de 60 p. 100 autorisé par la loi.

[31] Dans *Transport*, l’existence dans le *Code criminel* d’une ligne de démarcation nette permettant de déterminer facilement ce qui était illégal semble avoir été considérée comme une condition d’application de la théorie de la divisibilité fictive. Au paragraphe 34, la juge Arbour s’est exprimée ainsi :

Cette démarcation prescrite par la loi [60 p. 100] distingue les affaires fondées sur l’art. 347 de celles concernant les clauses — restreignant la liberté de commerce par exemple — à l’égard desquelles il n’existe pas de telle ligne de démarcation nette.

La juge Arbour n’aurait apparemment pas appliqué la théorie de la divisibilité fictive s’il n’avait pas existé de critère de démarcation nette entre la légalité et l’illégalité. (Voir aussi *Globex Foreign Exchange Corp. c. Kelcher*, 2005 ABCA 419, 262 D.L.R. (4th) 752, par. 46.)

[32] Il faut toutefois reconnaître que le tribunal modifie les stipulations du contrat original conclu entre les parties lorsqu’il applique la théorie de la divisibilité, qu’il s’agisse de la technique du trait de crayon bleu ou de la divisibilité fictive. Dans *Transport*, la juge Arbour a souligné, au par. 30, que « [d]e fait, toutes les techniques d’application de la divisibilité modifient les conditions de la convention originale ». L’application de la théorie de la divisibilité, pure et simple ou fictive, a pour objectif de donner effet à l’intention qu’avaient les parties au moment de la conclusion du contrat. Toutefois, les tribunaux disposeront d’une marge de manœuvre restreinte dans leur application de la théorie de la divisibilité en raison du droit des parties de contracter librement et de définir leurs droits et obligations dans les termes de leur choix.

D. Blue-Pencil and Notional Severance Applied to Restrictive Covenants

[33] Where the provision in question is a restrictive covenant in an employment contract, severance poses an additional concern. While the courts wish to uphold contractual rights and obligations between the parties, applying severance to an unreasonably wide restrictive covenant invites employers to draft overly broad restrictive covenants with the prospect that the courts will only sever the unreasonable parts or read down the covenant to what the courts consider reasonable. In *Mason*, Lord Moulton made the well-known statement to this effect at p. 745:

It would in my opinion be *pessimi exempli* if, when an employer had exacted a covenant deliberately framed in unreasonably wide terms, the Courts were to come to his assistance and, by applying their ingenuity and knowledge of the law, carve out of this void covenant the maximum of what he might validly have required. It must be remembered that the real sanction at the back of these covenants is the terror and expense of litigation, in which the servant is usually at a great disadvantage, in view of the longer purse of his master.

[34] Lord Moulton did not foreclose severance entirely. However, he considered it exceptional and applicable only where there could be a clear severance and, even then, only where the excess was of a trivial or technical nature. He stated at p. 745:

My Lords, I do not doubt that the Court may, and in some cases will, enforce a part of a covenant in restraint of trade, even though taken as a whole the covenant exceeds what is reasonable. But, in my opinion, that ought only to be done in cases where the part so enforceable is clearly severable, and even so only in cases where the excess is of trivial importance, or merely technical, and not a part of the main purport and substance of the clause. [Emphasis added.]

D. L'application de la technique du trait de crayon bleu et de la divisibilité fictive aux clauses restrictives

[33] Lorsque la stipulation en litige est une clause restrictive figurant dans un contrat de travail, l'application de la théorie de la divisibilité pose une difficulté supplémentaire. Bien que le souhait des tribunaux soit de donner effet aux droits et obligations stipulés par les parties, l'application de la théorie de la divisibilité à une clause restrictive d'une portée excessive incite en fait les employeurs à rédiger des clauses restrictives d'une portée démesurée en s'attendant à ce que les tribunaux en retranchent les éléments déraisonnables ou en donnent une interprétation atténuée selon ce qu'ils jugent raisonnable. Citons à ce propos, les célèbres observations faites par lord Moulton dans *Mason*, à la p. 745 :

[TRADUCTION] À mon avis, il serait absolument déplorable que les tribunaux viennent en aide à l'employeur qui a imposé une clause délibérément formulée dans des termes déraisonnablement larges et mettent à profit leur ingéniosité et leur connaissance du droit pour récupérer de cette clause nulle le maximum de ce que l'employeur aurait pu exiger en toute légitimité. Il ne faut pas oublier que la véritable sanction inscrite en filigrane dans ces clauses réside dans la terreur et les coûts d'une poursuite judiciaire, lors de laquelle l'employé se trouve habituellement désavantagé étant donné la bourse mieux garnie de son employeur.

[34] Lord Moulton n'a pas complètement exclu le recours à la divisibilité. Toutefois, il s'agissait pour lui d'une solution exceptionnelle, applicable uniquement aux stipulations clairement divisibles et, encore, à la condition qu'elles soient dénuées d'importance ou qu'elles soient de pure forme. Il s'est exprimé ainsi à la p. 745 :

[TRADUCTION] Vos seigneuries, je ne doute pas qu'il est possible, et qu'il arrivera dans certains cas, que la Cour applique une partie d'une clause restreignant la liberté de commerce, même si cette clause, prise globalement, va au-delà de ce qui est raisonnable. Mais à mon sens, cette solution ne devrait être retenue que dans les cas où la partie applicable est clairement divisible, et seulement lorsque les stipulations excessives sont dénuées d'importance ou sont de pure forme, et ne font partie ni de l'objet principal ni de la substance de la clause. [Je souligne.]

[35] Other cases have accepted that severance might be applied if the severed parts are independent of one another or can be severed without the severance affecting the meaning of the part remaining. See, for example, *T. S. Taylor Machinery Co. v. Biggar* (1968), 2 D.L.R. (3d) 281 (Man. C.A.), at p. 290, *Putsman v. Taylor*, [1927] 1 K.B. 637 (Div. Ct.), at pp. 639-40, and *T. Lucas & Co. v. Mitchell*, [1974] Ch. 129 (C.A.), at p. 135.

[36] I think the approach of Lord Moulton in *Mason* is the appropriate view of the law rather than the approach taken in the cases cited in para. 35 above. I am of the opinion that blue-pencil severance may be resorted to sparingly and only in cases where the part being removed is clearly severable, trivial and not part of the main purport of the restrictive covenant. However, the general rule must be that a restrictive covenant in an employment contract found to be ambiguous or unreasonable in its terms will be void and unenforceable.

[37] However, I am also of the view that notional severance has no place in the construction of restrictive covenants in employment contracts. In my opinion, there are at least two reasons why it would be inappropriate to extend the doctrine of notional severance to the case of restrictive covenants in employment contracts.

[38] First, there is no bright-line test for reasonableness. In the case of a contract that provides for an illegal rate of interest, for example, notional severance has been used to bring the rate down to the legal rate of 60 percent. In *Transport*, the evidence was that the parties did not intend to enter into an illegal contract, and what must be done to make the contract legal was quite clear. The Court inferred that the parties' original common intention was to charge and pay the highest legal interest rate and notional severance was applied to read down the rate to the highest legal rate.

[35] Dans d'autres causes, on a estimé possible de recourir à la divisibilité si les parties retranchées sont indépendantes des autres ou peuvent être retranchées sans que le sens du reste du document ne soit affecté. Voir, par exemple, *T. S. Taylor Machinery Co. c. Biggar* (1968), 2 D.L.R. (3d) 281 (C.A. Man.), p. 290, *Putsman c. Taylor*, [1927] 1 K.B. 637 (C. div.), p. 639-640, et *T. Lucas & Co. c. Mitchell*, [1974] Ch. 129 (C.A.), p. 135.

[36] J'estime que la vision du droit qu'il faut retenir est celle qui se dégage du raisonnement de Lord Moulton dans *Mason*, et non celle exprimée dans la jurisprudence citée au par. 35 ci-dessus. Selon moi, la technique du trait de crayon bleu devrait être appliquée avec parcimonie, et uniquement dans les cas où la partie retranchée peut clairement être séparée du reste de la clause, est dénuée d'importance et ne fait pas partie de l'objet principal de la clause restrictive. Néanmoins, la règle générale doit être la suivante : une clause restrictive ambiguë ou déraisonnable figurant dans un contrat de travail est nulle et inapplicable.

[37] Je suis également d'avis que la théorie de la divisibilité fictive ne doit pas être appliquée pour interpréter les clauses restrictives d'un contrat de travail. À mon avis, il y a au moins deux raisons pour lesquelles il serait inopportun d'étendre la théorie de la divisibilité fictive aux clauses restrictives d'un contrat de travail.

[38] Premièrement, il n'existe pas de critère de démarcation nette pour l'appréciation du caractère raisonnable. Dans le cas d'un contrat qui prévoit un taux d'intérêt illégal, par exemple, la théorie de la divisibilité fictive a été appliquée pour ramener le taux au maximum de 60 p. 100 autorisé par la loi. Dans *Transport*, il ressortait de la preuve que les parties n'avaient pas l'intention de conclure un contrat illégal et il était très facile de déterminer ce qu'il fallait faire pour rendre le contrat conforme à la loi. La Cour a conclu que les parties avaient initialement l'intention commune d'exiger et de payer le taux d'intérêt légal le plus élevé et elle a appliqué la théorie de la divisibilité fictive pour ramener le taux au maximum prévu par la loi.

[39] In the case of an unreasonable restrictive covenant, while the parties may not have had the common intention that the covenant be unreasonable, there is no objective bright-line rule that can be applied in all cases to render the covenant reasonable. Applying notional severance in these circumstances simply amounts to the court rewriting the covenant in a manner that it subjectively considers reasonable in each individual case. Such an approach creates uncertainty as to what may be found to be reasonable in any specific case.

[40] Second, applying the doctrine of notional severance runs into the problem identified by Lord Moulton in *Mason*. It invites the employer to impose an unreasonable restrictive covenant on the employee with the only sanction being that if the covenant is found to be unreasonable, the court will still enforce it to the extent of what might validly have been agreed to.

[41] Not only would the use of notional severance change the terms of the covenant from the parties' initial agreement to what the court thinks they should have agreed to, it would also change the risks assumed by the parties. The restrictive covenant is sought by the employer. The obligation is on the employee. Having regard to the generally accepted imbalance of power between employers and employees, to introduce the doctrine of notional severance to read down an unreasonable restrictive covenant to what is reasonable provides no inducement to an employer to ensure the reasonableness of the covenant and inappropriately increases the risk that the employee will be forced to abide by an unreasonable covenant.

[42] For these reasons, the doctrine of notional severance does not apply in respect of restrictive covenants in employment contracts.

V. Application to This Case

[43] Normally, the reasonableness of a restrictive covenant is determined by considering the extent of the activity sought to be prohibited and the extent of the temporal and spatial scope of the prohibition.

[39] Dans le cas d'une clause restrictive déraisonnable, bien que les parties n'aient peut-être pas eu l'intention commune de stipuler une clause déraisonnable, il n'existe pas de règle objective de démarcation nette qui puisse être appliquée dans tous les cas pour obtenir une clause raisonnable. Appliquer la théorie de la divisibilité fictive dans ces circonstances équivaut à récrire la clause en lui attribuant le contenu que le tribunal estime raisonnable, d'un point de vue subjectif, dans chaque cas particulier. Cette façon de procéder engendre l'incertitude quant à ce qui peut être jugé raisonnable dans un cas donné.

[40] Deuxièmement, l'application de la théorie de la divisibilité fictive pose le problème décrit par lord Moulton dans *Mason*. Elle incite l'employeur à imposer une clause restrictive déraisonnable à l'employé en risquant, pour unique sanction, que le tribunal, s'il juge la clause déraisonnable, lui donne néanmoins effet dans la mesure de ce qui aurait pu être valablement stipulé par les parties.

[41] Non seulement le recours à la théorie de la divisibilité fictive modifierait la clause stipulée à l'origine par les parties en lui substituant celle dont le tribunal estime que les parties auraient dû convenir, mais encore elle modifierait les risques assumés par les parties. C'est l'employeur qui stipule la clause restrictive et c'est à l'employé qu'incombe l'obligation. Compte tenu de l'inégalité de pouvoir généralement reconnue entre employeur et employé, le recours à la théorie de la divisibilité fictive pour attribuer une interprétation atténuée raisonnable à une clause restrictive déraisonnable n'incite pas l'employeur à stipuler une clause raisonnable et accroît indûment le risque que l'employé soit contraint de consentir à une clause déraisonnable.

[42] Pour ces motifs, la théorie de la divisibilité fictive ne s'applique pas aux clauses restrictives d'un contrat de travail.

V. Application aux faits de l'espèce

[43] Le caractère raisonnable d'une clause restrictive s'apprécie habituellement au regard de l'ampleur des activités interdites ainsi que de la portée géographique et de la durée de l'interdiction. Le

This case is different because of the added issue of ambiguity. As indicated, a restrictive covenant is *prima facie* unenforceable unless it is shown to be reasonable. However, if the covenant is ambiguous, in the sense that what is prohibited is not clear as to activity, time, or geography, it is not possible to demonstrate that it is reasonable. Thus, an ambiguous restrictive covenant is, by definition, *prima facie* unreasonable and unenforceable. Only if the ambiguity can be resolved is it then possible to determine whether the unambiguous restrictive covenant is reasonable.

[44] The trial judge found that there was no legal or judicial definition of the term “Metropolitan City of Vancouver”. In finding that the spatial area covered by the restrictive covenant was not clear and certain, the trial judge referred to the evidence of the principal of KRG Western. At para. 56 of his reasons, he wrote:

Mr. Meier’s [principal of KRG Western] cross-examination at this trial was revealing as to what the parties had in mind when the phrase was used. At one point he testified that the phrase “means different things to different people”. As his evidence progressed he thought that what was intended was the Greater Vancouver Regional District but “not Lion’s Bay”. At another point he indicated that it meant “Vancouver and suburbs” and finally he defined it on a population base indicating he thought it included “1.4 million people”. During the course of his evidence he clearly indicated his belief that it was not limited to the City of Vancouver.

On the basis of this and other evidence, the trial judge found that the language of the restrictive covenant was neither clear nor certain and for this and other reasons dismissed the claim of KRG Western against Shafron.

[45] The Court of Appeal agreed that the term “Metropolitan City of Vancouver” was ambiguous. At para. 59, Chiasson J.A. wrote:

présent pourvoi se distingue en ce qu’il soulève en outre la question de l’ambiguïté de la clause. Comme nous l’avons vu, une clause restrictive est à première vue inapplicable, à moins qu’il ne soit démontré qu’elle est raisonnable. Mais si la clause est ambiguë, en ce sens que l’interdiction n’est pas clairement définie quant à sa durée, à sa portée géographique ou à l’activité interdite, il est impossible d’en démontrer le caractère raisonnable. Une clause restrictive ambiguë est donc par définition déraisonnable et inapplicable à première vue. C’est uniquement si l’ambiguïté peut être dissipée qu’il devient possible de déterminer si la clause restrictive non ambiguë est raisonnable.

[44] Le juge de première instance a constaté l’absence de définition législative ou jurisprudentielle de l’expression [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver ». Il s’est reporté au témoignage du directeur de KRG Western pour conclure que le secteur géographique visé par la clause restrictive n’était ni clair ni précis. Voici ce qu’il a écrit au par. 56 de ses motifs :

[TRADUCTION] Le contre-interrogatoire de M. Meier [le directeur de KRG Western] pendant le procès est révélateur de ce que les parties avaient à l’esprit en utilisant cette expression. Il a déclaré à un moment que cette expression « a une signification différente pour des personnes différentes ». Plus loin dans son témoignage, il a dit croire qu’on voulait parler du District régional de Vancouver, mais « pas de Lion’s Bay ». À un autre moment, il a indiqué que cette expression désignait « Vancouver et sa banlieue », puis il a finalement défini l’expression en fonction de la population, précisant qu’elle incluait selon lui « 1,4 million de personnes ». Au cours de son témoignage, il a clairement indiqué que, dans son esprit, l’expression ne visait pas uniquement la ville de Vancouver.

Ce témoignage et d’autres éléments de preuve ont amené le juge de première instance à conclure que la clause restrictive n’était ni claire ni précise. Pour cette raison, et pour d’autres motifs, il a rejeté l’action intentée par KRG Western contre M. Shafron.

[45] La Cour d’appel a elle aussi jugé ambiguë l’expression [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver ». Au paragraphe 59, le juge Chiasson a déclaré ce qui suit :

There is no fixed, recognized meaning for the phrase “Metropolitan City of Vancouver”. Various suggested meanings were provided at trial and in this Court. They served merely to reinforce the ambiguity of the phrase.

[46] However, the Court of Appeal was satisfied that “there is no doubt that the parties intended to prevent Mr. Shafron from competing in the City of Vancouver and an area beyond the City” (para. 80). It then determined that what “likely was in the reasonable contemplation of the parties when they made their agreement” (para. 63) was “the City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby” (para. 61). In construing the ambiguous term “Metropolitan City of Vancouver” in the way it did, the Court of Appeal said that it relied on the doctrine of notional severance to resolve the ambiguity.

A. *Severance Cannot Be Invoked to Resolve the Ambiguity*

[47] With respect, I do not think that what the Court of Appeal did constituted notional severance. As explained above, in *Transport*, notional severance was used to read down an illegal provision in a contract to render it legal. That is not what the Court of Appeal purported to do in this case. It was in fact trying to resolve the ambiguity in the term “Metropolitan City of Vancouver” by reading down covenant according to its notion of reasonableness and what it thought the parties might have intended (paras. 59 and 63). As stated earlier, notional severance does not permit a court to rewrite a restrictive covenant in an employment contract in order to reflect its own view of what the parties’ consensus *ad idem* might have been or what the court thinks is reasonable in the circumstances.

[48] In the alternative, KRG Western submitted (at para. 116 of its factum) that, if this Court is unwilling to uphold the decision of the Court of Appeal which held that “Metropolitan City of Vancouver”

[TRADUCTION] Il n’existe aucune définition établie et reconnue de l’expression « l’agglomération de la ville de Vancouver ». Diverses significations ont été proposées pendant le procès et devant notre Cour. Elles n’ont servi qu’à accentuer l’ambiguïté de cette expression.

[46] Toutefois, la Cour d’appel était convaincue que [TRADUCTION] « les parties avaient sans l’ombre d’un doute l’intention d’empêcher M. Shafron de faire concurrence à l’entreprise dans la ville de Vancouver et dans les environs » (par. 80). Elle a ensuite conclu que le secteur [TRADUCTION] « sans doute raisonnablement envisagé par les parties lorsqu’elles ont conclu l’entente » (par. 63) était composé de « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l’Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby » (par. 61). La Cour d’appel a dit s’être appuyée sur la théorie de la divisibilité fictive pour interpréter ainsi l’expression ambiguë [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver ».

A. *La divisibilité ne peut être invoquée pour dissiper l’ambiguïté*

[47] En toute déférence, je ne crois pas que la Cour d’appel ait effectivement appliqué la théorie de la divisibilité fictive. Comme je l’ai expliqué précédemment, la Cour a appliqué la théorie de la divisibilité fictive dans *Transport* pour donner une interprétation atténuée d’une clause illégale afin de la rendre légale. Ce n’est pas ce que la Cour d’appel voulait faire en l’espèce. Elle essayait en fait de dissiper l’ambiguïté de l’expression [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver » en donnant une interprétation atténuée de la clause selon ce qu’elle jugeait raisonnable et sa perception de l’intention possible des parties (par. 59 et 63). Comme je l’ai déjà indiqué, la théorie de la divisibilité fictive ne permet pas à un tribunal de récrire une clause restrictive d’un contrat de travail en accord avec sa propre perception du consensus auquel ont pu arriver les parties ou avec ce qu’il juge raisonnable dans les circonstances.

[48] KRG Western a fait valoir à titre subsidiaire (par. 116 de son mémoire) que, dans le cas où notre Cour ne serait pas disposée à confirmer la décision de la Cour d’appel interprétant

should be read to include “the City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby”, this Court should apply blue-pencil severance and remove the word “Metropolitan”. In my view, blue-pencil severance does not apply here.

[49] As I have stated, blue-pencil severance is to be applied narrowly, and only in particular circumstances. In *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293 (B.C.C.A.), Lambert J.A. stated, at pp. 305-6, that

the courts will only [apply blue pencil severance to] sever the covenant and expunge a part of it if the obligation that remains can fairly be said to be a sensible and reasonable obligation in itself and such that the parties would unquestionably have agreed to it without varying any other terms of the contract or otherwise changing the bargain. . . . It is in that context that reference is made in the cases severing and expunging merely trivial or technical parts of an invalid covenant, which are not part of the main purport of the clause, in order to make it valid

[50] Removal of the word “Metropolitan” would leave behind only “City of Vancouver”. KRG Western, in its factum, stated that the “context makes it clear the parties intended the restricted area to cover not only the City of Vancouver, but also the suburbs immediately surrounding Vancouver” (para. 82). The Court of Appeal stated that the parties “clearly intended a geographic reach that included the City of Vancouver and something more” (para. 57 (emphasis added)). However, there is no evidence that the parties would have “unquestionably” agreed to remove the word “Metropolitan” “without varying any other terms of the contract or otherwise changing the bargain”. Blue-pencil severance is therefore not applicable in this case.

l’expression [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver » comme désignant « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l’Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby », elle devrait appliquer la technique du trait de crayon bleu et supprimer les mots « l’agglomération de ». À mon avis, la divisibilité pure et simple ne s’applique pas en l’occurrence.

[49] Comme je l’ai expliqué, la divisibilité pure et simple doit être appliquée restrictivement, et uniquement dans des circonstances particulières. Dans *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293 (C.A.C.-B.), le juge Lambert a déclaré, aux p. 305-306, que

[TRADUCTION] les tribunaux n’auront [recours à la technique du trait de crayon bleu pour] diviser la clause et en retrancher un élément que s’il est honnêtement possible de dire que l’obligation qui subsiste est en soi une obligation sensée et raisonnable sur laquelle les parties se seraient incontestablement entendues sans changer quoi que ce soit aux autres clauses du contrat ni modifier autrement le marché. [. . .] C’est dans ce contexte qu’il est question, dans la jurisprudence, de la possibilité de diviser une clause invalide ou d’en supprimer des éléments qui sont dénués d’importance ou qui sont de pure forme, et qui sont étrangers à son objet principal, afin de la rendre valide

[50] En supprimant les mots « l’agglomération de », il ne resterait que les mots « la ville de Vancouver ». KRG Western écrit dans son mémoire qu’il [TRADUCTION] « ressort clairement du contexte que, pour les parties, le secteur géographique visé par la restriction devait inclure non seulement la ville de Vancouver, mais également ses banlieues immédiates » (par. 82). La Cour d’appel a estimé que les parties [TRADUCTION] « avaient clairement en tête une portée géographique qui comprenait la ville de Vancouver et quelque chose de plus » (par. 57 (je souligne)). Cependant, aucun élément de preuve ne démontre que les parties se seraient « incontestablement » entendues pour supprimer les mots « l’agglomération de » « sans changer quoi que ce soit aux autres clauses du contrat ni modifier autrement le marché ». La divisibilité pure et simple n’est par conséquent pas applicable en l’espèce.

B. *No Case Made Out for Rectification*

[51] KRG Western in its factum says that it was obvious that “something must have gone wrong with the language” of the covenant and that “Metropolitan City of Vancouver” is a “mistaken description” (paras. 75 and 78). This submission and KRG’s pleadings at first instance invite the Court to apply the doctrine of rectification to clarify the mistaken description.

[52] However, this is not a case in which rectification is properly applicable. In *Frederick E. Rose (London) Ltd. v. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450 (C.A.), Denning L.J. stated at p. 461:

Rectification is concerned with contracts and documents, not with intentions. In order to get rectification it is necessary to show that the parties were in complete agreement on the terms of their contract, but by an error wrote them down wrongly; and in this regard, in order to ascertain the terms of their contract, you do not look into the inner minds of the parties — into their intentions — any more than you do in the formation of any other contract.

Here, there was nothing to indicate what the parties intended by the use of the term “Metropolitan” when they entered into the covenant and nothing to indicate that they agreed on an area and then mistakenly wrote down “Metropolitan”.

[53] In *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, Binnie J., at paras. 37-40, set out the necessary requirements for rectification: (1) the existence and content of the inconsistent prior oral agreement; (2) that the party seeking to uphold the terms of the written agreement knew or ought to have known about the lack of correspondence between the written document and the oral agreement, in circumstances amounting to fraud or the equivalent of fraud; and (3) “the precise form” in which the written instrument can be made to express the prior intention.

B. *Le droit à la rectification n'a pas été établi*

[51] Dans son mémoire, KRG Western affirme que, de toute évidence, [TRADUCTION] « il doit y avoir eu erreur dans le libellé » de la clause et que l’expression « l’agglomération de la ville de Vancouver » constitue une « description erronée » (par. 75 et 78). Cette prétention et les actes de procédure déposés par KRG en première instance invitent la Cour à appliquer la théorie de la rectification pour clarifier cette description erronée.

[52] Il ne s’agit cependant pas d’une affaire où la rectification est possible. Dans *Frederick E. Rose (London) Ltd. c. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450 (C.A.), le lord juge Denning a apporté les précisions suivantes, à la p. 461 :

[TRADUCTION] La rectification concerne les contrats et les documents, et non les intentions. Pour obtenir une rectification, il faut démontrer que les parties étaient parfaitement d’accord sur les stipulations du contrat, mais qu’elles ont fait une erreur lorsqu’elles les ont consignées par écrit; et il n’y a pas davantage lieu à cet égard, pour établir les conditions du contrat conclu, de sonder la pensée des parties — de sonder leurs intentions — qu’il n’y a lieu de le faire à propos de la formation de tout autre contrat.

En l’espèce, rien n’indiquait ce que les parties avaient en tête en utilisant le mot « agglomération » lors de la conclusion du contrat et rien n’indiquait qu’elles s’étaient entendues sur un secteur géographique, puis avaient écrit le mot « agglomération » par erreur.

[53] Dans *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, le juge Binnie a énoncé, aux par. 37-40, les conditions préalables à la rectification : il faut (1) établir l’existence et la teneur de l’entente verbale antérieure incompatible; (2) prouver que la partie qui réclame l’application de l’entente écrite connaissait ou aurait dû connaître la discordance entre l’entente verbale et l’entente écrite, dans des circonstances qui constituent une fraude ou l’équivalent d’une fraude; et (3) démontrer « de façon précise » comment l’écrit peut être formulé pour exprimer l’intention antérieure.

[54] In this case, KRG Western has shown no prior oral agreement, let alone the content of one. Rather, it simply asserts that “something must have gone wrong with the language” of the contract. Without pointing to a prior agreement that was departed from when the contract was put into writing, rectification is not available.

[55] In Binnie J.’s discussion of the “precise form” requirement, at para. 40, he stated:

The third hurdle is that Sylvan (Bell) [the respondent in that case] must show “the precise form” in which the written instrument can be made to express the prior intention (*Hart, supra, per* Duff J., at p. 630). This requirement closes the “floodgates” to those who would invite the court to speculate about the parties’ unexpressed intentions, or impose what in hindsight seems to be a sensible arrangement that the parties might have made but did not. The court’s equitable jurisdiction is limited to putting into words that — and only that — which the parties had already orally agreed to.

In my view, the Court of Appeal imposed what in hindsight seemed to it to be a sensible arrangement that the parties might have made, but did not.

[56] I would also note Binnie J.’s comments, at para. 31:

In *Hart, supra*, at p. 630, Duff J. (as he then was) stressed that “[t]he power of rectification must be used with great caution”. Apart from everything else, a relaxed approach to rectification as a substitute for due diligence at the time a document is signed would undermine the confidence of the commercial world in written contracts.

[57] In this case, KRG Western can point to no prior agreement, written or oral, that explains the term “Metropolitan City of Vancouver”. Rectification is used to restore what the parties’ agreement actually was, were it not for the error in the written agreement. In the present case, there is no indication that the parties agreed on something

[54] En l’espèce, KRG Western n’a pas établi l’existence d’une entente verbale antérieure, et encore moins la teneur d’une telle entente. Elle affirme simplement qu’il [TRADUCTION] « doit y avoir eu erreur dans le libellé » du contrat. Pour demander une rectification, il faut impérativement faire valoir une entente antérieure à laquelle il aurait été dérogé lorsque le contrat a été consigné par écrit.

[55] Le juge Binnie a fait les observations suivantes, au par. 40, sur l’obligation de démontrer « de façon précise » comment l’écrit peut être formulé :

Suivant le troisième obstacle, Sylvan (Bell) [l’intimée dans cette cause] doit démontrer [TRADUCTION] « de façon précise » comment l’écrit peut être formulé pour exprimer l’intention antérieure (*Hart, précité*, le juge Duff, p. 630). Cette exigence prévient « l’avalanche de poursuites » de la part de ceux qui inviteraient les tribunaux à spéculer sur les intentions inexprimées des parties ou à imposer ce qui, a posteriori, semble être un arrangement judicieux, qu’auraient pu conclure les parties mais qu’elles n’ont par ailleurs pas choisi. La compétence des tribunaux en equity se limite à exprimer en mots ce sur quoi — et uniquement ce sur quoi — les parties s’étaient déjà entendues verbalement.

J’estime que la Cour d’appel a imposé ce qui, a posteriori, lui semblait être un arrangement judicieux qu’auraient pu conclure les parties, mais qu’elles n’ont par ailleurs pas choisi.

[56] Je signalerais aussi les commentaires suivants faits par le juge Binnie au par. 31 :

Dans l’arrêt *Hart, précité*, p. 630, le juge Duff (plus tard Juge en chef du Canada) a souligné que [TRADUCTION] « [l]e pouvoir de rectification ne doit être utilisé qu’avec grande prudence ». Tout assouplissement de l’application de la rectification qui en ferait un substitut à l’exercice de diligence raisonnable lors de la signature d’un document aurait pour effet d’ébranler la confiance du monde des affaires à l’égard des contrats écrits.

[57] En l’espèce, KRG Western ne peut faire valoir aucune entente préalable, écrite ou verbale, qui expliquerait l’expression [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver ». La rectification a pour objet de rétablir l’entente véritablement conclue par les parties, n’eût été l’erreur commise dans l’entente écrite. Or dans le cas qui

and then mistakenly included something else in the written contract. Rather, they used an ambiguous term in the written contract. The original restrictive covenant was drafted by a Toronto lawyer who apparently did not know that “Metropolitan City of Vancouver” was not a legally defined term. The doctrine of rectification is not applicable.

VI. Conclusion

[58] In my respectful opinion, the Court of Appeal erred when it rewrote the restrictive covenant in this case to substitute for the “Metropolitan City of Vancouver” the “City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby”. The term “Metropolitan City of Vancouver” was ambiguous and there was no context or other evidence demonstrating the mutual understanding of the parties at the time they entered into the contract as to what geographic area it covered. Further, the trial judge found that the restrictive covenant was unreasonable (para. 52). It was inappropriate for the Court of Appeal to rewrite the geographic scope in the restrictive covenant to what it thought was reasonable.

[59] I would allow the appeal with costs here and in the courts below and restore the judgment of the trial judge dismissing KRG Western’s action.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Clark Wilson, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Lindsay Kenney, Vancouver.

nous occupe, rien ne permet de croire que les parties auraient convenu d’une chose, puis inscrit par erreur quelque chose d’autre dans le contrat écrit. En fait, elles ont plutôt utilisé une expression ambiguë dans le contrat écrit. La clause restrictive originale a été rédigée par un avocat de Toronto qui, semble-t-il, ne savait pas que l’expression [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver » n’avait pas de sens défini en droit. La théorie de la rectification ne s’applique pas.

VI. Conclusion

[58] À mon avis, la Cour d’appel a eu tort de récrire en l’espèce la clause restrictive pour remplacer [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver » par « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l’Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby ». L’expression « l’agglomération de la ville de Vancouver » était ambiguë et il n’existait aucun contexte ni autre élément de preuve établissant que les parties s’étaient entendues, au moment de la conclusion du contrat, sur le secteur géographique visé par cette expression. Qui plus est, le juge de première instance a conclu que la clause restrictive était déraisonnable (par. 52). La Cour d’appel ne pouvait pas reformuler la portée géographique de la clause restrictive selon ce qui lui semblait raisonnable.

[59] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures et de rétablir la décision du juge de première instance rejetant l’action de KRG Western.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l’appelant : Clark Wilson, Vancouver.

Procureurs de l’intimée : Lindsay Kenney, Vancouver.

Laura Ravndahl *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of Saskatchewan as represented by the Government of Saskatchewan and Workers' Compensation Board *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, and Attorney General of Newfoundland and Labrador *Intervenors*

INDEXED AS: RAVND AHL v. SASKATCHEWAN

Neutral citation: 2009 SCC 7.

File No.: 32225.

2008: December 17; 2009: January 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Limitation of actions — Applicability of limitation periods — Constitutional challenge — Pre-Charter denial of benefits — Equality rights — Claims seeking personal relief and declarations of unconstitutionality — Whether statutory limitation periods applicable to claims for personal relief — Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, c. L-15, s. 3(1)(j).

The appellant lost her widow's pension benefit upon remarriage on October 20, 1984 pursuant to s. 68 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act* of 1978. After her remarriage, legislative amendments ultimately provided for compensation to continue to be payable to a surviving dependent spouse in case of remarriage occurring on or after April 17, 1985 — the date the equality rights guaranteed by s. 15 of the

Laura Ravndahl *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de Saskatchewan, représentée par le gouvernement de la Saskatchewan, et Workers' Compensation Board *Intimées*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta et procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : RAVND AHL c. SASKATCHEWAN

Référence neutre : 2009 CSC 7.

N° du greffe : 32225.

2008 : 17 décembre; 2009 : 29 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Prescription — Applicabilité des délais de prescription — Contestation constitutionnelle — Refus de prestations survenu avant l'entrée en vigueur de la Charte — Droits à l'égalité — Demandes visant des réparations personnelles et des déclarations d'inconstitutionnalité — Les délais de prescription prévus par la loi s'appliquent-ils aux demandes de réparations personnelles? — Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, ch. L-15, art. 3(1j).

À la suite de son remariage le 20 octobre 1984, l'appelante a cessé de recevoir sa pension de veuve, en application de l'art. 68 de la *Workers' Compensation Act* de 1978 de la Saskatchewan. Après ce remariage, des modifications législative et réglementaire ont prévu, en définitive, qu'une compensation continue à être versée à un conjoint survivant à charge si son remariage est survenu le 17 avril 1985 — le jour où l'art. 15 de la *Charte canadienne des*

Canadian Charter of Rights and Freedoms came into effect. These amendments did not affect the appellant because of the date of her remarriage. In 1999, a special Act provided for a lump sum payment to persons whose spousal pensions had been terminated by virtue of remarriage prior to April 17, 1985, but the appellant did not apply for payment. Rather, she brought an action in 2000 based on s. 15 of the *Charter*, seeking an order (1) reinstating her spousal pension and awarding damages and interest and (2) declaring that the legislative amendments and the 1999 Act were of no force or effect. Following an application to determine a point of law, the Court of Queen's Bench dismissed the action as statute-barred under s. 3(1)(j) of *The Limitation of Actions Act*. The Court of Appeal ordered the reinstatement of the prayers for relief relating to the declaratory action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, while confirming that the claims for personal relief were barred.

Held: The appeal should be dismissed.

Personal claims for constitutional relief are claims brought as an individual *qua* individual for a personal remedy and must be distinguished from claims enuring to affected members generally under an action for a declaration that a law is unconstitutional. [16]

The Limitation of Actions Act applies to personal claims. Here, the cause of action arose on April 17, 1985 when s. 15 of the *Charter* came into effect. Before that date, the appellant had no cognizable legal right upon which to base her claim. Subsequent attempts to lessen the discriminatory effects of the 1978 Act did not create a new cause of action in her favour. There is also no renewing cause of action arising with each pension payment not received in this case because it cannot be assumed that the benefits which had been terminated would have otherwise been paid. Since the appellant's cause of action arose on April 17, 1985 and the six-year limitation period is applicable, the personal claims were statute-barred. [17-18] [20-22] [24]

The claim for a declaration of constitutional invalidity and, if granted, what remedies are to issue, is for the trial judge to determine. Any remedies flowing from s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, would not be personal remedies but rather remedies from which the appellant, as an affected person, might benefit. [26]

droits et libertés relative aux droits à l'égalité est entré en vigueur — ou après cette date. Ces modifications ne s'appliquaient pas à l'appelante étant donné la date de son remariage. En 1999, une loi spéciale prévoyait le paiement d'une somme globale aux personnes qui ne touchaient plus de pension de conjoint parce qu'elles s'étaient remariées avant le 17 avril 1985. L'appelante ne s'est pas prévaluée de cette loi. Elle a plutôt intenté, en 2000, un recours fondé sur l'art. 15 de la *Charte* en vue d'obtenir une ordonnance (1) rétablissant sa pension de conjointe et lui octroyant des dommages-intérêts et (2) déclarant les modifications législatives et la loi de 1999 inopérantes. Appelée à trancher une question de droit, la Cour du Banc de la Reine a rejeté l'action la déclarant prescrite en application de l'al. 3(1)(j) de la *Limitation of Actions Act*. La Cour d'appel a ordonné le rétablissement des demandes de réparations visant le prononcé d'un jugement déclaratoire fondé sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais a confirmé que les demandes de réparations personnelles étaient prescrites.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les demandes personnelles de réparation constitutionnelle sont des demandes introduites par un individu, en tant qu'individu, en vue d'obtenir une réparation personnelle et il y a lieu d'établir une distinction entre ces demandes et celles sollicitant la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi qui peuvent profiter aux personnes touchées en général. [16]

La Limitation of Actions Act s'applique aux demandes de réparations personnelles. En l'espèce, la cause d'action a pris naissance le 17 avril 1985, lorsque l'art. 15 de la *Charte* est entré en vigueur. Avant cette date, l'appelante ne disposait d'aucun droit reconnu pour étayer sa demande. Les tentatives subséquentes d'atténuer les effets discriminatoires de la loi de 1978 n'ont pas créé de nouvelle cause d'action pour elle. En outre, la cause d'action n'est pas renouvelée en l'espèce chaque fois qu'elle n'a pas reçu un versement de la pension puisqu'il ne peut être supposé que les prestations qui ont cessé auraient autrement été payées. Puisque la cause d'action de l'appelante a pris naissance le 17 avril 1985 et que le délai de prescription de six ans s'applique, les demandes de réparations personnelles étaient prescrites. [17-18] [20-22] [24]

Il appartiendra à la juge de première instance de décider de l'opportunité de prononcer une déclaration d'invalidité et, dans l'affirmative, de se prononcer sur les réparations qui devraient être accordées. Les réparations découlant de l'application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne seraient pas personnelles. Il s'agirait plutôt de réparations dont pourrait bénéficier l'appelante, à titre de personne touchée. [26]

Cases Cited

Applied: *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 24.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, c. L-15, s. 3.
Queen's Bench Rules (Saskatchewan), Rule 188.
Special Payment (Dependent Spouses) Act, S.S. 1999, c. S-56.01.
Workers' Compensation Act, R.S.S. 1978, c. W-17, s. 68.
Workers' Compensation Act, 1974, S.S. 1973-74, c. 127.
Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1, s. 98.1 [ad. 1984-85-86, c. 89, s. 25].
Workers' Compensation General Regulations, 1985, R.R.S., c. W-17.1, Reg. 1 [am. S. Reg. 15/1999, s. 2].

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Gerwing, Lane and Smith J.J.A.), 2007 SKCA 66, 299 Sask. R. 162, [2007] 10 W.W.R. 606, 43 C.P.C. (6th) 201, [2007] S.J. No. 282 (QL), 2007 CarswellSask 297, allowing in part an appeal from a judgment of Pritchard J., 2004 SKQB 260, 251 Sask. R. 156, 50 C.P.C. (5th) 161, 119 C.R.R. (2d) 372, [2004] S.J. No. 374 (QL), 2004 CarswellSask 398. Appeal dismissed.

Robert E. Houston, Q.C., for the appellant.

Alan F. Jacobson, for the respondent the Province of Saskatchewan.

Leonard D. Andrychuk, Q.C., and *Christy J. Stockdale*, for the respondent the Workers' Compensation Board.

Michael H. Morris and *Sean Gaudet*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert E. Charney and *Rochelle S. Fox*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Isabelle Harnois, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; **arrêt mentionné :** *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 24.
Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, ch. L-15, art. 3.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Règles de procédure de la Cour du Banc de la Reine (Saskatchewan), règle 188.
Special Payment (Dependent Spouses) Act, S.S. 1999, ch. S-56.01.
Workers' Compensation Act, R.S.S. 1978, ch. W-17, art. 68.
Workers' Compensation Act, 1974, S.S. 1973-74, ch. 127.
Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1, art. 98.1 [aj. 1984-85-86, ch. 89, art. 25].
Workers' Compensation General Regulations, 1985, R.R.S., ch. W-17.1, règl. 1 [mod. S. Reg. 15/1999, art. 2].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Gerwing, Lane et Smith), 2007 SKCA 66, 299 Sask. R. 162, [2007] 10 W.W.R. 606, 43 C.P.C. (6th) 201, [2007] S.J. No. 282 (QL), 2007 CarswellSask 297, qui a accueilli en partie l'appel d'une décision de la juge Pritchard, 2004 SKQB 260, 251 Sask. R. 156, 50 C.P.C. (5th) 161, 119 C.R.R. (2d) 372, [2004] S.J. No. 374 (QL), 2004 CarswellSask 398. Pourvoi rejeté.

Robert E. Houston, c.r., pour l'appelante.

Alan F. Jacobson, pour l'intimée la province de la Saskatchewan.

Leonard D. Andrychuk, c.r., et *Christy J. Stockdale*, pour l'intimée Workers' Compensation Board.

Michael H. Morris et *Sean Gaudet*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Charney et *Rochelle S. Fox*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

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

Jonathan G. Penner, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Roderick S. Wiltshire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submission only by *Barbara Barrowman*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — This case raises the question of whether a statutory limitation period applies to personal claims for constitutional relief, and if so, how the limitation period affects such claims.

[2] The following constitutional question was stated by this Court:

Is s. 3 of *The Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, c. L-15, constitutionally inapplicable to the appellant's claims for personal relief, including damages, reinstatement and other monetary remedies, in an action alleging that s. 98.1(5) of *The Workers' Compensation Act*, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1, and related legislation is of no force or effect to the extent that it breaches her rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[3] The appellant falls into a group sometimes known as the "pre-*Charter* widows". Before the equality provision of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* came into force on April 17, 1985, workers' compensation legislation provided that pensions to survivor spouses would cease upon remarriage. The appellant, who held a widow's pension, lost her benefit upon remarriage on October 20, 1984, and hence brings this action.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

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

Jonathan G. Penner, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Roderick S. Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Barbara Barrowman*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à déterminer si un délai de prescription prévu par la loi s'applique aux demandes personnelles de réparation constitutionnelle et, dans l'affirmative, quelles sont les incidences de ce délai de prescription sur de telles demandes.

[2] Notre Cour a énoncé la question constitutionnelle suivante :

L'article 3 de la *Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, ch. L-15, est-il constitutionnellement inapplicable aux réclamations de l'appelante pour une réparation individuelle, y compris des dommages-intérêts, la réintégration et les autres réparations pécuniaires, dans une action où elle allègue que le par. 98.1(5) de la *Workers' Compensation Act*, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1, et les dispositions législatives connexes sont inopérants dans la mesure où ils violent les droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[3] L'appelante fait partie d'un groupe parfois désigné comme les « personnes devenues veuves avant l'entrée en vigueur de la *Charte* ». Avant l'entrée en vigueur, le 17 avril 1985, de la disposition de la *Charte canadienne des droits et libertés* relative aux droits à l'égalité, la législation en matière d'indemnisation des accidentés du travail prévoyait que les pensions versées aux conjoints survivants cesseraient à la suite d'un remariage. L'appelante, qui touchait une pension de veuve, a perdu sa prestation à la suite de son remariage le 20 octobre 1984, d'où la présente action.

[4] The action has not yet proceeded to trial. The Court of Queen's Bench of Saskatchewan held that the appellant's cause of action was subject to s. 3 of *The Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, c. L-15, and was statute-barred. The majority of the Court of Appeal of Saskatchewan allowed the appeal and ordered the reinstatement of the prayers for relief relating to the declaratory action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, while confirming that the claims for personal relief were barred. Smith J.A., dissenting, would have allowed the appeal in its entirety.

I. Facts and Legislative Framework

[5] On November 17, 1975, the appellant's former husband died of injuries arising out of his employment. Subsequently, the appellant began receiving a monthly pension as a surviving dependent spouse pursuant to *The Workers' Compensation Act, 1974*, S.S. 1973-74, c. 127. Beginning on February 26, 1979, the appellant's compensation benefits were paid pursuant to *The Workers' Compensation Act*, R.S.S. 1978, c. W-17 ("1978 Act").

[6] On October 20, 1984, the appellant remarried. Until the time of her remarriage her compensation benefits as a surviving dependent spouse were being paid pursuant to the 1978 Act, notwithstanding the enactment of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, on January 1, 1980 ("1979 Act"). On her remarriage, the appellant's benefits were terminated pursuant to s. 68 of the 1978 Act which provided as follows:

68. — (1) If a surviving dependant spouse marries, the monthly payments to the spouse shall cease but the spouse shall be entitled in lieu of them to a lump sum equal to the monthly payments for two years.

[7] *The Workers' Compensation Amendment Act, 1985*, S.S. 1984-85-86, c. 89, amended the 1979 Act by the addition of s. 98.1, which provided that from the date it came into force (September 1, 1985), remarriage would not result in a termination of

[4] L'action n'a pas encore été instruite. La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a conclu que la cause d'action de l'appelante était assujettie à l'art. 3 de la *Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, ch. L-15, et qu'elle était prescrite. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan ont accueilli l'appel et ordonné le rétablissement des demandes de réparations visant le prononcé d'un jugement déclaratoire fondé sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais ont confirmé que les demandes de réparations personnelles étaient prescrites. La juge Smith, dissidente, aurait accueilli l'appel dans sa totalité.

I. Faits et cadre législatif

[5] Le 17 novembre 1975, l'ancien mari de l'appelante est décédé des suites d'un accident du travail. Subséquemment, l'appelante a commencé à recevoir une pension mensuelle à titre de conjointe survivante à charge en vertu de la *Workers' Compensation Act, 1974*, S.S. 1973-74, ch. 127. À compter du 26 février 1979, les prestations ont été versées à l'appelante en vertu de la loi intitulée *The Workers' Compensation Act*, R.S.S. 1978, ch. W-17 (« Loi de 1978 »).

[6] Le 20 octobre 1984, l'appelante s'est remariée. Jusque-là, les prestations qu'elle recevait à titre de conjointe survivante à charge lui étaient versées conformément à la Loi de 1978, malgré l'édiction de la loi intitulée *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, le 1^{er} janvier 1980 (« Loi de 1979 »). Au moment de son remariage, ces prestations ont cessé de lui être versées, en application de l'art. 68 de la Loi de 1978, qui prévoyait ce qui suit :

[TRADUCTION]

68. — (1) Le conjoint survivant à charge qui se marie cesse de recevoir les versements mensuels qui lui sont faits, mais a droit, en lieu et place, à une somme globale équivalant à deux années de versements mensuels.

[7] La *Workers' Compensation Amendment Act, 1985*, S.S. 1984-85-86, ch. 89, a modifié la Loi de 1979 par adjonction de l'art. 98.1, qui précisait qu'à compter de la date de son entrée en vigueur, soit le 1^{er} septembre 1985, le remariage n'entraînerait plus

benefits. Section 98.1 did not apply to the appellant as it only applied to surviving dependent spouses who remarried on or after September 1, 1985.

[8] On March 11, 1999, an amendment to *The Workers' Compensation General Regulations, 1985*, R.R.S., c. W-17.1, Reg. 1, reinstated spousal pensions for persons who had remarried between April 17, 1985 (the day the equality rights provision of the *Charter* came into force) and August 31, 1985 (S. Reg. 15/1999, s. 2). The reinstatement was effective only from the day the section came into force. Again, this amendment did not apply to the appellant as she had remarried prior to April 17, 1985.

[9] On May 6, 1999, *The Special Payment (Dependent Spouses) Act*, S.S. 1999, c. S-56.01, was enacted. It provided for an \$80,000 payment to persons whose spousal pensions were terminated by virtue of remarriage prior to April 17, 1985 (and required the surviving spouse to execute a release). The appellant did not apply for the payment.

[10] On March 31, 2000, the appellant commenced this action claiming the following relief, as set out in para. 30 of her Amended Statement of Claim:

- a) A declaration pursuant to Section 52 of the **Constitution Act 1982** that Section 98.1(5) of **The Workers' Compensation Amendment Act 1985** is unconstitutional and of no force or effect;
- b) A declaration that Section 98.1(5) of **The Workers' Compensation Act, 1979** c. W-17.1 is unconstitutional and of no force and effect;
- c) A declaration that **The Special Payment (Dependent Spouses) Act** is unconstitutional and of no force and effect;
- d) An Order reinstating the Plaintiff's spousal pension;
- e) Damages;
- f) Interest in accordance with **The Pre-Judgment Interest Act**;

la cessation des prestations. L'appelante ne pouvait se prévaloir de l'art. 98.1 puisqu'il ne s'appliquait qu'aux conjoints survivants à charge qui s'étaient remariés le 1^{er} septembre 1985 ou après cette date.

[8] Le 11 mars 1999, une modification à la *Workers' Compensation General Regulations, 1985*, R.S.S., ch. W-17.1, règl. 1, a rétabli les pensions de conjoint pour les personnes qui s'étaient remariées entre le 17 avril 1985 — c'est-à-dire le jour où la disposition de la *Charte* relative aux droits à l'égalité est entrée en vigueur — et le 31 août 1985 (S. Reg. 15/1999, art. 2). Le rétablissement ne prenait effet qu'à partir de la date d'entrée en vigueur de la disposition en question. Cette modification ne s'appliquait pas non plus à l'appelante, car elle s'était remariée avant le 17 avril 1985.

[9] Le 6 mai 1999, la *Special Payment (Dependent Spouses) Act*, S.S. 1999, ch. S-56.01, a été promulguée. Elle prévoyait le paiement de 80 000 \$ aux personnes qui ne touchaient plus de pension de conjoint parce qu'elles s'étaient remariées avant le 17 avril 1985, et obligeait le conjoint survivant à signer une quittance. L'appelante ne s'est pas prévalue de cette loi.

[10] Le 31 mars 2000, l'appelante a intenté la présente action en vue d'obtenir les réparations suivantes énoncées comme suit au par. 30 de sa déclaration modifiée :

[TRADUCTION]

- a) Un jugement déclarant, en vertu de l'art. 52 de la **Loi constitutionnelle de 1982**, que le par. 98.1(5) de la **Workers' Compensation Amendment Act, 1985** est inconstitutionnel et inopérant;
- b) un jugement déclarant que le par. 98.1(5) de la **Workers' Compensation Act, 1979**, ch. W-17.1 est inconstitutionnel et inopérant;
- c) un jugement déclarant que la **Special Payment (Dependent Spouses) Act** est inconstitutionnelle et inopérante;
- d) une ordonnance rétablissant la pension de conjoint de la demanderesse;
- e) des dommages-intérêts;
- f) des intérêts conformément à la **Pre-Judgment Interest Act**;

- g) Costs;
- h) Such further and other relief as the Plaintiff may advise and this Honourable Court may allow.

[11] The applicable limitation provision in effect at the relevant time was s. 3(1)(j) of *The Limitation of Actions Act*. It stated as follows:

3. — (1) The following actions shall be commenced within and not after the times respectively hereinafter mentioned:

(j) any other action not in this Act or any other Act specifically provided for, within six years after the cause of action arose.

II. Judicial History

A. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*, 2004 SKQB 260, 251 Sask. R. 156

[12] The respondents applied to the Saskatchewan Court of Queen's Bench for determination of the following point of law pursuant to Rule 188 of *The Queen's Bench Rules*:

Is the Plaintiff's cause of action . . . subject to Section 3 of *The Limitation of Actions Act* and thereby barred by virtue of the operation of Section 3 . . . ?

[13] Pritchard J. dismissed the action in its entirety. She characterized the claim as a s. 24 *Charter* claim, which she found to be subject to s. 3 of *The Limitation of Actions Act*, a limitation period of general application. And since it was "common ground" that the action was commenced outside of the six-year time limit, Pritchard J. determined that the claims were statute-barred.

B. *Saskatchewan Court of Appeal*, 2007 SKCA 66, 299 Sask. R. 162

[14] Gerwing J.A., writing for the majority, found that nothing in the material warranted immediately

- g) les dépens;
- h) toute autre réparation que la demanderesse peut proposer et que la cour peut accorder.

[11] La disposition applicable en matière de prescription en vigueur à la date pertinente était l'al. 3(1j) de la *Limitation of Actions Act* qui prévoyait ce qui suit :

[TRADUCTION]

3. — (1) Les actions suivantes se prescrivent par les délais respectifs indiqués ci-après :

j) toute autre action qui n'est pas expressément prévue dans la présente Loi ou dans toute autre Loi se prescrit par six ans à compter de la naissance de la cause d'action.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*, 2004 SKQB 260, 251 Sask. R. 156

[12] Les intimés ont demandé à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan de trancher la question de droit suivante en application de la règle 188 des *Règles de procédure de la Cour du Banc de la Reine* :

[TRADUCTION] La cause d'action de la demanderesse est-elle [. . .] assujettie à l'article 3 de la *Limitation of Actions Act* et ainsi prescrite par application de cette disposition . . . ?

[13] La juge Pritchard a rejeté l'action dans sa totalité. Elle a jugé que la demande était fondée sur l'art. 24 de la *Charte*, et conclu qu'elle était assujettie à l'art. 3 de la *Limitation of Actions Act* qui prévoit un délai de prescription d'application générale. En outre, comme les parties [TRADUCTION] « s'entendaient pour dire » que l'action avait été intentée après le délai de six ans, la juge Pritchard a conclu que les demandes étaient prescrites.

B. *Cour d'appel de la Saskatchewan*, 2007 SKCA 66, 299 Sask. R. 162

[14] La juge Gerwing, au nom de la majorité, a conclu que rien dans le dossier ne justifiait la

striking the claims seeking declarations of invalidity (set out in subparas. 30(a) to (c)), since applications for declarations of invalidity are not generally governed by limitations statutes. However, she found that the remaining claims (subparas. 30(d) to (h)) were for relief of a personal nature and, whether claimed under s. 24 of the *Charter* or flowing from a declaration of invalidity under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, were subject to the limitations statute and had been correctly struck out as they were statute-barred. Gerwing J.A. severed the portions of the appellant's claim seeking declarations of unconstitutionality from the claims seeking personal relief.

[15] Smith J.A. agreed that s. 3 of *The Limitation of Actions Act* could operate to limit the extent of the appellant's relief flowing from a s. 52 declaration. However, she disagreed with Gerwing J.A.'s conclusion that the appellant's claims were statute-barred. In her view, if the appellant could persuade the trial court that her case was one of ongoing discrimination, based on her continuing status and repeated each month she does not receive a monthly benefit, the claim was not out of time. Smith J.A. would have reinstated all of the appellant's claims.

III. Analysis

A. Does Section 3 of *The Limitation of Actions Act* Apply to the Appellant's Claims for Personal Relief?

[16] It was argued below that statutory limitation periods do not apply to personal claims for constitutional relief. Personal claims for constitutional relief are claims brought as an individual *qua* individual for a personal remedy. As will be discussed below, personal claims in this sense must be distinguished from claims which may enure to affected

radiation immédiate des demandes, énoncées aux al. 30a) à c), visant le prononcé de déclarations d'invalidité, puisque ce genre de demandes n'est habituellement pas assujéti aux lois qui établissent des délais de prescription. Toutefois, elle a conclu que les autres demandes, énoncées aux al. 30d) à h), visaient des réparations de nature personnelle et — qu'elles aient été sollicitées en application de l'art. 24 de la *Charte* ou qu'elles aient découlé d'une déclaration d'invalidité prononcée en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — étaient assujéties aux lois établissant des délais de prescription. La juge Gerwing a donc estimé que ces demandes avaient été radiées à juste titre puisqu'elles étaient prescrites. Elle a dissocié les demandes par lesquelles l'appelante cherchait à obtenir des déclarations d'inconstitutionnalité de celles visant des réparations personnelles.

[15] La juge Smith a convenu que l'art. 3 de la *Limitation of Actions Act* pouvait s'appliquer pour limiter la portée des réparations pouvant être accordées à l'appelante par suite de l'application de l'art. 52. Cependant, elle n'a pas souscrit à la conclusion de la juge Gerwing portant que les demandes de l'appelante étaient prescrites. Selon elle, si l'appelante pouvait persuader le tribunal de première instance qu'elle faisait l'objet de discrimination continue fondée sur son état continu et que cette discrimination était répétée chaque mois qu'elle ne recevait pas de prestation mensuelle, les demandes ne seraient pas jugées hors délai. La juge Smith aurait rétabli toutes les demandes de l'appelante.

III. Analyse

A. L'article 3 de la *Limitation of Actions Act* s'applique-t-il aux demandes de réparations personnelles de l'appelante?

[16] On a fait valoir devant les juridictions inférieures que les délais de prescription prévus par la loi ne s'appliquent pas aux demandes personnelles de réparation constitutionnelle. Il s'agit de demandes introduites par un individu, en tant qu'individu, en vue d'obtenir une réparation personnelle. Comme il en sera question plus loin, il y a lieu d'établir une

persons generally under an action for a declaration that a law is unconstitutional.

[17] The argument that *The Limitation of Actions Act* does not apply to personal claims was abandoned before us, counsel for the appellant conceding that *The Limitations of Actions Act* applies to such claims. This is consistent with this Court's decision in *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, which held that limitation periods apply to claims for personal remedies that flow from the striking down of an unconstitutional statute.

B. *Are the Appellant's Personal Claims Statute-Barred?*

[18] In order to determine whether the appellant's personal claims are statute-barred, it is necessary to pinpoint when her cause of action arose. In my view, her cause of action arose on April 17, 1985 when s. 15 of the *Charter* came into effect. The appellant was denied benefits pursuant to the operation of s. 68(1) of the 1978 Act. However, she had no cognizable legal right upon which to base her claim until s. 15 of the *Charter* came into force. On April 17, 1985 a claim that the non-receipt of benefits pursuant to s. 68(1) of the 1978 Act discriminated against her on the basis of marital status became actionable. Although the appellant does not directly challenge the constitutionality of the 1978 Act, it is the operation of the 1978 Act that ultimately forms the basis of her discrimination claim. (These reasons assume, without deciding, that a challenge to a pre-*Charter* denial of benefits would be a permissible application of the *Charter*.)

[19] Before this Court, the appellant argued that a new cause of action arose when the government adopted remedial legislation reinstating the pensions of persons who had remarried on or after

distinction entre les demandes de réparations personnelles de ce type et celles sollicitant la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi qui peuvent profiter aux personnes touchées en général.

[17] Devant notre Cour, l'appelante a abandonné l'argument selon lequel la *Limitation of Actions Act* ne s'applique pas aux demandes de réparations personnelles, son avocat ayant reconnu que cette Loi s'applique à ce genre de demandes. Cette position est conforme à l'arrêt *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, dans lequel notre Cour a statué que les délais de prescription s'appliquent aux demandes de réparations personnelles qui découlent de l'annulation d'une loi inconstitutionnelle.

B. *Les demandes de réparations personnelles de l'appelante sont-elles prescrites?*

[18] Afin de déterminer si les demandes de réparations personnelles de l'appelante sont prescrites, il est nécessaire d'arrêter le moment où sa cause d'action a pris naissance. Selon moi, sa cause d'action a pris naissance le 17 avril 1985, lorsque l'art. 15 de la *Charte* est entré en vigueur. S'il est vrai que les prestations lui ont été refusées en application du par. 68(1) de la Loi de 1978, l'appelante ne disposait d'aucun droit reconnu pour étayer sa demande avant que l'art. 15 de la *Charte* n'entre en vigueur. Le 17 avril 1985, elle est devenue habilitée à réclamer en justice les prestations qu'elle ne touchait pas par suite de l'application du par. 68(1) de la Loi de 1978 en alléguant une discrimination à son égard fondée sur son état matrimonial. Bien que l'appelante ne conteste pas directement la constitutionnalité de la Loi de 1978, c'est l'application de cette dernière qui forme ultimement la base de sa réclamation fondée sur la discrimination. (Dans les présents motifs, il est tenu pour acquis, sans toutefois trancher la question, que la *Charte* pourrait être invoquée pour contester un refus de prestations survenu avant l'entrée en vigueur de celle-ci.)

[19] L'appelante a fait valoir devant notre Cour qu'une nouvelle cause d'action a pris naissance lorsque le gouvernement a adopté, d'abord, une loi et un règlement de nature réparatrice rétablissant les

April 17, 1985, and passed *The Special Payment (Dependent Spouses) Act*. This cause of action is said to rest on the under-inclusivity of this remedial legislation. The appellant did not benefit from the remedial regulations since she had remarried prior to April 17, 1985. She chose not to apply for the \$80,000 lump-sum payment under *The Special Payment (Dependent Spouses) Act*, but instead brought this action on March 31, 2000.

[20] This argument cannot succeed. The appellant's cause of action must be based, as explained above, on the unconstitutionality of the 1978 Act. Subsequent attempts by the Legislature to lessen the discriminatory effects of legislation do not create a new cause of action in her favour. The remedial provisions did not affect her position in any way.

[21] In her written materials, the appellant, relying on *Kingstreet*, asserted that her personal claims are not statute-barred because the limitation period is rolling in nature, applying anew to each pension payment that she did not receive. However, it is clear that such a result is dependent on a new cause of action arising with each event.

[22] In *Kingstreet*, a new cause of action was said to arise each time a payment of tax was made under unconstitutional legislation. This case is distinguishable from the present case. As stated by this Court in *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429:

Where the government has collected taxes in violation of the Constitution, there can be only one possible remedy: restitution to the taxpayer. In contrast, where a scheme for benefits falls foul of the s. 15 guarantee of equal benefit under the law, we normally do not know what the legislature would have done . . . [para. 108]

The renewing cause of action argument cannot succeed as it assumes that the benefits which

pensions des personnes qui se sont remariées le 17 avril 1985 ou après cette date et, ensuite, la *Special Payment (Dependent Spouses) Act*. Cette cause d'action serait fondée sur la portée trop restrictive de ces lois réparatrices. L'appelante n'a pas tiré profit de la réglementation réparatrice puisqu'elle s'était remariée avant le 17 avril 1985. Au lieu de réclamer la somme globale de 80 000 \$ en vertu de la *Special Payment (Dependent Spouses) Act*, l'appelante a plutôt choisi d'intenter la présente action le 31 mars 2000.

[20] Cet argument ne peut être retenu. La cause d'action de l'appelante doit être fondée, comme il a été expliqué précédemment, sur l'inconstitutionnalité de la Loi de 1978. Le fait que le législateur a tenté subséquentement d'atténuer les effets discriminatoires de la législation ne crée pas de nouvelle cause d'action pour l'appelante. Les dispositions réparatrices n'ont eu aucune incidence sur sa situation.

[21] Dans son mémoire, l'appelante, invoquant *Kingstreet*, a fait valoir que ses demandes de réparations personnelles ne sont pas prescrites puisque le délai de prescription est renouvelable automatiquement de par sa nature, ayant recommencé à courir chaque fois qu'elle n'a pas reçu un versement de la pension. Toutefois, il est évident qu'un tel résultat suppose qu'une nouvelle cause d'action prenne naissance à chaque non-versement.

[22] Dans *Kingstreet*, on a affirmé qu'une nouvelle cause d'action prenait naissance chaque fois qu'un paiement de taxes était versé en application d'une loi inconstitutionnelle. Il y a lieu d'établir une distinction entre cette affaire et la présente cause. Comme l'a affirmé notre Cour dans *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429 :

Le gouvernement qui a perçu une taxe en contrevenant à la Constitution n'a d'autre choix que de la restituer au contribuable. À l'opposé, lorsqu'un régime de prestations viole le droit au même bénéfice de la loi garanti à l'art. 15, on ignore habituellement quelle mesure le législateur aurait choisie . . . [par. 108]

L'argument selon lequel la cause d'action est renouvelée ne peut être retenu, puisqu'il suppose que les

were terminated would have otherwise been paid.

[23] In this case, there is but one cause of action which arose on April 17, 1985, when s. 15 of the *Charter* came into force.

[24] Since the appellant's cause of action arose on April 17, 1985 and the six-year limitation period set out s. 3 of *The Limitation of Actions Act* is applicable, the appellant's personal claims, which were commenced almost a decade out of time, are statute-barred.

C. *The Claim for a Declaration of Constitutional Invalidity*

[25] The Court of Appeal unanimously upheld the appellant's right to maintain her claims for a declaration under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* that the impugned legislative provisions were unconstitutional insofar as they operated on discriminatory grounds.

[26] It will be for the trial judge to determine whether a declaration of invalidity should be granted, and if so, what remedies if any should be granted. Because the appellant's personal claims are statute-barred, any remedies flowing from s. 52 would not be personal remedies, but would be remedies from which the appellant, as an affected person, might benefit.

[27] It is important to distinguish the appellant's personal, or *in personam*, remedies, brought by her as an individual, from an *in rem* remedy flowing from s. 52 that may extend a benefit to the appellant and all similarly affected persons. As stated in the factum of the intervener the Attorney General of Ontario:

Where legislation is found to be unconstitutionally underinclusive, the prospective remedial option chosen

prestations qui ont cessé auraient autrement été payées.

[23] En l'espèce, il n'existe qu'une seule cause d'action : celle qui a pris naissance le 17 avril 1985, lorsque l'art. 15 de la *Charte* est entré en vigueur.

[24] Puisque la cause d'action de l'appelante a pris naissance le 17 avril 1985 et que le délai de prescription de six ans prévu à l'art. 3 de la *Limitation of Actions Act* s'applique, les demandes de réparations personnelles de l'appelante — introduites presque une décennie après le délai imparti — sont prescrites.

C. *La demande visant le prononcé d'une déclaration d'inconstitutionnalité*

[25] La Cour d'appel a confirmé à l'unanimité le droit de l'appelante de maintenir ses demandes présentées en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et visant le prononcé d'une déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions législatives contestées dans la mesure où elles s'appliquaient selon des critères discriminatoires.

[26] Il appartiendra à la juge de première instance de décider de l'opportunité de prononcer une déclaration d'invalidité et, dans l'affirmative, de se prononcer sur les réparations qui devraient être accordées, le cas échéant. Comme les demandes de réparations personnelles sont prescrites, les réparations découlant de l'application de l'art. 52 ne seraient pas personnelles. Il s'agirait plutôt de réparations dont pourrait bénéficier l'appelante, à titre de personne touchée.

[27] Il est important d'établir une distinction entre les réparations personnelles — ou *in personam* — sollicitées par l'appelante en tant qu'individu, et les réparations *in rem* qui découlent de l'application de l'art. 52 et qui permettent d'accorder une prestation à l'appelante et à toutes les personnes touchées au même titre qu'elle. Comme il est énoncé dans le mémoire de l'intervenant le procureur général de l'Ontario :

[TRADUCTION] Lorsqu'une loi est jugée trop limitative sur le plan constitutionnel, le tribunal peut choisir

by the court might extend the benefit at issue through severance or reading in, or it might suspend the operation of the declaration of invalidity to allow the government to determine whether to cancel, modify, or extend the benefit at issue. If the unconstitutional underinclusive benefit is extended to include the [appellant's] *Charter* claimant[t] group, whether through the court's s. 52(1) declaration or through government's response to the court's s. 52(1) declaration, the [appellant], like any otherwise eligible person [in the claimant group], reaps the benefit of the s. 52(1) declaration, even if the claimant does not obtain a personalized remedy from the court. [para. 45]

IV. Conclusion

[28] The only issue on this appeal is whether the appellant's claims for personal relief are statute-barred. For the foregoing reasons, I conclude that they are.

[29] The appeal is dismissed and the order of the Saskatchewan Court of Appeal affirmed. I would answer the constitutional question in the negative.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Stamatinos Leland & Campbell, Kamsack, Saskatchewan.

Solicitor for the respondent the Province of Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the respondent the Workers' Compensation Board: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

comme mesure corrective pour l'avenir d'accorder la prestation en question par dissociation ou par interprétation large, ou de suspendre l'application de la déclaration d'invalidité pour permettre au gouvernement de déterminer s'il convient d'annuler, de modifier ou d'accorder la prestation en question. Si la prestation trop limitative inconstitutionnelle est accordée au groupe demandeur [de l'appelante], que ce soit au moyen de la déclaration du tribunal prononcée en vertu du par. 52(1) ou de la réponse du gouvernement à ladite déclaration, [l'appelante], comme toute autre personne admissible [du groupe demandeur], bénéficie de la déclaration prononcée en vertu du par. 52(1) même si elle n'obtient pas de réparations personnelles de la part du tribunal. [par. 45]

IV. Conclusion

[28] La seule question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si les demandes de réparations personnelles de l'appelante sont prescrites. Pour les motifs qui précèdent, j'estime qu'elles le sont.

[29] Le présent pourvoi est rejeté et l'ordonnance de la Cour d'appel de la Saskatchewan est confirmée. Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle par la négative.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante : Stamatinos Leland & Campbell, Kamsack, Saskatchewan.

Procureur de l'intimée la province de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intimée Workers' Compensation Board : MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Ste-Foy.

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 Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

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 l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Raymond DesRochers, Corporation de développement économique communautaire CALDECH and Commissioner of Official Languages of Canada *Appellants*

v.

Department of Industry Canada, Government of Canada and Attorney General of Canada *Respondents*

and

Attorney General of New Brunswick, Attorney General of the North West Territories and Fédération Franco-Ténoise *Intervenors*

INDEXED AS: DESROCHERS v. CANADA (INDUSTRY)

Neutral citation: 2009 SCC 8.

File No.: 31815.

2008: May 20; 2009: February 5.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Official languages — Communications by public with federal institutions — Right of members of public to be served by federal institutions in official language of their choice — Content of duty to provide equal services in both official languages — Community economic development services provided in both official languages, but principle of linguistic equality not adhered to — Situation corrected by time application for court remedy against federal institution heard — Whether Federal Court of Appeal erred in holding that no remedy other than costs should be granted — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 20(1) — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), Part IV.

Raymond DesRochers, Corporation de développement économique communautaire CALDECH et Commissaire aux langues officielles du Canada *Appelants*

c.

Ministère de l'Industrie du Canada, Gouvernement du Canada et procureur général du Canada *Intimés*

et

Procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général des Territoires du Nord-Ouest et Fédération Franco-Ténoise *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : DESROCHERS c. CANADA (INDUSTRIE)

Référence neutre : 2009 CSC 8.

N° du greffe : 31815.

2008 : 20 mai; 2009 : 5 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Langues officielles — Communications entre les administrés et les institutions fédérales — Droit du public d'être servi par les institutions fédérales dans la langue officielle de son choix — Contenu de l'obligation de fournir des services égaux dans les deux langues officielles — Services de développement économique communautaires fournis dans les deux langues officielles, mais non respect du principe de l'égalité linguistique — Situation corrigée au moment de l'audition du recours judiciaire contre l'institution fédérale — La Cour d'appel fédérale a-t-elle fait erreur en concluant qu'il n'y avait pas lieu d'accorder d'autre réparation que les dépens? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 20(1) — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), partie IV.

Official languages — Communications with and services to public — Content of duty to provide services of equal quality in both official languages — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 20(1) — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), Part IV.

Section 20(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Part IV of the *Official Languages Act* (“OLA”) create a constitutional duty to make services of equal quality in both official languages available to the public. The Corporation de développement économique communautaire CALDECH, which was run by D, was created by Francophone community organizations to address shortcomings those organizations saw in the economic development services provided to the French-speaking population of Huronia by the North Simcoe Community Futures Development Corporation (“North Simcoe”), which was responsible for implementing Industry Canada’s Community Futures Program in Huronia. In 2000, D filed a complaint with the Commissioner of Official Languages of Canada, alleging that North Simcoe was unable to provide its services in French. In 2001, the Commissioner concluded that Industry Canada had breached its duties under Parts IV and VII of the OLA and recommended that certain measures be taken. CALDECH received temporary funding to provide services in French and Industry Canada took various other measures, but the Commissioner concluded in two follow-up reports in 2003 and 2004 that Industry Canada was still not in full compliance with Parts IV and VII of the OLA. D and CALDECH then made an application to the Federal Court under s. 77(1) of the OLA, which at that time applied only to violations of Part IV of the OLA. The Federal Court acknowledged that at the time the complaint was filed Industry Canada had been in breach of its duty to provide equal services in both official languages, but it found that at the time of the application for a court remedy North Simcoe was providing equal services in both languages. The court dismissed the application without costs. The Federal Court of Appeal held that the Federal Court should have granted the application, because the relevant time for determining the merits of the application was the date the complaint was filed and because at that time North Simcoe was unable to communicate with its clients and provide services in French. However, no remedy other than costs was appropriate, since corrective measures had been taken and since the trial judge had determined that the principle of linguistic equality in communications and the provision of services implemented in the OLA was being adhered to at the time the application was heard. The court noted that the standard of substantive

Langues officielles — Communications avec le public et prestation des services — Contenu de l’obligation de fournir des services de qualité égale dans les deux langues officielles — Charte canadienne des droits et libertés, art. 20(1) — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), partie IV.

Le paragraphe 20(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la partie IV de la *Loi sur les langues officielles* (« LLO ») comportent l’obligation constitutionnelle de mettre à la disposition du public des services qui sont de qualité égale dans les deux langues officielles. La Corporation de développement économique communautaire CALDECH, dirigée par D, fut créée par des organismes communautaires francophones pour remédier aux lacunes que ces organismes percevaient dans les services de développement économique offerts à la population francophone de la Huronie par la société d’aide au développement des collectivités de Simcoe Nord (« Simcoe Nord »), qui est chargée de mettre en œuvre en Huronie le programme de développement des collectivités créé par Industrie Canada. En 2000, D dépose une plainte auprès de la commissaire aux langues officielles du Canada, alléguant que Simcoe Nord est incapable de fournir ses services en français. La commissaire conclut en 2001 qu’Industrie Canada avait manqué aux obligations qui lui incombent selon les parties IV et VII de la LLO et recommande de prendre certaines mesures. CALDECH reçoit temporairement des subventions pour rendre des services en français et Industrie Canada prend diverses autres mesures, mais dans deux rapports de suivi en 2003 et 2004, la commissaire conclut qu’Industrie Canada ne respecte toujours pas entièrement les parties IV et VII de la LLO. D et CALDECH forment alors un recours devant la Cour fédérale en vertu du par. 77(1) de la LLO, qui ne vise à l’époque que les violations à la partie IV de la LLO. La Cour fédérale reconnaît que lors du dépôt de la plainte, Industrie Canada manquait à son obligation de fournir des services égaux dans les deux langues officielles, mais estime qu’au moment de la formation du recours judiciaire, Simcoe Nord fournissait des services égaux dans les deux langues. Elle rejette le recours, sans dépens. La Cour d’appel fédérale juge que la Cour fédérale aurait dû accueillir la demande, car le moment pertinent pour en déterminer le bien-fondé est la date du dépôt de la plainte et qu’à ce moment, Simcoe Nord n’était pas capable de communiquer avec ses clients et de leur fournir des services en français. Toutefois, il n’y a pas lieu d’accorder d’autre réparation que les dépens puisque les mesures correctives ont été prises et que le juge de première instance avait déterminé que le principe de l’égalité linguistique en matière de communications et de prestation de services, mis en

equality did not require North Simcoe to take account of the special needs of the French-speaking community in developing and implementing its programs.

Held: The appeal should be dismissed.

The Federal Court of Appeal was right to grant no remedy other than costs, as even though the respondents were not fulfilling their language duties under Part IV of the *OLA* at the time D and CALDECH filed their complaint with the Commissioner, any deficiencies that remained at the time the application was heard were beyond the scope of Part IV. [4]

However, in defining the scope of the language duties in this case, the Federal Court of Appeal adopted an overly narrow view of linguistic equality. The principle of linguistic equality in the provision of government services involves a guarantee in relation to the services provided by the federal institution, and the content of this principle must be defined in light of the nature and purpose of the service in question. It is possible that substantive equality will not result from the development and implementation of identical services for each language community. In the instant case, it is difficult to imagine how the economic development services could be provided without the participation of the targeted communities in both the development and the implementation of programs, since that is the very nature of the services. The communities could therefore expect to have distinct content that varied from one community to another, depending on priorities established by the communities themselves. Insofar as North Simcoe, in accordance with the programs' objectives, made efforts to reach the linguistic majority community and involve that community in program development and implementation, it had a duty to do the same for the linguistic minority community. [4] [51] [53-54]

Finally, the duties under Part IV of the *OLA* do not entail a requirement that government services achieve a minimum level of quality or actually meet the needs of each language community. A deficiency in this regard might be due to a breach of the duties imposed by the *Department of Industry Act* or a breach of those under Part VII of the *OLA*. Nor does the principle of linguistic equality in the provision of services mean that there must be equal results for each of the two language communities, although inequality of results may be a valid indication that the quality of the services is unequal.

œuvre par la *LLO*, était respecté au moment de l'audition de la demande. Elle précise toutefois qu'en application de la norme de l'égalité réelle, Simcoe Nord n'était pas tenue de prendre en compte les besoins particuliers de la communauté francophone dans l'élaboration et la mise en œuvre de ses programmes.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La Cour d'appel fédérale a eu raison de n'accorder d'autre réparation que les dépens, car même si les intimés ne répondaient pas aux obligations linguistiques qui découlent de la partie IV de la *LLO* au moment où D et CALDECH ont déposé leur plainte auprès de la commissaire, toute lacune qui subsistait au moment de l'audition du recours en première instance dépassait le champ d'application de la partie IV de la *LLO*. [4]

Toutefois, lorsqu'elle a défini la portée des obligations linguistiques en l'espèce, la Cour d'appel fédérale a considéré la question de l'égalité linguistique à travers un prisme trop étroit. Le principe de l'égalité linguistique en matière de prestation de services gouvernementaux donne une garantie par rapport aux services offerts par l'institution fédérale, et le contenu de ce principe doit être défini en tenant compte de la nature du service en question et de son objet. Il se peut que l'élaboration et la mise en œuvre de services identiques pour chacune des communautés linguistiques ne permettent pas de réaliser l'égalité réelle. En l'espèce, il est difficile de concevoir comment les services de développement économique pouvaient être rendus sans la participation des communautés visées, tant pour ce qui a trait à l'élaboration des programmes qu'à leur mise en œuvre, puisqu'il s'agit là de la nature même des services offerts. Les communautés pouvaient donc s'attendre à un contenu distinct qui varierait d'une collectivité à l'autre selon les priorités établies par les collectivités elles-mêmes. Dans la mesure où Simcoe Nord, conformément aux objectifs des programmes, faisait des efforts pour toucher la communauté linguistique majoritaire et l'engager dans l'élaboration et la mise en œuvre des programmes, il lui incombait d'en faire autant pour la communauté linguistique minoritaire. [4] [51] [53-54]

Enfin, les obligations qui découlent de la partie IV de la *LLO* ne requièrent pas que les services gouvernementaux atteignent un seuil minimal de qualité ou qu'ils répondent effectivement aux besoins en cause de chaque communauté linguistique. Une lacune à cet égard tiendrait peut-être à un manquement aux obligations imposées par la *Loi sur le ministère de l'Industrie* ou à celles découlant de la partie VII de la *LLO*. De plus, le principe de l'égalité linguistique en matière de prestation de services ne signifie pas qu'il doive y avoir égalité de résultats pour chacune des deux communautés linguistiques,

Here, the apparent disparity in results between the two language communities does not support a conclusion that the services were of unequal quality. [55-56] [62]

Cases Cited

Referred to: *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2004 FCA 263, [2004] 4 F.C.R. 276, leave to appeal allowed, [2005] 1 S.C.R. ix, leave to appeal withdrawn, 2005 SCC 85, [2005] 3 S.C.R. 906; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, 2000 SCC 1, [2000] 1 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Official Languages Act (promotion of English and French), S.C. 2005, c. 41.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 16(1), 20(1).
Department of Industry Act, S.C. 1995, c. 1.
Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), Parts IV, V, VII, ss. 2(a), 21, 22, 25, 41, 77.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Létourneau and Nadon J.J.A.), 2006 FCA 374, [2007] 3 F.C.R. 3, 355 N.R. 144, [2006] F.C.J. No. 1777 (QL), 2006 CarswellNat 3962, allowing an appeal from a judgment of Harrington J., 2005 FC 987, [2005] 4 F.C.R. 3, 276 F.T.R. 249, [2005] F.C.J. No. 1218 (QL), 2005 CarswellNat 2086. Appeal dismissed.

Ronald F. Caza, Mark C. Power and Justin Bertrand for the appellants Raymond DesRochers and Corporation de développement économique communautaire CALDECH.

Pascale Giguère and Christine Ruest, for the appellant the Commissioner of Official Languages of Canada.

Alain Préfontaine and René LeBlanc, for the respondents.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

bien qu'une inégalité de résultats puisse constituer un indice valable d'une inégalité dans la qualité des services offerts. En l'espèce, l'apparente disparité qui existe entre les résultats pour les deux communautés linguistiques ne permet pas de conclure que les services sont de qualité inégale. [55-56] [62]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, 2004 CAF 263, [2004] 4 R.C.F. 276, autorisation d'appel accordée, [2005] 1 R.C.S. ix, autorisation d'appel retirée, 2005 CSC 85, [2005] 3 R.C.S. 906; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 16(1), 20(1).
Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais), L.C. 2005, ch. 41.
Loi sur le ministère de l'Industrie, L.C. 1995, ch. 1.
Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), parties IV, V, VII, art. 2a), 21, 22, 25, 41, 77.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Létourneau et Nadon), 2006 CAF 374, [2007] 3 R.C.F. 3, 355 N.R. 144, [2006] A.C.F. n^o 1777 (QL), 2006 CarswellNat 3901, qui a accueilli un appel contre une décision du juge Harrington, 2005 CF 987, [2005] 4 R.C.F. 3, 276 F.T.R. 249, [2005] A.C.F. n^o 1218 (QL), 2005 CarswellNat 1957. Pourvoi rejeté.

Ronald F. Caza, Mark C. Power et Justin Bertrand pour les appelants Raymond DesRochers et la Corporation de développement économique communautaire CALDECH.

Pascale Giguère et Christine Ruest, pour l'appelant le commissaire aux langues officielles du Canada.

Alain Préfontaine et René LeBlanc, pour les intimés.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Maxime Faille and Guy Régimbald, for the intervenor the Attorney General of the North West Territories.

Roger J. F. Lepage, for the intervenor Fédération Franco-Ténoise.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

[1] This appeal requires the Court to determine the nature and scope of the principle of linguistic equality in communications and the provision of services as implemented in Part IV of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.) (“OLA”). In particular, it concerns the community economic development services provided in Huronia, a region of Ontario where there is “significant demand”, within the meaning of s. 22 of the OLA, for communications and services in the minority official language. The services in question are provided by the Department of Industry Canada pursuant to its powers, duties and functions under the *Department of Industry Act*, S.C. 1995, c. 1 (“DIA”), and are implemented by various community futures development corporations (“CFDCs”).

[2] It is common ground in this appeal that the rights being claimed are of constitutional origin, since the relevant provisions of the OLA implement the constitutional right of any member of the public to be served by federal institutions in the official language of his or her choice (*Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773). The Chief Justice stated the following constitutional question:

Do s. 20(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Part IV of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1985, c. 31, read in light of the principle of equality set out in s. 16(1) of the *Charter*, require Industry Canada to provide services of equal quality in both official languages?

Maxime Faille et Guy Régimbald, pour l’intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest.

Roger J. F. Lepage, pour l’intervenante la Fédération Franco-Ténoise.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

[1] La Cour est appelée en l’espèce à statuer sur la nature et la portée du principe de l’égalité linguistique en matière de communications et de prestation de services tel que mis en œuvre par la partie IV de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.) (« LLO »). Il s’agit plus particulièrement du service de développement économique communautaire offert en Huronie, une région de l’Ontario où l’emploi de la langue officielle minoritaire fait l’objet d’une « demande importante » au sens de l’art. 22 de la LLO. Ces services sont offerts par le ministère de l’Industrie du Canada dans le cadre de ses fonctions et pouvoirs prévus par la *Loi sur le ministère de l’Industrie*, L.C. 1995, ch. 1 (« LMI »), et sont mis en œuvre par l’entremise de diverses sociétés d’aide au développement des collectivités (« SADC »).

[2] Il est acquis dans le présent pourvoi que les droits réclamés sont de source constitutionnelle puisque les dispositions pertinentes de la LLO mettent en œuvre le droit constitutionnel du public d’être servi par les institutions fédérales dans la langue officielle de son choix (*Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773). La question constitutionnelle formulée par la juge en chef est la suivante :

Le paragraphe 20(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la partie IV de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31, interprétés à la lumière du principe de l’égalité énoncé au par. 16(1) de la *Charte*, obligent-ils Industrie Canada à fournir des services qui sont de qualité égale dans les deux langues officielles?

[3] The parties agree, correctly so in my opinion, that the provisions referred to in this constitutional question create a constitutional duty to make services “of equal quality in both official languages” available to the public. The answer to the constitutional question is therefore clearly yes. What is in issue in this appeal is the scope of this concept of “services of equal quality”.

[4] With respect, in defining the scope of the language duties in this case, the Federal Court of Appeal, which rendered the decision under appeal, appears to have adopted an overly narrow view of linguistic equality that does not take account of the nature and objectives of the program in question. Nevertheless, for reasons I will explain below, I reach the same conclusion as that court on the merits. It is true that the respondents were not fulfilling their language duties under Part IV of the *OLA* at the time the appellants Raymond DesRochers and Corporation de développement économique communautaire CALDECH (“CALDECH”) filed their complaint with the Commissioner of Official Languages of Canada (“Commissioner”). However, any deficiencies that remained at the time the application was heard were, as the trial judge concluded, beyond the scope of Part IV, which means that no remedy other than costs was appropriate.

[5] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal. However, since I am of the opinion that the application has raised an important new principle in relation to the *OLA*, I would also award the appellants DesRochers and CALDECH their costs in this Court.

2. Facts

[6] Huronia is in central Ontario on the shore of Georgian Bay. The majority of its population is English-speaking. According to statistics, about 6 percent of the region’s population is French-speaking, although Francophones form a

[3] D’un commun accord, les parties conviennent, à juste titre à mon avis, que les dispositions mentionnées dans la question constitutionnelle comportent l’obligation constitutionnelle de mettre à la disposition du public des services « qui sont de qualité égale dans les deux langues officielles ». La réponse à la question constitutionnelle est donc clairement affirmative. La question en litige en l’espèce concerne plutôt la portée de cette notion de « services de qualité égale ».

[4] Soit dit en tout respect, la Cour d’appel fédérale, qui a rendu la décision attaquée dans la présente affaire, semble avoir considéré la question de l’égalité linguistique à travers un prisme trop étroit, sans tenir compte de la nature du programme en question et de ses objectifs, lorsqu’elle a défini la portée des obligations linguistiques en l’espèce. Par contre, pour des raisons que j’expliquerai plus loin, j’en arrive à la même conclusion qu’elle sur le fond. Certes, au moment où les appelants Raymond DesRochers et Corporation de développement économique communautaire CALDECH (« CALDECH ») ont déposé leur plainte auprès de la commissaire aux langues officielles du Canada (« Commissaire »), les intimés ne répondaient pas aux obligations linguistiques qui découlent de la partie IV de la *LLO*. Toutefois, toute lacune qui subsistait au moment de l’audition du recours, comme le juge d’instance l’a conclu, dépassait le champ d’application de la partie IV, de sorte qu’il n’y avait pas lieu d’accorder d’autre réparation que les dépens.

[5] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter l’appel. Cependant, comme j’estime que l’objet du recours a soulevé un principe important et nouveau quant à la *LLO*, je suis également d’avis d’accorder aux appelants DesRochers et CALDECH leurs dépens devant notre Cour.

2. Faits

[6] La Huronie est située dans le centre de l’Ontario, au bord de la baie Georgienne. Elle est majoritairement anglophone. Selon diverses statistiques, environ 6 p. 100 de sa population est francophone, les francophones constituant une partie importante

significant share of the population of the town of Penetanguishene (19 percent) and the township of Tiny (18 percent).

[7] In 1985, Industry Canada created an economic development program for Ontario's rural areas, the "Community Futures Program", which was to be implemented by the CFDCs. These local non-profit organizations are run by local volunteer boards of directors that represent various community interests. The North Simcoe CFDC ("North Simcoe") is responsible for implementing the Community Futures Program in northern Huronia.

[8] The mandate of CFDCs is threefold. First, they are to facilitate access to capital for the creation, expansion or stabilization of local small businesses. Second, they are responsible for providing local small businesses with advice, information and other business services. Third, they are to develop and implement community strategic economic development plans in co-operation with other partners. The objective of these plans is to assess local problems, implement strategies for the development of human, institutional and physical infrastructures, and support entrepreneurship, employment and the region's economy.

[9] To carry out its mandate as a CFDC, North Simcoe provides a range of services. It lends up to \$125,000 to small businesses that have difficulty obtaining financing from traditional sources. It advises entrepreneurs and helps them prepare business plans and loan applications. It organizes seminars and workshops for entrepreneurs and young persons. Every five years, it holds community consultations to update the community strategic plan.

[10] In 1995, the appellant CALDECH was created by Francophone community organizations to

de la ville de Penetanguishene (19 p. 100) et le canton de Tiny (18 p. 100).

[7] En 1985, Industrie Canada a créé, pour les régions rurales de l'Ontario, un programme de développement économique, le « programme de développement des collectivités », dont la mise en œuvre est confiée aux SADC. Celles-ci, des organismes locaux à but non lucratif, sont dirigées par des conseils d'administration bénévoles locaux représentant divers intérêts de la collectivité. L'organisme local SADC de Simcoe Nord (« Simcoe Nord ») est chargé de mettre en œuvre le programme de développement des collectivités dans le Nord de la Huronie.

[8] Le mandat des SADC est triple. Premièrement, les SADC doivent faciliter l'accès au capital destiné à la création, à l'expansion ou à la stabilisation des petites entreprises locales. Deuxièmement, elles sont chargées de fournir des conseils, des renseignements et d'autres services d'affaires aux petites entreprises locales. Troisièmement, elles doivent élaborer et mettre en œuvre, en collaboration avec d'autres partenaires, des plans stratégiques communautaires pour le développement économique. L'objectif de ces plans est d'évaluer les problèmes locaux et de mettre en œuvre des stratégies de développement des infrastructures humaines, institutionnelles et physiques, ainsi que d'appuyer l'entrepreneuriat, l'emploi et l'économie dans la région.

[9] Pour s'acquitter du mandat qui lui est conféré à titre de SADC, Simcoe Nord offre une gamme de services. Elle prête jusqu'à 125 000 \$ aux petites entreprises qui ont de la difficulté à obtenir du financement auprès de sources traditionnelles. Elle donne des conseils aux entrepreneurs et les aide à préparer des plans d'affaires et des demandes de prêts. Elle organise divers séminaires et ateliers à l'intention des entrepreneurs et des jeunes. Tous les cinq ans, elle tient une consultation auprès de la communauté pour mettre à jour le plan stratégique communautaire.

[10] En 1995, l'appelante CALDECH fut créée par des organismes communautaires francophones

address shortcomings those organizations saw in the community economic development services provided by North Simcoe to the French-speaking population of Huronia. CALDECH did not receive support from Industry Canada's Community Futures Program and had to obtain funding from various sources, such as the Department of Canadian Heritage and the Ontario Trillium Foundation. CALDECH was able to implement more than 50 projects intended to benefit the French-speaking community before it stopped providing services in 2004.

[11] In 2000, the appellant Raymond DesRochers, CALDECH's Executive Director, filed a complaint with the Commissioner, alleging that North Simcoe was unable to provide its services in French. After investigating, the Commissioner concluded, in an investigation report sent to the parties in 2001, that Industry Canada had breached its duties under Parts IV and VII of the *OLA* (Investigation Report on the North Simcoe Business Development Center's Ability to Provide French-Language Services to the Region's French-Speaking Population, September 2001). She recommended that Industry Canada take measures to ensure that services provided by North Simcoe to the French-speaking community were equal in quality to those provided to the English-speaking community. In view of the government's commitment in s. 41 of Part VII of the *OLA*, she also recommended that adequate and appropriate measures be taken to meet the economic development needs of French-speaking businesspersons in Simcoe County.

[12] Following the Commissioner's investigation, Industry Canada, as a temporary measure, provided funding to CALDECH between March 2001 and August 2002 so that the community could immediately receive economic development services in French. During that period, CALDECH received monthly grants of \$25,000 from Industry Canada. In the meantime, Industry Canada took various corrective measures to ensure equality in the provision of North Simcoe's services in both languages.

pour remédier aux lacunes que ces organismes percevaient dans les services de développement économique communautaire offerts par Simcoe Nord à la population francophone de la Huronie. CALDECH ne bénéficiait pas du programme de développement des collectivités d'Industrie Canada et devait trouver du financement auprès de sources diverses, comme Patrimoine canadien et la Fondation Trillium de l'Ontario. Jusqu'à la cessation de ses services en 2004, CALDECH a réussi à mettre en œuvre plus de 50 projets destinés à la communauté francophone.

[11] En 2000, l'appelant Raymond DesRochers, directeur général de CALDECH, dépose une plainte auprès de la Commissaire, alléguant que Simcoe Nord est incapable de fournir ses services en français. Après enquête, la Commissaire conclut, dans son rapport d'enquête transmis aux parties en 2001, qu'Industrie Canada avait manqué aux obligations qui lui incombait selon les parties IV et VII de la *LLO* (Rapport d'enquête portant sur la capacité du « North Simcoe Business Development Center » à offrir des services en français à la population francophone de la région, septembre 2001). Elle recommande qu'Industrie Canada prenne des mesures pour que les services fournis par Simcoe Nord aux collectivités d'expression française soient de qualité égale à ceux offerts aux collectivités d'expression anglaise. Elle recommande également que, étant donné l'engagement du gouvernement prévu à l'art. 41 de la partie VII de la *LLO*, des mesures adéquates et appropriées soient prises pour qu'il soit satisfait aux besoins des gens d'affaires d'expression française du comté de Simcoe en matière de développement économique.

[12] À la suite de l'enquête de la Commissaire, Industrie Canada, à titre de mesure temporaire, finance CALDECH entre mars 2001 et août 2002 afin que la communauté puisse immédiatement recevoir des services de développement économique en français. Pendant cette période, CALDECH reçoit d'Industrie Canada des subventions mensuelles de 25 000 \$. Entre-temps, Industrie Canada prend diverses mesures correctives destinées à assurer l'égalité dans la prestation des services offerts par Simcoe Nord dans les deux langues.

[13] Despite the efforts of Industry Canada and North Simcoe, the Commissioner concluded in two follow-up reports in 2003 and 2004 that Industry Canada was still not in full compliance with Parts IV and VII of the *OLA* (Final Follow-up to the Investigation Report on the North Simcoe Business Development Centre's Ability to Provide French-Language Services to the Region's French-Speaking Population, June 2003; Second Follow-up to the Investigation Report on the North Simcoe Community Futures Development Corporation's Ability to Provide French-Language Services, August 2004). I will come back to these conclusions later in my analysis.

[14] After the second follow-up report was published in 2004, Mr. DesRochers and CALDECH applied to the Federal Court under s. 77(1) of the *OLA* for, *inter alia*, the following remedies: an order declaring that the respondents had violated and were continuing to violate Parts IV and VII of the *OLA* and ss. 16(1) and 20(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; an order enjoining the respondents to comply with those provisions of the *OLA* and the *Charter*; damages; an order granting CALDECH permanent and stable funding; and costs. The Commissioner intervened in the proceedings in the courts below and was granted leave to participate in the appeal to this Court as an appellant.

3. Parts IV and VII of the *OLA*

[15] Before summarizing the decisions of the courts below and considering the issue before this Court, it will be helpful to mention certain events that have occurred since the proceedings began in order to properly situate the application in its legislative context and clarify its scope.

[16] As I mentioned above, the appellants DesRochers and CALDECH based their application to the Federal Court not only on Part IV but also on Part VII of the *OLA*. The Commissioner's reports also referred to both these parts. The distinction between the two parts is an important one and, as we will see, only Part IV is now in issue before the Court.

[13] Malgré les efforts déployés par Industrie Canada et Simcoe Nord, la Commissaire conclut, dans deux rapports de suivi datés de 2003 et de 2004 qu'Industrie Canada ne respectait toujours pas entièrement les parties IV et VII de la *LLO* (Rapport final de suivi au rapport d'enquête portant sur la capacité du « North Simcoe Business Development Center » à offrir des services en français à la population d'expression française de la région, juin 2003; Deuxième suivi au rapport d'enquête sur la capacité de la Société d'aide au développement de collectivités de Simcoe-Nord de fournir des services en français, août 2004). Je reviendrai à ses conclusions plus loin dans mon analyse.

[14] Après la publication du deuxième rapport de suivi en 2004, M. DesRochers et CALDECH forment un recours devant la Cour fédérale en vertu du par. 77(1) de la *LLO*, demandant entre autres : une ordonnance déclarant que les intimés ont contrevenu et continuent à contrevenir aux parties IV et VII de la *LLO* et aux par. 16(1) et 20(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*; une ordonnance les obligeant à se conformer aux dispositions en cause de la *LLO* et de la *Charte*; des dommages-intérêts; une ordonnance accordant à CALDECH un financement permanent et stable; et les dépens. La Commissaire est intervenue au débat devant les instances inférieures et elle a été autorisée à participer au pourvoi devant cette Cour à titre de partie appelante.

3. Les parties IV et VII de la *LLO*

[15] Il est utile, avant de résumer les décisions des instances inférieures et d'aborder la question qui nous occupe, de rappeler certains événements qui se sont produits depuis le début de l'instance afin de bien situer le recours dans son contexte législatif et d'en préciser la portée.

[16] Comme je l'ai déjà mentionné, les appelants DesRochers et CALDECH ont fondé leur demande en première instance non seulement sur la partie IV, mais aussi sur la partie VII de la *LLO*. De même, les rapports de la Commissaire traitent à la fois de ces deux parties. La distinction entre les deux parties est importante et, comme nous le verrons, seule la partie IV est désormais en cause devant la Cour.

[17] Part IV of the *OLA* is entitled “Communications With and Services to the Public”. The specific issue in this appeal is whether the respondents breached their duty under s. 22 to ensure that any member of the public can “communicate” with and “obtain available services” from the federal institution “in either official language”.

[18] Part VII is entitled “Advancement of English and French”. Section 41, which is in Part VII, was worded as follows during the period relevant to this appeal:

41. The Government of Canada is committed to

(a) enhancing the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada and supporting and assisting their development; and

(b) fostering the full recognition and use of both English and French in Canadian society.

At the time the appellants DesRochers and CALDECH filed their application, there was no enforceable provision to go along with the declaratory wording of s. 41. Moreover, the application provided for in s. 77(1) of the *OLA*, on which the application in this case is based, was limited to complaints under parts IV and V, as Part VII was not mentioned in s. 77(1) until 2005, when it was added by means of a statutory amendment (*Act to amend the Official Languages Act (promotion of English and French)*, S.C. 2005, c. 41).

[19] In July 2004, a few months before the application in this case was filed, the Federal Court of Appeal held in *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2004 FCA 263, [2004] 4 F.C.R. 276, that an application for a court remedy could not be made on the basis of an alleged failure to meet the commitment set out in Part VII, in s. 41. In February 2005, this Court granted leave to appeal that decision ([2005] 1 S.C.R. ix). Harrington J. heard the application in the instant case in May 2005, and in accordance with the Federal Court of Appeal’s holding in *Forum des maires*, his decision in July of that year was based solely on Part IV.

[17] La partie IV de la *LLO* est intitulée « Communications avec le public et prestation des services ». Il s’agit précisément en l’espèce de décider si les intimés ont manqué à l’obligation imposée par l’art. 22 de veiller à ce que le public puisse « communiquer » avec l’institution fédérale et en « recevoir les services, dans l’une ou l’autre des langues officielles ».

[18] La partie VII s’intitule « Promotion du français et de l’anglais » et, pendant la période visée en l’espèce, l’art. 41, qui figure dans cette partie, était ainsi libellé :

41. Le gouvernement fédéral s’engage à favoriser l’épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement, ainsi qu’à promouvoir la pleine reconnaissance et l’usage du français et de l’anglais dans la société canadienne.

À l’époque du recours intenté par les appelants DesRochers et CALDECH, aucune disposition exécutoire ne s’ajoutait au texte déclaratoire de l’art. 41. De plus, le recours prévu au par. 77(1) de la *LLO* et sur lequel s’appuie le recours en l’espèce ne concernait que les plaintes fondées sur les parties IV et V, la partie VII n’ayant été ajoutée au par. 77(1) qu’en 2005, par le truchement d’une modification législative (*Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l’anglais)*, L.C. 2005, ch. 41).

[19] En juillet 2004, soit quelques mois avant que le recours ne soit formé en l’espèce, la Cour d’appel fédérale conclut dans *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d’inspection des aliments)*, 2004 CAF 263, [2004] 4 R.C.F. 276, qu’un recours judiciaire ne peut être intenté sur la base d’une contravention alléguée à l’engagement énoncé dans la partie VII à l’art. 41. En février 2005, notre Cour accorde une autorisation de pourvoi à l’encontre de cette décision ([2005] 1 R.C.S. ix). En mai 2005, le juge Harrington entend le présent recours en première instance et décide de l’affaire en juillet, uniquement dans le cadre de la partie IV, conformément à la décision de la Cour d’appel fédérale dans *Forum des maires*.

[20] Parliament subsequently amended the *OLA* to include a reference to Part VII in s. 77(1) and add enforceable provisions: see s. 41(2) and (3). The leave to appeal the Court had granted in *Forum des maires* was then withdrawn and declared to be of no effect: *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2005 SCC 85, [2005] 3 S.C.R. 906.

[21] In light of these developments, the Federal Court of Appeal determined that the scope of the application in the case at bar was as follows:

At the time the appellants made their application, the statutory amendment had not yet been enacted. Moreover, it did not come into force until November 25, 2005, and then without retroactive effect. Therefore, the decision of this Court concerning the language of subsection 77(1), as it stood prior to the amendment, is the one that is applicable in this case: the section 77 application is therefore not available to the appellants for the alleged breaches of Part VII. [Emphasis added.]

(2006 FCA 374, [2007] 3 F.C.R. 3, at para. 74)

[22] The appellants agree that the issue in this appeal arises entirely under Part IV of the *OLA* and does not concern any duties that may result from Part VII.

[23] It is clear simply from the wording of the enactment that the distinction between Part IV and Part VII is important. It is also clear from the evidence that what the appellants DesRochers and CALDECH sought in their application was in essence, first, to show that there was a real need for economic development services in the French-speaking community and, second, to convince the court that the government had a positive duty to take concrete measures to support the development of the French-speaking community in Simcoe County in order to counter the increasing rate of assimilation. As we will see, the question whether the duties under Part IV were fulfilled is much narrower than the question before the Federal Court in the original application. What must be done to answer it is essentially to conduct a comparative

[20] Par la suite, le Parlement modifie la *LLO* pour y inclure la partie VII dans le par. 77(1) et y ajouter certaines dispositions exécutoires : voir par. 41(2) et (3). L'autorisation d'appel accordée par la Cour dans l'affaire *Forum des maires* est alors retirée et déclarée sans effet : *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, 2005 CSC 85, [2005] 3 R.C.S. 906.

[21] À la lumière de ces développements, voici comment la Cour d'appel fédérale statue sur la portée du recours en l'espèce :

À l'époque du recours intenté par les appelants, la modification législative n'avait pas encore été effectuée. En outre, elle n'est entrée en vigueur que le 25 novembre 2005, sans effet rétroactif. En conséquence, la décision de notre Cour portant sur le texte du paragraphe 77(1), tel qu'il existait avant la modification, est celle qu'il convient d'appliquer en l'espèce : le recours de l'article 77 n'est donc pas ouvert aux appelants pour des manquements allégués à la partie VII. [Je souligne.]

(2006 CAF 374, [2007] 3 R.C.F. 3, par. 74)

[22] Les appelants conviennent que la question débattue dans le présent pourvoi relève complètement de l'application de la partie IV de la *LLO* et ne vise pas les obligations pouvant découler de la partie VII.

[23] Il est clair, à la seule lecture du texte de la loi, que la distinction entre la partie IV et la partie VII est importante. Il est également clair, d'après la preuve présentée en l'espèce, que le recours formé par les appelants DesRochers et CALDECH visait essentiellement, dans un premier temps, à démontrer qu'il existait un besoin réel de services de développement économique au sein de la communauté francophone et, dans un deuxième temps, à convaincre le tribunal que le gouvernement avait l'obligation positive de prendre des mesures concrètes pour appuyer le développement de la communauté francophone dans le comté de Simcoe afin de contrer le taux d'assimilation grandissant. Comme nous le verrons, la question de savoir si les obligations découlant de la partie IV ont été respectées est beaucoup plus circonscrite que le but

analysis in order to determine whether the services *provided* by the federal institution in each official language community are of equal quality. I will now review the decisions of the courts below in this case.

4. Judicial History

4.1 *Federal Court*, 2005 FC 987, [2005] 4 F.C.R. 3

[24] In first instance, Industry Canada maintained that the *OLA* does not apply in this case because North Simcoe cannot be characterized as a “federal institution” within the meaning of Part IV. Harrington J. rejected this argument and held that the *OLA* does apply. He also found that under s. 25 of the *OLA*, Industry Canada had a duty to ensure that North Simcoe provided equal services in English and French. However, he concluded that “[m]uch of what Mr. Desrochers and CALDECH submit pertains to Part VII” (para. 75). Since Part VII of the *OLA* was simply declaratory and could not serve as a basis for the application for a remedy under s. 77(1), decisions in that regard were to be made by Parliament and the executive, not by the courts.

[25] Harrington J. acknowledged that when the applicants filed their complaint with the Commissioner in 2000, Industry Canada was in breach of its duty to provide equal services in both official languages. But Industry Canada had subsequently taken corrective measures. According to Harrington J., at the time the applicants applied for a court remedy in 2004, North Simcoe was able to provide services in both languages and was providing them equally, even if it was “not as successful as Mr. Desrochers and CALDECH would like” (para. 73).

[26] Harrington J. therefore dismissed the application without costs.

du recours formé devant la Cour fédérale. Afin d’y répondre, il faut essentiellement faire une analyse comparative pour déterminer si les services *offerts* par l’institution fédérale dans l’une et l’autre communautés de langue officielle sont de qualité égale. Je passe maintenant en revue les décisions des tribunaux d’instance inférieure dans la présente affaire.

4. Décisions des juridictions inférieures

4.1 *Cour fédérale*, 2005 CF 987, [2005] 4 R.C.F. 3

[24] À l’audience en première instance, Industrie Canada soutenait que la *LLO* ne s’appliquait pas en l’espèce puisque Simcoe Nord ne pouvait être qualifiée d’« institution fédérale » au sens de la partie IV. Le juge Harrington rejette cet argument et décide que la *LLO* s’applique. Il conclut également que l’art. 25 de la *LLO* imposait à Industrie Canada l’obligation de veiller à ce que Simcoe Nord fournisse des services égaux en français et en anglais. Le juge conclut par contre qu’« [u]ne grande partie des prétentions de M. Desrochers et de CALDECH ont trait à la partie VII » (par. 75). La partie VII de la *LLO* étant simplement déclaratoire et ne pouvant servir de fondement au recours judiciaire prévu au par. 77(1), il appartenait au Parlement et au pouvoir exécutif, et non aux tribunaux, de rendre des décisions à cet égard.

[25] Le juge Harrington reconnaît que, lorsque les demandeurs ont déposé une plainte auprès de la Commissaire en 2000, Industrie Canada manquait à son obligation de fournir des services égaux dans les deux langues officielles. Mais, par la suite, Industrie Canada a pris des mesures correctives. Selon le juge Harrington, au moment de la formation du recours judiciaire en 2004, Simcoe Nord était en mesure d’offrir des services dans les deux langues et elle les fournissait de manière égale, même si ce n’était « pas avec autant de succès que M. Desrochers et le CALDECH le souhaiteraient » (par. 73).

[26] Le juge rejette donc la demande, sans dépens.

4.2 *Federal Court of Appeal*, 2006 FCA 374, [2007] 3 F.C.R. 3

[27] Like the trial judge, the Federal Court of Appeal defined the issue by specifying that Part IV of the *OLA* provides only for a right to communicate with and receive available services from the federal institution in French. The court also made it clear that the application was based on the *OLA* and not the *DIA*.

[28] Regarding the duties under the *OLA*, Létourneau J.A., writing for the court, readily accepted that the applicable standard was that of substantive, and not simply formal, equality in the use and status of the two official languages. However, he rejected the argument that this concept of equality required North Simcoe to take account of the special needs of the French-speaking community in developing and implementing its programs. He explained:

... Part IV of the *OLA* provides for equal linguistic access to regional economic development services in Ontario, and not access to equal regional economic development services. . . .

. . . .

However, in my humble opinion, the intervener's counsel was mistaken when she argued that, based on this principle of linguistic equality, the respondents had a duty under the *OLA* to take the necessary steps to ensure that Francophones are considered equal partners with Anglophones in regional economic development, as per a definition of the services that reflect the needs of the minority, and in the provision of equal economic development services. In my view, this is to confuse the rights that may be provided for in, and the duties that may be imposed by, the *DIA* with the rights and duties that flow from the *OLA*. [Emphasis added; paras. 33 and 38.]

[29] The court concluded that if there were any inadequacies in the provision of services, they resulted from a breach of duties imposed by the *DIA*, not from a breach of those imposed by the *OLA*.

[30] The court nevertheless allowed the appeal because, in its view, the trial judge had erred in

4.2 *Cour d'appel fédérale*, 2006 CAF 374, [2007] 3 R.C.F. 3

[27] Comme le juge de première instance, la Cour d'appel fédérale cerne le débat en précisant que la partie IV de la *LLO* confère seulement le droit de communiquer avec l'institution fédérale et d'en recevoir les services en français. De plus, la cour précise que le recours est fondé sur la *LLO* et non sur la *LMI*.

[28] Quant aux obligations qui découlent de la *LLO*, le juge Létourneau, écrivant pour la cour, accepte sans difficulté que la norme applicable est celle de l'égalité réelle, et non simplement formelle, d'usage et de statut des deux langues officielles. Mais il rejette la prétention qu'en raison de cette notion d'égalité, Simcoe Nord est tenue de prendre en compte les besoins particuliers de la communauté francophone dans l'élaboration et la mise en œuvre de ses programmes. Il explique :

... la partie IV de la *LLO* confère un accès linguistique égal aux services de développement économique régional en Ontario, et non un accès à des services égaux de développement économique régional. . . .

. . . .

Mais là où, à mon humble avis, la procureure de l'intervenante fait erreur, c'est lorsqu'elle conclut qu'à partir de cette égalité linguistique, les intimés devaient en vertu de la *LLO* prendre les mesures nécessaires pour que les francophones soient considérés comme des partenaires égaux avec les anglophones dans le développement économique régional, dans une définition des services qui tiennent compte des besoins de la minorité et dans une prestation de services égaux de développement économique. À mon sens, il y a là une confusion entre les droits possiblement conférés et les obligations possiblement imposées par la *LMI* et ceux et celles qui découlent de la *LLO*. [Je souligne; par. 33 et 38.]

[29] La cour conclut que toute insuffisance dans la prestation des services, si insuffisance il y a, découle peut-être d'un manquement aux obligations imposées par la *LMI*, mais non par la *LLO*.

[30] Cependant, la cour accueille l'appel parce qu'à son avis, le juge de première instance a fait

determining the merits of the application on the basis of North Simcoe's ability to provide services in French at the time the application was filed in 2004. The relevant time was instead the date the complaint was filed with the Commissioner. Since the evidence clearly showed that North Simcoe had been unable to communicate with its clients and provide services in French in 2000, the application ought to have been allowed. However, no remedy other than costs was appropriate, because North Simcoe had taken corrective measures between 2000 and 2004 and because the trial judge had correctly determined that the principle of linguistic equality in communications and the provision of services implemented in Part IV of the *OLA* was being adhered to at the time the application was heard.

5. Analysis

[31] Before considering the provisions at issue in the case at bar, it will be helpful to review the principles that govern the interpretation of language rights provisions. Courts are required to give language rights a liberal and purposive interpretation. This means that the relevant provisions must be construed in a manner that is consistent with the preservation and development of official language communities in Canada (*R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 25). Indeed, on several occasions this Court has reaffirmed that the concept of equality in language rights matters must be given true meaning (see, for example, *Beaulac*, at paras. 22, 24 and 25; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, 2000 SCC 1, [2000] 1 S.C.R. 3, at para. 31). Substantive equality, as opposed to formal equality, is to be the norm, and the exercise of language rights is not to be considered a request for accommodation. Bearing this in mind, I will now consider the scope of the remedies provided for in s. 77 of the *OLA*.

5.1 *Nature of the Section 77 Remedy*

[32] In *Forum des maires*, Décaré J.A. clearly explained the nature of the court remedy provided for in s. 77 of the *OLA* (at paras. 15-21). Although

erreur en déterminant le bien-fondé de la demande en fonction de la capacité de Simcoe Nord d'offrir les services en français au moment de la formation du recours judiciaire en 2004. Le moment pertinent est plutôt la date du dépôt de la plainte auprès de la Commissaire. Comme il ressort clairement de la preuve qu'en 2000, Simcoe Nord n'était pas capable de communiquer avec ses clients en français ni de fournir des services en français, la demande aurait dû être accueillie. Par contre, il n'y avait pas lieu d'accorder d'autre réparation que les dépens parce qu'entre 2000 et 2004, Simcoe Nord avait pris des mesures correctives et parce que le juge de première instance avait déterminé à juste titre que le principe de l'égalité linguistique en matière de communication et de prestation de services, mis en œuvre par la partie IV de la *LLO*, était respecté au moment de l'audition de la demande.

5. Analyse

[31] Avant d'examiner les dispositions contestées en l'espèce, il est utile de rappeler les principes qui régissent l'interprétation des dispositions sur les droits linguistiques. Les tribunaux sont tenus d'interpréter ces droits de façon libérale et téléologique. À cette fin, les dispositions pertinentes doivent être interprétées d'une façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada (*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 25). D'ailleurs, la Cour a plusieurs fois réaffirmé que le concept de l'égalité en matière de droits linguistiques doit recevoir son sens véritable (voir, par exemple, *Beaulac*, par. 22 et 24-25; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3, par. 31). L'égalité réelle, par opposition à l'égalité formelle, doit être la norme et l'exercice des droits linguistiques ne doit pas être considéré comme une demande d'accommodement. Dans cette optique, j'aborde maintenant l'examen de la portée des recours prévus à l'art. 77 de la *LLO*.

5.1 *La nature du recours prévu à l'art. 77*

[32] Dans *Forum des maires*, le juge Décaré explique bien la nature du recours judiciaire établi à l'art. 77 de la *LLO* (par. 15-21). Bien que la portée

the scope of the remedy has since been broadened by the inclusion of Part VII, his comments on its nature are no less relevant. I agree with his analysis and will therefore review its salient points here before addressing the issue before us.

[33] Section 77 reads as follows:

77. (1) Any person who has made a complaint to the Commissioner in respect of a right or duty under sections 4 to 7, sections 10 to 13 or Part IV or V [since 2005, “Part IV, V or VII”], or in respect of section 91, may apply to the Court for a remedy under this Part.

(2) An application may be made under subsection (1) within sixty days after

(a) the results of an investigation of the complaint by the Commissioner are reported to the complainant under subsection 64(1),

(b) the complainant is informed of the recommendations of the Commissioner under subsection 64(2), or

(c) the complainant is informed of the Commissioner’s decision to refuse or cease to investigate the complaint under subsection 58(5),

or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those sixty days, fix or allow.

(3) Where a complaint is made to the Commissioner under this Act but the complainant is not informed of the results of the investigation of the complaint under subsection 64(1), of the recommendations of the Commissioner under subsection 64(2) or of a decision under subsection 58(5) within six months after the complaint is made, the complainant may make an application under subsection (1) at any time thereafter.

(4) Where, in proceedings under subsection (1), the Court concludes that a federal institution has failed to comply with this Act, the Court may grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances.

(5) Nothing in this section abrogates or derogates from any right of action a person might have other than the right of action set out in this section.

[34] Thus, the remedy provided for in s. 77 is grounded in the complaint to the Commissioner and the results of the Commissioner’s investigation. As

du recours ait été élargie depuis par l’ajout de la partie VII, ses propos quant à la nature du recours restent tout aussi pertinents. Je souscris à son analyse et j’en reprends donc ici les points saillants avant d’aborder la question qui nous occupe.

[33] Voici le texte de l’art. 77 :

77. (1) Quiconque a saisi le commissaire d’une plainte visant une obligation ou un droit prévus aux articles 4 à 7 et 10 à 13 ou aux parties IV ou V [depuis 2005 « parties IV, V, ou VII »], ou fondée sur l’article 91 peut former un recours devant le tribunal sous le régime de la présente partie.

(2) Sauf délai supérieur accordé par le tribunal sur demande présentée ou non avant l’expiration du délai normal, le recours est formé dans les soixante jours qui suivent la communication au plaignant des conclusions de l’enquête, des recommandations visées au paragraphe 64(2) ou de l’avis de refus d’ouverture ou de poursuite d’une enquête donné au titre du paragraphe 58(5).

(3) Si, dans les six mois suivant le dépôt d’une plainte, il n’est pas avisé des conclusions de l’enquête, des recommandations visées au paragraphe 64(2) ou du refus opposé au titre du paragraphe 58(5), le plaignant peut former le recours à l’expiration de ces six mois.

(4) Le tribunal peut, s’il estime qu’une institution fédérale ne s’est pas conformée à la présente loi, accorder la réparation qu’il estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(5) Le présent article ne porte atteinte à aucun autre droit d’action.

[34] La plainte déposée auprès du commissaire et les conclusions de son enquête sont donc à l’origine du recours prévu à l’art. 77. Comme l’explique le

Décary J.A. explained, “the capacity as an ‘applicant’ to the Court is derived from the capacity as a ‘complainant’ to the Commissioner (subsection 77(1)) and it is the date of communication of the report that serves as the point of departure for the calculation of the time periods (subsection 77(2))” (para. 17). The merits of the complaint are determined as of the time of the alleged breach, and the facts that existed as of the date the complaint was filed with the Commissioner are therefore determinative of the outcome of the application.

[35] Although the complaint to the Commissioner and the investigation that follows form the basis for the remedy, it must be made clear that the Commissioner is not a tribunal for the purposes of the *OLA* and that an application under s. 77 is not an application for judicial review. Décary J.A. explained this as follows:

The Commissioner, it is important to keep in mind, is not a tribunal. She does not, strictly speaking, render a decision; she receives complaints, she conducts an inquiry, and she makes a report that she may accompany with recommendations (subsections 63(1), (3)). If the federal institution in question does not implement the report or the recommendations, the Commissioner may lodge a complaint with the Governor in Council (subsection 65(1)) and, if the latter does not take action either, the Commissioner may lodge a complaint with Parliament (subsection 65(3)). The remedy, at that level, is political.

However, to ensure that the *Official Languages Act* has some teeth, that the rights or obligations it recognizes or imposes do not remain dead letters, and that the members of the official language minorities are not condemned to unceasing battles with no guarantees at the political level alone, Parliament has created a “remedy” in the Federal Court that the Commissioner herself (section 78) or the complainant (section 77) may use. This remedy, the scope of which I will examine later, is designed to verify the merits of the complaint, not the merits of the Commissioner’s report (subsection 77(1)), and, where applicable, to secure relief that is appropriate and just in the circumstances (subsection 77(4)). [paras. 16-17]

[36] The Commissioner’s reports are admissible in evidence but are not binding on the parties. The evidence provided during the Commissioner’s

judge Décary, « c’est la qualité de “plaignant” devant la commissaire qui confère la qualité de “demandeur” devant la Cour (paragraphe 77(1)) et c’est la date de communication du rapport qui sert de point de départ pour le calcul des délais (paragraphe 77(2)) » (par. 17). Le bien-fondé de la plainte est déterminé en fonction du moment de la violation alléguée et ce sont donc les faits qui existaient à la date du dépôt de la plainte auprès du commissaire qui sont déterminants quant à l’issue du recours.

[35] Même si la plainte déposée devant le commissaire et l’enquête qui suit sont à l’origine du recours, il est important de préciser que le commissaire n’est pas un tribunal aux fins d’application de la *LLO* et que le recours prévu à l’art. 77 n’est pas une demande de révision judiciaire. Le juge Décary explique :

La commissaire, il est important de le rappeler, n’est pas un tribunal. Elle ne rend pas de décision proprement dite; elle reçoit des plaintes, elle mène une enquête, puis elle fait un rapport qu’elle peut assortir de recommandations (paragraphe 63(1), (3)). Si l’institution fédérale concernée ne donne pas suite au rapport ou aux recommandations, la commissaire peut s’en plaindre au gouverneur en conseil (paragraphe 65(1)) et, si ce dernier ne donne pas suite non plus, la commissaire peut s’en plaindre au Parlement (paragraphe 65(3)). Le remède, à ce niveau, est politique.

Pour s’assurer, toutefois, que la *Loi sur les langues officielles* ait des dents, que les droits ou obligations qu’elle reconnaît ou impose ne demeurent pas lettres mortes, et que les membres des minorités linguistiques officielles ne soient pas condamnés à se battre sans cesse et sans garantie au seul niveau politique, le législateur a créé un « recours » devant la Cour fédérale dont peut se prévaloir la commissaire elle-même (article 78) ou le plaignant (article 77). Ce recours, dont j’examinerai l’étendue plus loin, cherche à vérifier le bien-fondé de la plainte, pas le bien-fondé du rapport de la commissaire (paragraphe 77(1)), et le cas échéant, à assurer une réparation convenable et juste dans les circonstances (paragraphe 77(4)). [par. 16-17]

[36] Les rapports du commissaire sont recevables en preuve mais ne lient pas les parties. La preuve offerte lors de son enquête peut donc être suppléée

investigation may therefore be supplemented or even contradicted. Nor are the Commissioner's conclusions binding on the judge, who hears the matter *de novo*. As well, the Commissioner's reports and the conclusions they contain must be considered in the context of the Commissioner's specific mandate. Décary J.A. explained how the nature and purpose of the Commissioner's mandate differ from those of the court remedy:

Moreover, the Commissioner's reports are admissible in evidence, but they are not binding on the judge and may be contradicted like any other evidence. The explanation is obvious. The Commissioner conducts her inquiry in secret and her conclusions may be based on facts that the parties concerned by the complaint will not necessarily have been able to verify. Furthermore, for reasons that I will soon give, the purpose of the Court remedy is more limited than the purpose of the Commissioner's inquiry and it may be that the Commissioner takes into account some considerations that the judge may not consider. . . . I note that in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, Gonthier J. emphasized that "[i]n many significant respects, the mandates of the Commissioner of Official Languages and the Privacy Commissioner are in the nature of an ombudsman's role" (paragraph 37), that the Commissioners "follow an approach that distinguishes them from a court" and that their "unique mission is to resolve tension in an informal manner" (paragraph 38). [para. 21]

[37] Finally, although the assessment of the merits of the complaint is based on the facts that existed as of the time the complaint was filed with the Commissioner, any remedy must be adapted to the circumstances that exist as of the time of the court's order. Décary J.A. noted that "[t]he remedy will vary according to whether or not the breach continues" (para. 20).

[38] I will now consider the issue before us in light of this analytical framework.

5.2 *Relevant Provisions of Part IV of the OLA*

[39] As I explained above, the only provisions of Part IV of the *OLA* that are at issue in this case are the following:

ou même contredite. Ses conclusions ne lient pas non plus le juge, qui entend l'affaire de nouveau. De plus, les rapports du commissaire et conclusions qu'ils contiennent doivent être considérés dans le contexte du mandat particulier du commissaire. Le juge Décary explique comment la nature et l'objet du mandat du commissaire diffèrent de la nature et de l'objet du recours judiciaire :

Par ailleurs, les rapports de la commissaire sont recevables en preuve, mais ils ne lient pas le juge et peuvent être contredits comme tout autre élément de preuve. Cela s'explique aisément. La commissaire mène son enquête en secret et ses conclusions peuvent s'appuyer sur des faits que les parties concernées par la plainte n'auront pas nécessairement été en mesure de vérifier. Qui plus est, pour des raisons que je donnerai tantôt, l'objet du recours judiciaire est plus limité que celui de l'enquête par la commissaire et il se peut que la commissaire prenne en compte des considérations que ne pourra prendre en compte le juge. [. . .] Je note que dans *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, le juge Gonthier avait souligné que la commissaire aux langues officielles détenait « un mandat dont plusieurs éléments importants sont propres au rôle d'un ombudsman » (paragraphe 37), qu'elle utilise une « approche qui [la] distingue d'une cour de justice » et qu'elle a « pour mission propre de résoudre les tensions d'une manière informelle » (paragraphe 38). [par. 21]

[37] Enfin, même si le bien-fondé de la plainte s'apprécie en fonction des faits qui existaient au moment de son dépôt auprès du commissaire, toute réparation, le cas échéant, doit être adaptée aux circonstances qui existent au moment de l'ordonnance de la cour. Le juge note que « [l]e remède variera selon que la violation perdure ou non » (par. 20).

[38] C'est dans ce cadre analytique que j'étudie maintenant la question qui nous occupe.

5.2 *Les dispositions pertinentes de la partie IV de la LLO*

[39] Comme je l'ai déjà expliqué, les seules dispositions de la partie IV de la *LLO* qui sont en cause en l'espèce sont les suivantes :

PART IV

COMMUNICATIONS WITH AND SERVICES TO
THE PUBLIC

. . .

21. Any member of the public in Canada has the right to communicate with and to receive available services from federal institutions in accordance with this Part.

22. Every federal institution has the duty to ensure that any member of the public can communicate with and obtain available services from its head or central office in either official language, and has the same duty with respect to any of its other offices or facilities

- (a) within the National Capital Region; or
- (b) in Canada or elsewhere, where there is significant demand for communications with and services from that office or facility in that language.

. . .

25. Every federal institution has the duty to ensure that, where services are provided or made available by another person or organization on its behalf, any member of the public in Canada or elsewhere can communicate with and obtain those services from that person or organization in either official language in any case where those services, if provided by the institution, would be required under this Part to be provided in either official language.

[40] It is common ground that Huronia is a region where there is “significant demand”, within the meaning of s. 22, for communications and services in the minority official language. As well, it is no longer in dispute in this Court that, as the courts below concluded, s. 25 applies in this case. The issue is whether the respondents have fulfilled their duties under s. 22.

[41] The scope of s. 22 must be assessed in light, *inter alia*, of the purpose of the *OLA*. The appellants rely in particular on s. 2(a), which reads as follows:

- 2. The purpose of this Act is to
 - (a) ensure respect for English and French as the official languages of Canada and ensure equality of

PARTIE IV

COMMUNICATIONS AVEC LE PUBLIC ET PRESTATION
DES SERVICES

. . .

21. Le public a, au Canada, le droit de communiquer avec les institutions fédérales et d'en recevoir les services conformément à la présente partie.

22. Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que le public puisse communiquer avec leur siège ou leur administration centrale, et en recevoir les services, dans l'une ou l'autre des langues officielles. Cette obligation vaut également pour leurs bureaux — auxquels sont assimilés, pour l'application de la présente partie, tous autres lieux où ces institutions offrent des services — situés soit dans la région de la capitale nationale, soit là où, au Canada comme à l'étranger, l'emploi de cette langue fait l'objet d'une demande importante.

. . .

25. Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que, tant au Canada qu'à l'étranger, les services offerts au public par des tiers pour leur compte le soient, et à ce qu'il puisse communiquer avec ceux-ci, dans l'une ou l'autre des langues officielles dans le cas où, offrant elles-mêmes les services, elles seraient tenues, au titre de la présente partie, à une telle obligation.

[40] Il est incontesté que la Huronie est une région où l'emploi de la langue officielle minoritaire fait l'objet d'une « demande importante » au sens de l'art. 22. Aussi, il n'est plus contesté devant la Cour que, comme l'ont conclu les instances inférieures, l'art. 25 s'applique en l'espèce. Il s'agit de déterminer si les intimés se sont acquittés des obligations découlant de l'art. 22.

[41] La portée de l'art. 22 doit être appréciée, entre autres, selon l'objet de la *LLO*. Les appelants se fondent plus particulièrement sur l'al. 2(a), dont voici le texte :

- 2. La présente loi a pour objet :
 - a) d'assurer le respect du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada, leur égalité

status and equal rights and privileges as to their use in all federal institutions, in particular with respect to their use in parliamentary proceedings, in legislative and other instruments, in the administration of justice, in communicating with or providing services to the public and in carrying out the work of federal institutions;

5.3 *Issue in This Appeal*

[42] As I explained above, the merits of the complaint must be assessed in light of the facts that existed as of the time the complaint was filed with the Commissioner. This question was resolved long ago. As the Commissioner wrote in her investigation report in 2001, Industry Canada acknowledged that at the time of the complaint, the quality of French-language services was not equal to that of services offered in English. The Department therefore responded to the Commissioner's preliminary recommendations by taking measures to remedy the situation while the investigation was still under way. Despite those measures, the Commissioner concluded when she issued her investigation report that the services provided by North Simcoe "to its French-speaking clients are far from being comparable, in quantity or quality, to those provided to its English-speaking clients" (p. 13 (emphasis added)).

[43] The trial judge reached the same conclusion, stating that, on the date the complaint was filed, "Industry Canada would clearly have been found in breach of the duty imposed upon it by section 25" (para. 44). There is ample evidence to support this conclusion. Therefore, the Federal Court of Appeal correctly allowed the appeal and, as the trial judge would have done had he not erred regarding the relevant date, granted the appellants' application.

[44] What is in issue in this appeal is whether the Federal Court of Appeal erred in holding that no remedy other than costs should be granted because, in light of the evidence, it was open to the trial judge to find that the principle of linguistic equality implemented in Part IV of the *OLA* was being adhered to at the time the application was heard.

de statut et l'égalité de droits et privilèges quant à leur usage dans les institutions fédérales, notamment en ce qui touche les débats et travaux du Parlement, les actes législatifs et autres, l'administration de la justice, les communications avec le public et la prestation des services, ainsi que la mise en œuvre des objectifs de ces institutions;

5.3 *La question soulevée dans ce pourvoi*

[42] Comme je l'ai déjà expliqué, le bien-fondé de la plainte s'apprécie en fonction des faits qui existaient au moment de son dépôt auprès de la Commissaire. Cette question est depuis longtemps résolue. Comme la Commissaire l'écrit dans son rapport d'enquête en 2001, Industrie Canada reconnaît qu'au moment du dépôt de la plainte la qualité des services offerts en français n'était pas équivalente à celle des services fournis en anglais. Ainsi, en réponse à des recommandations préliminaires de la Commissaire, le ministère prend, au cours de l'enquête, des mesures destinées à remédier à la situation. Malgré ces mesures, la Commissaire a conclu au moment de livrer son rapport d'enquête que les services offerts par Simcoe Nord « à ses clients d'expression française sont loin d'être, en nombre et en qualité, comparables aux services offerts à ses clients d'expression anglaise » (p. 14 (je souligne)).

[43] Le juge d'instance en arrive à la même conclusion lorsqu'il dit qu'à la date du dépôt de la plainte, « on aurait clairement pu considérer qu'Industrie Canada avait manqué à l'obligation imposée par l'article 25 » (par. 44). La preuve à l'appui de cette conclusion est abondante. C'est donc à bon droit que la Cour d'appel fédérale accueille l'appel et, comme le juge d'instance l'aurait fait n'eût été sa méprise quant à la date pertinente, accorde la demande des appelants.

[44] La question soulevée dans ce pourvoi est plutôt celle de savoir si la Cour d'appel fédérale a fait erreur en concluant qu'il n'y avait pas lieu d'accorder d'autre réparation que les dépens puisque, compte tenu de la preuve, le juge d'instance pouvait à bon droit conclure que lors de l'audition du recours, le principe de l'égalité linguistique mis en œuvre par la partie IV de la *LLO* était respecté.

5.4 *Arguments of the Parties*

[45] As I stated in the introduction to these reasons, the parties agree that as a general rule, the principle — provided for in s. 20(1) of the *Charter* and implemented in Part IV of the *OLA* — that members of the public are entitled to linguistic equality when receiving services entails an obligation to make services “of equal quality in both official languages” available to the public. The parties disagree, however, on what is meant by “equal quality”.

[46] The appellants conceded before this Court that equality of rights and privileges as to the *use* of the two official languages has been achieved through the institutional infrastructure created by Industry Canada in response to the Commissioner’s recommendations. They also acknowledged that in order to also achieve equality of *status*, it will in most cases suffice for the government to communicate and deliver the same service equally in both official languages. But, the appellants argue, depending on the nature of the service in question, it will sometimes be necessary to go further and take account of the special needs of the language community receiving the service. They assert that in the instant case, Industry Canada is required to provide — through a separate institution if necessary — economic development services that not only are delivered in the official language of the user’s choice, but also are adapted to the special needs and cultural reality of the region’s French-speaking community.

[47] The appellants submit that a community economic development service that is tailored to the needs of the majority and is merely offered to the minority in its language amounts at best to accommodation. On this basis, they request an order declaring that Industry Canada, in developing its programs and providing its services, has a duty to consider the special needs and cultural reality of the French-speaking community regarding economic development.

5.4 *Les prétentions des parties*

[45] Comme je l’ai indiqué dans l’introduction de ces motifs, les parties sont d’accord qu’en règle générale, le principe de l’égalité linguistique en matière de réception de services, prévu au par. 20(1) de la *Charte* et mis en œuvre par la partie IV de la *LLO*, comporte l’obligation de mettre à la disposition du public des services « qui sont de qualité égale dans les deux langues officielles ». Les parties, par contre, n’ont pas la même vision de ce qu’on entend par « qualité égale ».

[46] Les appelants conviennent devant la Cour que l’égalité de droits et privilèges quant à l’*usage* des deux langues officielles a été réalisée par l’infrastructure institutionnelle mise en place par Industrie Canada à la suite des recommandations de la Commissaire. Ils reconnaissent de plus que, dans la majorité des cas, il suffira au gouvernement d’assurer la communication et de rendre le même service de façon égale dans les deux langues officielles pour réaliser aussi l’égalité de *statut*. Par contre, les appelants plaident que selon la nature du service en cause, il sera parfois nécessaire d’aller plus loin et de prendre en compte les besoins particuliers de la communauté linguistique qui reçoit les services. En l’espèce, ils affirment qu’Industrie Canada est tenu de fournir — au besoin par l’entremise d’une institution distincte — des services de développement économique qui soient non seulement dans la langue officielle du choix de l’usager, mais aussi adaptés aux besoins particuliers et à la réalité culturelle de la collectivité francophone de la région.

[47] Les appelants soutiennent qu’un service de développement économique communautaire qui est taillé selon les besoins de la majorité et qui est simplement offert à la minorité dans sa langue constitue, au mieux, un accommodement. Ils demandent donc une ordonnance déclarant qu’il incombe à Industrie Canada de prendre en considération les besoins particuliers et la réalité culturelle de la communauté francophone en matière de développement économique dans l’élaboration de ses programmes et dans la prestation de ses services.

[48] The respondents contend that the order being sought should not be granted. Their view is that depending on the nature of the service, the government might, in order to fulfil its language duties, be required to change its *method* of providing the service, but not the *content* of the service itself. They argue that “[t]his would amount to giving official language minority communities, *via* subsection 20(1) of the *Charter* and Part IV of the *Act*, a right to participate in defining the content of programs, which even a generous reading of those provisions, having regard to subsection 16(1) of the *Charter*, does not authorize.”

[49] According to the respondents, what is being claimed here is not the equal provision of available services in both languages, but the provision of services other than those being offered that better reflect the socio-demographic characteristics of the linguistic minority community. They assert that the appellants are basically claiming a right to parallel services provided by a Francophone organization. In the respondents’ view, linguistic equality does not have as broad a scope as this, but is instead achieved “by guaranteeing equal linguistic access to the services offered, not by access to distinct services”. They therefore submit that the Federal Court of Appeal was correct to conclude that the rights being claimed in this case exceed the scope of Part IV of the *OLA*.

[50] In reply to the respondents’ arguments, the appellants stress that the purpose of this application is not to claim a right to parallel services managed by the linguistic minority community. In their opinion, there is ample evidence that the needs of the French-speaking minority community are indeed different from those of the English-speaking majority community and that North Simcoe, unlike CALDECH, has not succeeded in reaching the French-language business community. The appellants therefore request, in addition to the above-mentioned order, that the government be ordered to provide funding to CALDECH, at

[48] Les intimés, pour leur part, déclarent qu’il n’y a pas lieu de faire droit à la demande d’ordonnance en cause. Ils conviennent que, selon la nature du service, le gouvernement serait peut-être tenu de modifier les *modalités* de prestation du service pour s’acquitter de ses obligations linguistiques, mais non le *contenu* du service lui-même. Ils affirment que « ce serait là en quelque sorte reconnaître aux communautés minoritaires de langue officielle — à travers le paragraphe 20(1) de la *Charte* et la partie IV de la *Loi* — un droit de participation à la définition des contenus des programmes, ce qu’une lecture, même généreuse, de ces dispositions, prenant en compte le paragraphe 16(1) de la *Charte*, n’autorise pas. »

[49] Selon les intimés, ce qui est réclamé en l’espèce n’est pas que les services disponibles soient fournis également dans les deux langues, mais plutôt que soient fournis des services autres que ceux qui sont offerts et qui reflètent mieux les caractéristiques sociodémographiques de la communauté linguistique minoritaire. Ils affirment qu’essentiellement, les appelants réclament un droit à des services parallèles fournis par un organisme francophone. Ils prétendent que la notion d’égalité linguistique n’a pas cette portée et qu’elle se réalise plutôt « en garantissant au public un accès linguistique égal aux services offerts et non un accès à des services distincts ». Les intimés soutiennent donc que la Cour d’appel fédérale a eu raison de conclure que les droits réclamés en l’espèce dépassent le champ d’application de la partie IV de la *LLO*.

[50] En réplique aux arguments des intimés, les appelants soulignent que l’objectif du présent recours n’est aucunement de réclamer un droit à des services parallèles gérés par la minorité linguistique. Il reste que, selon les appelants, il existe une preuve abondante démontrant que les besoins de la communauté minoritaire francophone sont effectivement différents de ceux de la communauté majoritaire anglophone et que Simcoe Nord, contrairement à CALDECH, ne réussit pas à toucher la communauté d’affaires francophone. Ainsi, les appelants demandent, en plus de l’ordonnance mentionnée plus tôt, une ordonnance enjoignant

least until substantive equality is achieved in the services provided by North Simcoe both in terms of rights and privileges as to the *use* of the official languages and in terms of the *status* of those languages in the federal institution.

5.5 Application to the Case at Bar

[51] It seems clear to me that the respondents are correct to say that the principle under s. 20(1) of the *Charter* and Part IV of the *OLA* of linguistic equality in the provision of government services involves a guarantee in relation to the services *provided* by the federal institution. However, it is not entirely accurate to say that linguistic equality in the provision of services cannot include access to services *with distinct content*. Depending on the nature of the service in question, it is possible that substantive equality will not result from the development and implementation of identical services for each language community. The content of the principle of linguistic equality in government services is not necessarily uniform. It must be defined in light of the nature and purpose of the service in question. Let us consider the community economic development program in the case at bar.

[52] At the relevant time, Industry Canada described its community economic development program as follows:

[TRANSLATION] Community economic development (CED) is a global approach to development under which communities take charge of their own economic futures and decide the direction they will take to attain their goals. The following CED principles guide community futures development corporations (CFDCs) in all the activities and services they offer:

- ensuring development *of* the community, *by* the community and *for* the community;
- taking local autonomy into account and promoting local skills;
- incorporating economic, social and environmental concerns in a holistic approach to sustainable development;

au gouvernement de subventionner CALDECH, du moins jusqu'à la réalisation d'une égalité réelle dans les services offerts par Simcoe Nord, tant pour ce qui est des droits et privilèges quant à l'*usage* des langues officielles que pour ce qui est de leur *statut* dans l'institution fédérale.

5.5 Application en l'espèce

[51] Il me paraît clair que les intimés ont raison de dire que le principe de l'égalité linguistique en matière de prestation de services gouvernementaux, selon le par. 20(1) de la *Charte* et la partie IV de la *LLO*, donne une garantie par rapport aux services *offerts* par l'institution fédérale. Par contre, il n'est pas tout à fait juste de dire que l'égalité linguistique en matière de prestation de services ne peut comprendre l'accès à des services *dont le contenu est distinct*. Selon la nature du service en question, il se peut que l'élaboration et la mise en œuvre de services identiques pour chacune des communautés linguistiques ne permettent pas de réaliser l'égalité réelle. Le contenu du principe de l'égalité linguistique en matière de services gouvernementaux n'est pas nécessairement uniforme. Il doit être défini en tenant compte de la nature du service en question et de son objet. Considérons le programme de développement économique communautaire en l'espèce.

[52] Au moment pertinent, Industrie Canada décrivait ainsi son programme de développement économique communautaire :

Le développement économique communautaire (DEC) est une approche globale de développement selon laquelle les collectivités assument leur propre avenir économique et décident de la voie qu'elles suivront pour atteindre leur but. Les principes de DEC ci-dessous guident les sociétés d'aide au développement des collectivités (SADC) dans toutes les activités et services qu'elles offrent :

- assurer le développement *de* la collectivité, *par* la collectivité et *pour* la collectivité;
- tenir compte de l'autonomie locale et rehausser les compétences locales;
- intégrer les préoccupations économiques, sociales et environnementales, approche holistique du développement durable;

- making use of partnerships that bring together various interests and stakeholders;
- taking a long-term strategic approach;
- including the public and private sectors as well as volunteer organizations; and
- supporting local entrepreneurs and small businesses.

In addition to the business development and strategic planning services mentioned above, CFDCs may take part in all kinds of other CED activities and projects. These will vary greatly from one community to another, depending on priorities established in the local strategic planning process. The following are a few examples:

- development of infrastructure in support of economic development;
- sponsoring of entrepreneurial and business management training courses and workshops;
- promotion of the community to stimulate tourism and investment;
- creation of other partnerships to deal with issues related to telecommunications and foster the use of the information highway;
- implementation of special initiatives to promote entrepreneurship among certain groups, such as women, young people, Aboriginal persons and Francophones;
- provision of support to micro-businesses and home-based businesses; and
- promotion of sustainable development and adoption of measures in this respect. [Underlining added.]

(As this text comes from a printout of an Industry Canada Web page (<http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/md17281f.html>, September 29, 2003) that is no longer on line, an unofficial translation is provided.)

[53] It is difficult to imagine how the federal institution could provide the community economic development services mentioned in this description without the participation of the targeted communities in both the development and the implementation of programs. That is the very nature of the service provided by the federal institution. It

- mettre à contribution des partenariats réunissant une variété d'intérêts et d'intervenants;
- utiliser une démarche stratégique à long terme;
- inclure les secteurs public et privé ainsi que les organismes bénévoles;
- soutenir les entrepreneurs et les PME locales.

En plus des services de développement des entreprises et de planification stratégique déjà mentionnés, les SADC peuvent prendre part à toutes sortes d'autres activités et projets de DEC. Ceux-ci varieront largement d'une collectivité à l'autre, selon les priorités établies au cours du processus local de planification stratégique. En voici quelques exemples :

- le développement de l'infrastructure à l'appui du développement économique;
- le parrainage de cours de formation et d'ateliers sur l'entrepreneuriat et la gestion des entreprises;
- la promotion de la collectivité visant à stimuler le tourisme et l'investissement;
- la création d'autres partenariats pour traiter des questions de télécommunications et mettre en valeur l'utilisation de l'infrastructure;
- la mise en place d'initiatives spéciales pour encourager l'entrepreneuriat chez certains groupes, dont les femmes, les jeunes, les Autochtones et les Francophones;
- la prestation d'un soutien aux micro-entreprises et aux entreprises à domicile;
- la sensibilisation au développement durable et la prise de mesures à cet égard. [Je souligne.]

(<http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/md17281f.html>, 29 septembre 2003)

[53] Il est difficile de concevoir comment l'institution fédérale pourrait rendre les services de développement économique communautaire mentionnés dans son programme sans la participation des communautés visées, tant pour ce qui a trait à l'élaboration des programmes qu'à leur mise en œuvre. C'est là la nature même du service offert par

necessarily follows, as is expressly recognized in the above passage, that the communities could ultimately expect to have *distinct* content that varied “greatly from one community to another, depending on priorities established” by the communities themselves.

[54] Given the nature of the services at issue here, I therefore disagree with Létourneau J.A.’s view that the principle of linguistic equality does not entail a right to “access to equal regional economic development services” (para. 33), or that the respondents did not have a duty under Part IV of the *OLA* to “take the necessary steps to ensure that Francophones are considered equal partners with Anglophones” (para. 38) in the definition and provision of economic development services. With respect, it seems to me that Létourneau J.A. did not fully consider the nature and objectives of the program in question in so defining the scope of the duties resulting from the guarantee of linguistic equality. What matters is that the services provided be of equal quality in both languages. The analysis is necessarily comparative. Thus, insofar as North Simcoe, in accordance with the programs’ objectives, made efforts to reach the linguistic majority community and involve that community in program development and implementation, it had a duty to do the same for the linguistic minority community.

[55] However, two points must be made regarding the scope of the principle of linguistic equality in the provision of services. First, the duties under Part IV of the *OLA* do not entail a requirement that government services achieve a minimum level of quality or actually meet the needs of each official language community. Services may be of equal quality in both languages but inadequate or even of poor quality, and they may meet the community economic development needs of neither language community. A deficiency in this regard might be due to a breach of the duties imposed by the *DIA*, as the Federal Court of Appeal pointed out in this case, or to a breach of the duties under Part VII, as

l’institution fédérale. Il s’ensuit forcément, comme il est expressément reconnu d’ailleurs dans le texte qui précède, qu’au bout du compte les communautés pouvaient s’attendre à un contenu *distinct* qui varierait « largement d’une collectivité à l’autre selon les priorités établies » par les collectivités elles-mêmes.

[54] Vu la nature du service offert en l’espèce, je ne partage donc pas l’opinion du juge Létourneau que le principe de l’égalité linguistique ne confère pas un droit à « un accès à des services égaux de développement économique régional » (par. 33), ou encore que les intimés n’étaient pas tenus en vertu de la partie IV de la *LLO*, de « prendre les mesures nécessaires pour que les francophones soient considérés comme des partenaires égaux avec les anglophones » (par. 38) dans la définition et la prestation des services de développement économique. Il me paraît ici, soit dit en tout respect, que le juge Létourneau n’a pas tenu compte pleinement de la nature du programme en question et de ses objectifs lorsqu’il a ainsi défini la portée des obligations découlant de la garantie d’égalité linguistique. Ce qui compte, c’est que les services offerts soient de qualité égale dans les deux langues. L’analyse est forcément comparative. Ainsi, dans la mesure où Simcoe Nord, conformément aux objectifs des programmes, faisait des efforts pour toucher la communauté linguistique majoritaire et l’engager dans l’élaboration et la mise en œuvre des programmes, il lui incombait d’en faire autant pour la communauté linguistique minoritaire.

[55] Il est important, cependant, d’apporter deux précisions quant à la portée du principe de l’égalité linguistique en matière de prestation de services. Premièrement, les obligations qui découlent de la partie IV de la *LLO* ne requièrent pas que les services gouvernementaux atteignent un seuil minimal de qualité ou qu’ils répondent effectivement aux besoins en cause de chaque communauté de langue officielle. Il se peut que les services soient de qualité égale dans les deux langues, mais inadéquats, ou même de mauvaise qualité, et qu’ils ne satisfassent pas aux besoins de l’une ou l’autre communauté linguistique en matière de développement économique communautaire. Une lacune à cet égard tiendrait

the Commissioner seemed to believe. I will come back to this point.

[56] Second, nor does the principle of linguistic equality in the provision of services mean that there must be equal results for each of the two language communities. Inequality of results may be a valid *indication* that the quality of the services provided to the language communities is unequal. However, the results of a community economic development program for either official language community may depend on a large number of factors that can be difficult to identify precisely.

[57] What remains to be done is to consider the evidence in light of the above comments.

[58] As we saw above, the evidence clearly shows that at the time the complaint was filed with the Commissioner, the services provided in French by North Simcoe were far from equal in quality to the services provided in English. The institutional infrastructure required to provide services in each official language simply did not exist. This deficiency, the appellants concede, has since been remedied.

[59] Moreover, as the Commissioner concluded in her follow-up report in 2004, North Simcoe has made “considerable efforts . . . to attract French-speaking clientele” (p. 5). The Commissioner described, *inter alia*, some of the measures taken by North Simcoe: it has advertised in newspapers of the French-speaking community and on the French-language radio station; it has personal contacts with key representatives of the French-language minority community to inform them of its services; its Francophone volunteers have also promoted its services in the context of their contacts with the community; and it has published a new bilingual newsletter that has been presented to

peut-être à un manquement aux obligations imposées par la *LMI*, comme l’a fait remarquer la Cour d’appel fédérale en l’espèce. Ou encore, comme semblait le croire la Commissaire, il pourrait s’agir d’un manquement à des obligations découlant de la partie VII. Je reviendrai sur ce point.

[56] Deuxièmement, le principe de l’égalité linguistique en matière de prestation de services ne signifie pas non plus qu’il doive y avoir égalité de résultats pour chacune des deux communautés linguistiques. Il se peut qu’une inégalité de résultats constitue un *indice* valable d’une inégalité dans la qualité des services offerts à chacune des communautés linguistiques. Par contre, les résultats d’un programme de développement économique communautaire destiné à l’une ou l’autre collectivité de langue officielle peuvent être tributaires d’un grand nombre de facteurs, parfois difficiles à cerner exactement.

[57] Il reste à examiner la preuve à la lumière des commentaires précédents.

[58] Comme nous l’avons vu plus tôt, la preuve démontre clairement qu’au moment du dépôt de la plainte auprès de la Commissaire, les services offerts par Simcoe Nord en français étaient loin d’être de qualité égale à celle des services offerts en anglais. L’infrastructure institutionnelle nécessaire à la prestation de services dans chacune des langues officielles n’était tout simplement pas en place. Cette lacune, les appelants en conviennent, a depuis été comblée.

[59] De plus, comme la Commissaire le conclut dans son rapport de suivi en 2004, Simcoe Nord a investi « des efforts considérables pour [. . .] attirer une clientèle francophone » (p. 5). Elle décrit, entre autres, certaines des mesures prises par Simcoe Nord : celle-ci a publié des annonces dans les journaux communautaires francophones et à la station de radio francophone; elle a communiqué personnellement avec des personnes clés représentant la collectivité francophone minoritaire pour les informer de ses services; ses bénévoles francophones font aussi la promotion des services dans leurs relations avec la collectivité; elle publie un nouveau bulletin bilingue, qui a été présenté à des représentants de

representatives of the French-speaking community and mailed to 92 Francophone businesses.

[60] The crux of the problem is that, despite these efforts, North Simcoe still seems incapable of reaching the French-speaking minority community and actually involving that community in its program. Training sessions and workshops in French are usually cancelled due to lack of participation. In her second follow-up report in 2004, the Commissioner stated that only one French-speaking client was dealing with North Simcoe in French. Five other French-speaking clients had chosen to be served in English. North Simcoe has never received a loan application in French, despite the creation of a French-language investment committee.

[61] On the other hand, North Simcoe seems to have had some success with the English linguistic majority community. For example, in 2004 it received 272 general information requests, gave 21 in-depth counselling interviews and received 17 loan applications, 11 of which were approved.

[62] There is no doubt that disparity in results can be a sign that the quality of services is unequal, but the inquiry must not end there. Several factors may come into play that have nothing to do with the comparative quality of the services provided by the federal institution in each official language. In the instant case, to support their contention that the services were not of equal quality, the appellants place great emphasis on the success of CALDECH, which implemented more than 50 projects for the French-speaking community. The extent to which this provides a basis for comparing the quality of North Simcoe's services in each official language is debatable. It seems to me that the very existence of CALDECH may explain why so few Francophones chose to use North Simcoe's services, whatever their quality may have been. In any event, the apparent disparity in results between the two language communities does not support a conclusion that the services were of unequal quality.

la collectivité francophone et posté à 92 entreprises francophones.

[60] Malgré les efforts déployés, le nœud du problème réside dans le fait que Simcoe Nord semble toujours incapable de toucher la communauté linguistique minoritaire francophone et de l'engager effectivement dans son programme. Les séances de formation et les ateliers en français sont habituellement annulés faute de participation. Dans son deuxième rapport de suivi en 2004, la Commissaire indique qu'un seul client francophone traitait avec Simcoe Nord en français. Cinq autres clients francophones ont choisi d'être servis en anglais. Simcoe Nord n'a jamais reçu de demande de prêt en français, malgré la création d'un comité des investissements francophones.

[61] Par contre, Simcoe Nord semble avoir connu un certain succès auprès de la communauté linguistique majoritaire anglophone. Par exemple, en 2004 elle a reçu 272 demandes de renseignements généraux, donné 21 entretiens de counseling approfondis et reçu 17 demandes de prêts, dont 11 ont été approuvées.

[62] Il ne fait aucun doute qu'une disparité dans les résultats peut être un indice d'une inégalité dans la qualité des services, mais il ne faut pas s'arrêter là. Peuvent entrer en jeu plusieurs facteurs qui n'ont rien à voir avec la qualité comparative des services offerts par l'institution fédérale dans chacune des langues officielles. En l'espèce, à l'appui de leur prétention que les services n'étaient pas de qualité égale, les appelants insistent beaucoup sur le succès de CALDECH, qui a mis en œuvre plus de 50 projets destinés à la communauté francophone. La mesure dans laquelle ce fait permet d'évaluer la qualité comparative des services offerts par Simcoe Nord dans l'une et l'autre langues officielles est discutable. Il me semble que la présence même de CALDECH peut expliquer pourquoi si peu de francophones ont choisi de se prévaloir des services offerts par Simcoe Nord, quelle qu'en soit la qualité. Quoiqu'il en soit, l'apparente disparité qui existe en l'espèce entre les résultats pour les deux communautés linguistiques ne permet pas de conclure que les services sont de qualité inégale.

[63] Although the parties disagree about the number of CALDECH's projects that Industry Canada would actually have supported, one thing is certain: CALDECH's ability to reach the linguistic minority community and involve it in many community economic development projects shows that there is a real need for such services in Huronia's French-speaking community and that that need can be met. However, I cannot conclude that the failure to remedy this shortcoming relates to the principle of linguistic equality in communications and the provision of services as implemented in Part IV of the *OLA*. Like Harrington J. at trial, I believe that the appellants' arguments essentially relate to alleged violations of Part VII of the *OLA*. It is noteworthy that in each of her three reports, the Commissioner drew a clear distinction between duties related to the principle of equality in communications and the provision of services under Part IV and duties resulting from the government's commitment, stated in Part VII, to enhancing the vitality and development of linguistic minority communities. In all her reports, she identified *Part VII* as the source of the duty to consider and meet the special needs and concerns of Simcoe County's French-speaking business community with regard to economic development.

[64] Of course, as we saw above, the Commissioner's role is entirely separate from that of the court, which is not bound by her conclusions when it hears an application under s. 77. For example, the Commissioner does not have to be overly concerned about distinctions between the various parts of the *OLA*, since she prepares a report containing recommendations, not an order granting remedies. Also, the duties set out in Part IV may very well overlap those provided for in Part VII. Since questions about the nature and scope of the duties that may arise under Part VII of the *OLA* were not raised before this Court, I will express no opinion on the correctness of the Commissioner's observations concerning such duties. Having said this, however, I conclude, as the Commissioner seems to have done in her reports and as the trial judge

[63] Chose certaine, bien que les parties contestent le nombre des projets de CALDECH qu'Industrie Canada aurait réellement appuyés, le fait que CALDECH a réussi à toucher la communauté linguistique minoritaire et à l'engager dans de nombreux projets de développement économique communautaire démontre qu'il y a un besoin réel de tels services au sein de la communauté francophone de la Huronie et qu'il est possible d'y répondre. Mais je ne peux conclure que le défaut de combler cette carence relève du principe de l'égalité linguistique en matière de communications et de prestation de services tel que mis en œuvre par la partie IV de la *LLO*. Tout comme le juge d'instance Harrington, j'estime que les arguments des appelants se rapportent essentiellement à de prétendues violations de la partie VII de la *LLO*. Il est notable que, dans chacun de ses trois rapports, la Commissaire a fait une distinction nette entre les obligations résultant du principe de l'égalité en matière de communications et de prestation de services prévue à la partie IV et celles qui découlent de l'engagement du gouvernement de favoriser l'épanouissement et le développement des minorités linguistiques énoncé à la partie VII. Elle a, dans tous ses rapports, situé l'obligation de prendre en considération et de répondre aux besoins et préoccupations particuliers de la communauté d'affaires de langue française du comté de Simcoe en matière de développement économique *dans le cadre de la partie VII*.

[64] Bien sûr, comme nous l'avons vu, le rôle de la Commissaire est tout à fait distinct de celui du tribunal et ses conclusions ne lient pas le tribunal qui entend un recours fondé sur l'art. 77. Par exemple, la Commissaire n'a pas à se préoccuper outre mesure des distinctions entre les diverses parties de la *LLO*, puisque c'est un rapport assorti de recommandations qu'elle produit, et non une ordonnance assortie de réparations. Il peut aussi très bien y avoir chevauchement entre les obligations prévues par la partie IV et celles énoncées à la partie VII. Puisque les questions de la nature et de la portée des obligations pouvant découler de la partie VII de la *LLO* n'ont pas été soulevées devant la Cour, je ne me prononce pas sur le bien-fondé des observations de la Commissaire quant aux obligations pouvant résulter de la partie VII. Cela dit, je conclus par contre,

noted, that the deficiencies at issue here clearly exceed the scope of Part IV.

6. Conclusion

[65] For these reasons, I would dismiss the appeal but would award costs to the appellants DesRochers and CALDECH.

Appeal dismissed with costs to certain appellants.

Solicitors for the appellants Raymond DesRochers and Corporation de développement économique communautaire CALDECH: Heenan Blaikie, Ottawa.

Solicitor for the appellant the Commissioner of Official Languages of Canada: Office of the Commissioner of Official Languages of Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondents: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitors for the intervener the Attorney General of the North West Territories: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener Fédération Franco-Ténoise: Balfour Moss, Regina.

tout comme la Commissaire a semblé le faire dans ses rapports et le juge d'instance l'a constaté, que les carences en cause en l'espèce dépassent nettement le champ d'application de la partie IV.

6. Conclusion

[65] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi mais d'accorder aux appelants DesRochers et CALDECH leurs dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens en faveur de certains appelants.

Procureurs des appelants Raymond DesRochers et la Corporation de développement économique communautaire CALDECH: Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureur de l'appelant le commissaire aux langues officielles du Canada: Commissariat aux langues officielles du Canada, Ottawa.

Procureur des intimés: Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureurs de l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Fédération Franco-Ténoise: Balfour Moss, Regina.

Chief John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Less and Lester Fraynn, the elected Chief and Councillors of the Ermineskin Indian Band and Nation, suing on their own behalf and on behalf of all the other members of the Ermineskin Indian Band and Nation *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada, Minister of Indian Affairs and Northern Development and Minister of Finance *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Alberta, Assembly of First Nations and Lac Seul First Nation *Intervenors*

- and -

Chief Victor Buffalo, acting on his own behalf and on behalf of all the other members of the Samson Indian Band and Nation, and Samson Indian Band and Nation *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada, Minister of Indian Affairs and Northern Development and Minister of Finance *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Alberta, Assembly of First Nations, Saddle Lake Indian Band,

Chef John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Less et Lester Fraynn, le chef et les conseillers élus de la bande et nation indiennes d'Ermineskin, en leur nom et en celui des autres membres de la bande et nation indiennes d'Ermineskin *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et ministre des Finances *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de l'Alberta, Assemblée des Premières Nations et Première Nation du Lac Seul *Intervenants*

- et -

Chef Victor Buffalo, en son nom et en celui des autres membres de la bande et nation indiennes de Samson, et bande et nation indiennes de Samson *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et ministre des Finances *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de l'Alberta, Assemblée des Premières Nations, bande indienne de Saddle Lake, bande

Stoney Indian Band and Lac Seul First Nation *Intervenors*

INDEXED AS: ERMINESKIN INDIAN BAND AND NATION v. CANADA

Neutral citation: 2009 SCC 9.

File Nos.: 31875, 31869.

2008: May 22; 2009: February 13.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Aboriginal law — Crown — Fiduciary duty — Management of oil and gas royalties — Indian bands surrendering mineral rights on reserves to Crown — Crown holding bands' oil and gas royalties in Consolidated Revenue Fund and paying interest at rate tied to the yield on long-term government bonds but adjusted periodically — Whether Crown was obligated as fiduciary to invest oil and gas royalties — Whether Crown breached its fiduciary obligations in way in which it calculated and paid interest on royalties — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 61 to 69 — Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11, ss. 2 “public money”, 17(1), 21(1), 90(1)(b) — Indian Oil and Gas Act, R.S.C. 1985, c. I-7, s. 4(1).

Unjust enrichment — Crown — Management of Indian bands' oil and gas royalties — Statutory scheme requiring Crown to hold bands' oil and gas royalties in Consolidated Revenue Fund and to pay interest — Whether Crown was unjustly enriched by making use of bands' royalties and setting interest rate paid to bands.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Money management provisions of Indian Act precluding investment of Indian moneys by Crown — Provisions creating distinction between Indians and non-Indians — Whether distinction creating disadvantage by perpetuating prejudice and stereotyping — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 61 to 68.

indienne de Stoney et Première Nation du Lac Seul *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BANDE ET NATION INDIENNES D'ERMINESKIN c. CANADA

Référence neutre : 2009 CSC 9.

N^{os} du greffe : 31875, 31869.

2008 : 22 mai; 2009 : 13 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit des Autochtones — Couronne — Obligation fiduciaire — Gestion de redevances pétrolières et gazières — Bandes indiennes ayant cédé à la Couronne leurs droits sur les minéraux de leurs réserves — Redevances pétrolières et gazières des bandes déposées dans le Trésor et intérêts payés par la Couronne à un taux lié au rendement des obligations à long terme du gouvernement, mais rajusté périodiquement — La Couronne avait-elle l'obligation fiduciaire d'investir les redevances pétrolières et gazières? — Par la manière dont elle a fixé et payé l'intérêt sur les redevances, la Couronne a-t-elle manqué à ses obligations fiduciaires? — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 61 à 69 — Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 2 « fonds publics », 17(1), 21(1), 90(1)(b) — Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, L.R.C. 1985, ch. I-7, art. 4(1).

Enrichissement injustifié — Couronne — Gestion des redevances pétrolières et gazières des bandes indiennes — Régime législatif exigeant de la Couronne qu'elle détienne dans le Trésor les redevances pétrolières et gazières des bandes et qu'elle verse de l'intérêt — La Couronne s'est-elle injustement enrichie en utilisant les redevances et en fixant le taux de l'intérêt versé aux bandes?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Dispositions pertinentes de la Loi sur les Indiens empêchant la Couronne d'investir l'argent des Indiens — Dispositions établissant une distinction entre Indiens et non-Indiens — La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 61 à 68.

The Ermineskin Nation and the Samson Nation are “bands” within the meaning of the *Indian Act* and are entitled to the benefit of Treaty No. 6, which was entered into in 1876. The Crown held money in trust for the bands, composed mainly of royalties derived from the oil and gas reserves found beneath the surface of the Samson Reserve and Pigeon Lake Reserve in Alberta. Under the terms of Treaty No. 6 and the *Indian Act*, it was necessary that the bands’ interests in the oil and gas under the reserves be surrendered to the Crown so that the Crown could enter into arrangements with third parties in order to exploit the resources. Two identical instruments of surrender were executed in 1946 and were accepted by the Crown. The statutory scheme governing the handling of Indian moneys, including the oil and gas royalties, involves the *Indian Act*, the *Financial Administration Act* (“FAA”) and the *Indian Oil and Gas Act* (“IOGA”). Under the *Indian Act*, Indian moneys are characterized as “capital moneys” or “revenue moneys”. There are separate revenue and capital accounts kept by the Crown for each of the bands. The royalties are characterized as “capital moneys” and have been deposited in the Consolidated Revenue Fund (“CRF”) to the credit of the Receiver General of Canada pursuant to the FAA. Interest has been paid on that money by the Crown pursuant to Orders in Council made under the *Indian Act*. Between 1859 and 1969 the interest rate on Indian moneys changed from time to time, ranging from 3 percent to 6 percent. In 1969, the Crown decided to tie the rate of interest to the market yield of government bonds having terms to maturity of 10 years or over (the “Indian moneys formula”). Discussions took place in the late 1970s and early 1980s between the Crown and leaders of various bands. A new Order in Council was enacted in 1981, which provided that interest would be calculated on the quarterly average of the market yields of the Government of Canada bond issues, which have terms to maturity of 10 years or over. The discussions between the Crown and the bands also led to a Crown policy of crediting interest semi-annually, rather than annually.

Samson and Ermineskin filed statements of claim respectively in 1989 and in 1992, alleging that the Crown’s fiduciary obligations required it to invest oil and gas royalties received on behalf of the bands as a prudent investor would, that is, to invest the royalties in a diversified portfolio. They submit that the refusal or neglect of the Crown to invest their royalties has deprived them of hundreds of millions of dollars since 1972. The Federal Court dismissed their claims and a majority of the Federal Court of Appeal upheld the decision.

Chacune des nations d’Ermineskin et de Samson constitue une « bande » au sens de la *Loi sur les Indiens* et bénéficie de l’application du Traité n° 6 conclu en 1876. La Couronne détenait en fiducie pour les bandes des sommes composées principalement des redevances tirées de l’exploitation des ressources pétrolières et gazières découvertes dans le sous-sol des réserves de Samson et de Pigeon Lake, en Alberta. Le Traité n° 6 et la *Loi sur les Indiens* exigeaient la cession par les bandes de leurs droits sur ces ressources afin que la Couronne puisse conclure avec des tiers des accords d’exploitation. Deux actes de cession aux dispositions identiques ont été signés en 1946, et la Couronne a accepté les cessions. Le régime législatif applicable à la gestion de l’argent des Indiens, y compris les redevances pétrolières et gazières, comprend la *Loi sur les Indiens*, la *Loi sur la gestion des finances publiques* (« LGFP ») et la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* (« LPGTI »). Dans la *Loi sur les Indiens*, l’argent des Indiens appartient soit au « compte en capital », soit au « compte de revenu », lesquels sont tenus séparément par la Couronne pour chacune des bandes. Les redevances — qui appartiennent au « compte en capital » — ont été versées au Trésor au crédit du receveur général du Canada conformément à la LGFP. La Couronne a payé à leur égard un intérêt dont le taux a été fixé par des décrets pris en application de la *Loi sur les Indiens*. Entre 1859 et 1969, le taux de l’intérêt sur l’argent des Indiens a été modifié à l’occasion, oscillant entre 3 et 6 p. 100. En 1969, la Couronne a décidé de lier le taux d’intérêt au rendement sur le marché des obligations du gouvernement d’une durée de 10 ans ou plus (la « formule applicable à l’argent des Indiens »). À la fin des années 1970 et au début des années 1980, la Couronne et les dirigeants de différentes bandes ont eu des discussions. En 1981, un nouveau décret prévoyait que l’intérêt était calculé selon la moyenne trimestrielle des rendements sur le marché des obligations du gouvernement du Canada d’une durée de 10 ans ou plus. Les discussions entre la Couronne et les bandes ont également mené à l’adoption d’un mode de calcul consistant à créditer les intérêts semestriellement plutôt qu’annuellement.

La nation de Samson a déposé sa déclaration en 1989, et celle d’Ermineskin a déposé la sienne en 1992. Elles y prétendaient que les obligations fiduciaires de la Couronne exigeaient qu’elle investisse de façon prudente, à savoir dans un portefeuille diversifié, les redevances pétrolières et gazières touchées en leur nom. Elles soutenaient que depuis 1972, le refus ou l’omission de la Couronne d’investir leurs redevances les privait de centaines de millions de dollars. La Cour fédérale les a déboutées, et les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont confirmé cette décision.

Held: The appeals should be dismissed.

The Crown has fiduciary obligations with respect to the bands' royalties. However, whether the fiduciary relationship arose out of Treaty No. 6 or from the instruments of surrender, when read together with the IOGA, the FAA and the *Indian Act*, the Crown did not have the obligation or the authority to invest the bands' royalties. [44] [45] [67] [80]

The language of Treaty No. 6 does not support an intention to impose on the Crown the duties of a common law trustee. All rights were relinquished to the Crown, and the Crown then agreed to set aside certain lands for use by the Indian signatories. The language and circumstances point to a conditional transfer of the land, rather than the establishment of a common law trust. Neither did the oral terms of Treaty No. 6, create a trust in the common law sense. There is no duty of a trustee at common law to guarantee against risk of loss to the trust corpus or that the corpus would increase. Therefore, even if Treaty No. 6, including the representation by the Crown that the proceeds of the sale of any part of the reserve would be "put away to increase", constituted the basis of the Crown's fiduciary obligation to the bands, it did not obligate investment by the Crown; rather, the Crown had the obligation to guarantee that the funds would be preserved and would increase. Because there is no treaty right to investment by the Crown, s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, is not engaged. [50] [56-57] [67]

The relationship between the Crown and the bands under the 1946 instruments of surrender is a fiduciary relationship that is trust-like in nature. Pursuant to these instruments, the Crown may only grant rights over the minerals upon terms that are most conducive to the welfare of the bands, and will hold the proceeds of the granting of those rights on behalf of the bands. Where the Crown is in the position of a fiduciary, although not strictly speaking a trustee at common law, and holds funds on behalf of a band, it is not improper to ascribe to the Crown a duty to invest those funds in the manner of a common law trustee, subject to any legislation limiting its ability to do so. The statutory framework within which the Crown must carry out its fiduciary obligations in this case limits its ability to invest the bands' royalties. [73-74] [80]

The *Indian Act*, the FAA, and the IOGA do not permit investment by the Crown of the royalties. The IOGA only confirms that the royalties in relation to oil and gas on reserves are to be paid to the Crown in trust for the bands. The IOGA does not set out any terms of

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

La Couronne a des obligations fiduciaires à l'égard des redevances des bandes. Cependant, que la relation fiduciaire découle du Traité n° 6 ou des actes de cession, interprétés de pair avec la LPGTI, la LGFP et la *Loi sur les Indiens*, la Couronne n'avait ni l'obligation ni le pouvoir d'investir les redevances des bandes. [44] [45] [67] [80]

Le texte du Traité n° 6 n'étaye pas l'existence de l'intention d'imposer à la Couronne les obligations d'un fiduciaire de common law. Tous les droits ont été cédés à la Couronne, qui a alors convenu de réserver certaines terres à l'usage des Indiens signataires. Le libellé du traité et le contexte donnent à penser qu'il y a eu transfert conditionnel des terres, et non établissement d'une fiducie de common law. Les conditions verbales du Traité n° 6 n'ont pas non plus créé une fiducie de common law comme telle. Il n'incombe pas à un fiduciaire de common law de garantir la masse fiduciaire contre le risque de perte ni d'assurer sa croissance. Partant, même si le Traité n° 6, y compris la promesse de la Couronne que le produit de la vente de toute partie de la réserve serait « mis de côté pour qu'il fructifie », constituait le fondement de l'obligation fiduciaire envers les bandes, il n'obligeait pas la Couronne à investir les redevances, mais bien à les conserver en sûreté et à les faire s'accroître. Vu l'absence d'un droit issu de traité à l'investissement des sommes par la Couronne, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'applique pas. [50] [56-57] [67]

La relation entre la Couronne et les bandes établie par les actes de cession de 1946 est fiduciaire et s'apparente à celle créée par une fiducie. Suivant ces actes, la Couronne ne peut accorder de droits sur les minéraux qu'aux conditions les plus appropriées pour assurer le bien-être des bandes, et elle conserve le produit de l'octroi de ces droits pour le compte de celles-ci. Lorsque la Couronne agit à titre de fiduciaire mais non, à strictement parler, de fiduciaire de common law, et qu'elle détient des fonds pour le compte d'une bande, il n'est pas injustifié de lui attribuer l'obligation d'investir ces fonds comme le ferait un fiduciaire de common law, sous réserve de toute disposition législative limitant son pouvoir de le faire. Le cadre législatif dans lequel la Couronne doit remplir ses obligations fiduciaires en l'espèce limite son pouvoir d'investir les redevances des bandes. [73-74] [80]

La *Loi sur les Indiens*, la LGFP et la LPGTI n'autorisent pas la Couronne à investir les redevances. La LPGTI confirme seulement que les redevances applicables au pétrole et au gaz des réserves sont versées à la Couronne en fiducie pour les bandes. Comme cette loi

trust or duties of the Crown and therefore does not limit the Crown's fiduciary duties to the bands. Although the IOGA does not preclude investment by the Crown of the royalties, it does not purport to restrict or override application of provisions in other statutes. Because the royalties are money collected by Canada on behalf of the bands pursuant to the IOGA, they are "public money" as defined by the FAA and as such must be dealt with in accordance with the provisions of the FAA. This Act provides that the royalties must be held in the CRF and only paid out in accordance with any applicable statute (s. 21(1)). Furthermore, the acquisition of securities by the Crown is prohibited unless authorized by an Act of Parliament (s. 90(1)(b)). In this case, the relevant applicable statute is the *Indian Act* because it is the statutory scheme governing the control and management of Indian moneys. It provides no authority for any expenditure or payment of Indian moneys other than for the purposes provided for in the Act. The wording of the *Indian Act* and the legislative changes made in 1951 indicate that no power existed after that time for the Crown to make, hold and manage investments made with Indian moneys held in the CRF. From 1859 to 1951, the Crown had not engaged in investing Indian moneys but rather paid interest at rates from 3 to 6 percent. It is reasonable to infer that in repealing the investment power in the *Indian Act*, the Crown was bringing the legislation into conformity with actual practice. [83] [85] [91] [94] [98] [117] [122-123]

The Crown's actions under the authority of the FAA and the *Indian Act* were consistent with its fiduciary obligations to the bands. The Crown, which is in a unique position as a fiduciary with respect to the royalties and the payment of interest, is not in a position of conflict of interest when it borrows the bands' money held in the CRF without their consent. The borrowing is required by the legislation and a fiduciary that acts in accordance with legislation cannot be said to be breaching its fiduciary duty. The situation which the bands characterize as a conflict of interest is an inherent and inevitable consequence of the statutory scheme. The Crown's position in the setting of the interest rate paid to the bands is also unique: the Crown must consider not only the interest of the bands but also the interests of other Canadians when it sets the interest rate paid to the bands. Within the Crown's discretion as a fiduciary it had a number of options for setting the interest rate. Of the alternatives considered, it is apparent that short-term rates would not have been in the best interests of the bands when it was possible for the Crown to pay interest at a higher rate in view of the Crown's diversified borrowing patterns. A fixed rate of interest would not have been sufficiently flexible to account for changes in prevailing interest rates and

n'établit ni les conditions de la fiducie ni les obligations de la Couronne, elle ne restreint pas les obligations fiduciaires de la Couronne envers les bandes. Elle n'empêche pas la Couronne d'investir les redevances, mais elle n'a pas pour objet de limiter ou d'écarter l'application des dispositions d'autres lois. Les redevances étant perçues par le Canada pour le compte des bandes en conformité avec la LPGTI, elles constituent des « fonds publics » au sens de la LGFP et doivent donc être considérées au regard de celle-ci. Cette loi dispose que les fonds doivent être conservés dans le Trésor et qu'ils ne peuvent être prélevés que sous réserve des lois applicables (par. 21(1)). En outre, l'acquisition d'actions est prohibée, sauf autorisation de la Couronne par une loi fédérale (al. 90(1)(b)). La loi applicable en l'espèce est la *Loi sur les Indiens*, car celle-ci encadre la possession et la gestion de l'argent des Indiens. Elle ne permet pas la dépense ou le versement de cet argent à d'autres fins que celles qu'elle énumère. Il appert de son libellé et des modifications apportées en 1951 que la Couronne ne pouvait plus dès lors placer l'argent des Indiens, ni administrer et gérer le placement de l'argent des Indiens détenu dans le Trésor. Entre 1859 et 1951, la Couronne n'avait pas investi l'argent des Indiens, mais avait plutôt versé de l'intérêt à un taux oscillant entre 3 et 6 p. 100. Il est raisonnable d'inférer de l'abrogation du pouvoir d'investir prévu dans la *Loi sur les Indiens* que le législateur voulait rendre la loi conforme à la pratique établie. [83] [85] [91] [94] [98] [117] [122-123]

Les mesures prises par la Couronne sur le fondement de la LGFP et de la *Loi sur les Indiens* sont compatibles avec ses obligations fiduciaires envers les bandes. La Couronne, dont le rôle de fiduciaire est unique vis-à-vis des redevances et du paiement d'intérêts, n'est pas en conflit d'intérêts lorsqu'elle emprunte sans le consentement des intéressés l'argent des bandes détenu dans le Trésor. L'emprunt est exigé par la loi, et on ne saurait dire du fiduciaire qui se conforme à la loi qu'il manque à son obligation fiduciaire. La situation que les bandes qualifient de conflit d'intérêts est une conséquence inhérente au régime législatif et elle est de ce fait inévitable. La Couronne se trouve également dans une situation unique lorsqu'elle fixe le taux de l'intérêt payé aux bandes : elle doit tenir compte à la fois des intérêts des bandes et de ceux des autres Canadiens. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à titre de fiduciaire, la Couronne disposait d'un certain nombre d'options pour la fixation du taux d'intérêt. Il ressort de l'examen des autres solutions possibles qu'un taux fondé sur le rendement de titres à court terme n'aurait pas été au mieux des intérêts des bandes lorsque la Couronne aurait pu payer un intérêt plus élevé compte tenu de ses emprunts diversifiés. Un taux d'intérêt fixe n'aurait pas eu la souplesse voulue pour tenir compte de la fluctuation des

inflation. Payment of interest equivalent to what might have been earned in a diversified portfolio would have required subsidization from the public treasury. A fiduciary is not required to supplement the return it is legislatively restricted to providing from its own resources, in this case, the public treasury. The two alternatives that could have been selected by a prudent person managing his or her own affairs but modified by the constraints applicable to the Crown were the fluctuating rate approach adopted by the Crown and the laddered bond approach. When the Indian moneys formula was adopted in 1969, interest rates were tending upwards. In hindsight, because interest rates have tended downwards since the 1980s, investment in a laddered bond portfolio would have produced higher returns for the bands since that time than the long-term floating rate approach that was adopted. However, compliance by the Crown with its fiduciary obligations to the bands must be viewed prospectively. Without knowing the direction of interest rates and anticipated inflation, it cannot be said that the adoption of a floating long-term rate was an imprudent choice by the Crown. It was a way of contending with interest rates and inflation risk. Therefore, in selecting the floating rate methodology of the Indian moneys formula, there was no breach of the fiduciary duty owed by the Crown to the bands. [124] [126-129] [132] [147-149]

As an alternative to the payment of interest by the Crown, s. 64(1)(k) of the *Indian Act* provided authority for the transfer of capital moneys from the Crown to either the bands themselves or to an independent trust for the bands. However, in accordance with its fiduciary obligations and s. 64(1)(k), the Crown had to be satisfied that any transfer was in the best interests of the bands. With respect to Samson, the evidence indicates that the Crown was supportive of the band's proposals to transfer money for the establishment of trust funds by the bands. However, due to difficulties uncovering information as to the disposition of a previous transfer of money, the failure of Samson to provide adequate financial plans and assurances of band support, and conflict within the Samson band council, the Crown was unable to assure itself that transferring further funds would be in the best interests of Samson. Having regard to the evidence, for the Crown to have agreed to further transfers prior to 2005 would have been imprudent. As for Ermineskin, in the event of a transfer, the Crown's fiduciary obligations with regard to the funds had to come to an end. The Crown could not be expected to remain responsible for funds over which it no longer had control. In the absence of a release from the band to

taux d'intérêt et de l'inflation. Le trésor public aurait dû subventionner le paiement d'un intérêt équivalant au rendement d'un portefeuille diversifié. Le fiduciaire n'a pas à puiser dans ses propres ressources, en l'occurrence le trésor public, pour bonifier le rendement qu'il peut verser eu égard aux contraintes légales. Les deux choix qu'aurait pu faire une personne prudente administrant ses propres affaires, mais tenant compte des contraintes applicables à la Couronne, étaient celui du taux d'intérêt variable, retenu par la Couronne, et celui du portefeuille échelonné d'obligations. Lorsque la formule applicable à l'argent des Indiens a été adoptée en 1969, les taux d'intérêt étaient à la hausse. Vu la tendance à la baisse observée depuis les années 1980, on peut dire avec le recul qu'un portefeuille échelonné aurait dès lors permis aux bandes de toucher un rendement supérieur au taux variable fondé sur les obligations à long terme du gouvernement, taux pour lequel la Couronne a opté. Cependant, le respect des obligations fiduciaires de la Couronne envers les bandes doit être considéré prospectivement. Comme elle ne pouvait connaître à l'avance l'évolution des taux d'intérêt et de l'inflation, la Couronne n'a pas fait preuve d'imprudence en optant pour un taux variable fondé sur le rendement des obligations à long terme du gouvernement. C'était un moyen de se prémunir contre le risque de fluctuation des taux d'intérêt et de l'inflation. En appliquant la formule du taux variable à l'argent des Indiens, la Couronne n'a donc pas manqué à son obligation fiduciaire envers les bandes. [124] [126-129] [132] [147-149]

Au lieu de verser de l'intérêt, la Couronne aurait pu, suivant l'al. 64(1)k de la *Loi sur les Indiens*, transférer l'argent du compte en capital soit aux bandes, soit à un fiduciaire indépendant pour leur compte. Suivant ses obligations fiduciaires et l'al. 64(1)k, il aurait toutefois fallu qu'elle soit convaincue que l'opération servait au mieux les intérêts des bandes. En ce qui concerne la nation de Samson, la preuve révèle que la Couronne appuyait ses propositions de transfert visant la mise sur pied de fiducies. Toutefois, vu la difficulté d'obtenir des précisions sur l'utilisation de fonds déjà transférés, l'omission de la nation de Samson de présenter des plans financiers valables et d'offrir quelque preuve de l'appui de ses membres, ainsi que les divergences au sein du conseil de bande, la Couronne n'a pu s'assurer qu'il était au mieux des intérêts de la nation de Samson de transférer d'autres fonds. Eu égard à la preuve, la Couronne aurait été imprudente si elle avait acquiescé à des transferts supplémentaires avant 2005. Pour ce qui est de la nation d'Ermineskin, un transfert aurait dû mettre fin aux obligations fiduciaires de la Couronne à l'égard des fonds. On ne pouvait s'attendre à ce que la Couronne demeure responsable de fonds sur lesquels elle n'exerçait plus aucun pouvoir. Si la bande ne libérait pas la

the Crown, the Crown could not be expected to transfer funds from the CRF to Ermineskin. [150-152] [169-170] [181]

The Crown was not unjustly enriched by making use of the bands' royalties and paying the rate of interest that it did. This was an inevitable result of the statutory scheme, which requires that the Crown hold the bands' royalties in the CRF and pay interest to the bands. The basis for determining whether the Crown was enriched is a comparison with what would have been the case had the Crown not had access to the royalties in the CRF. The trial judge found that the Crown could have obtained replacement funds at a lower cost than the interest it actually provided on the royalties. [182] [184]

Finally, the money management provisions found in ss. 61 to 68 of the *Indian Act* do not infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. There is a distinction between Indians and non-Indians, but that distinction is not discriminatory. The provisions of the *Indian Act* that prohibit investment of the royalties by the Crown do not draw a distinction that perpetuates disadvantage through prejudice or stereotyping. The provisions do not preclude investment, provided the investments are made by the bands or trustees on their behalf after expenditure of funds from the CRF to the bands and the release of the Crown from further responsibility with respect to the royalties. Such an approach involves greater control and decision making by the bands themselves. Any expenditure of the funds for investment is required to be in the best interests of the bands. Until the funds are expended by the Crown for the purposes of investment by the bands or trustees on their behalf, they are held by the Crown in the CRF and the bands are provided with liquidity and a return on the royalties. [190] [201-202]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40; *Authorson (Litigation Administrator of) v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 501, 86 O.R. (3d) 321, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. v; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846;

Couronne de ses obligations, elle ne pouvait s'attendre à ce que les fonds détenus dans le Trésor lui soient transférés. [150-152] [169-170] [181]

La Couronne ne s'est pas enrichie sans cause en utilisant les redevances des bandes et en payant de l'intérêt au taux fixé par elle. Il s'agissait d'une conséquence inévitable du régime législatif, qui exige de la Couronne qu'elle dépose les redevances dans le Trésor et qu'elle verse des intérêts aux bandes. Pour déterminer si la Couronne s'est enrichie, il faut se demander quelle aurait été la situation si elle n'avait pas eu accès aux redevances versées dans le Trésor. Le juge de première instance a conclu que la Couronne aurait pu obtenir d'autres fonds à un taux moins élevé que celui consenti sur les redevances. [182] [184]

Enfin, les dispositions régissant la gestion de l'argent des Indiens, à savoir les art. 61 à 68 de la *Loi sur les Indiens*, ne portent pas atteinte aux droits garantis au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une distinction est établie entre Indiens et non-Indiens, mais elle n'est pas discriminatoire. Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui interdisent à la Couronne d'investir les redevances ne créent pas une distinction perpétuant un préjugé ou l'application de stéréotypes. Les dispositions en cause n'empêchent pas les bandes ou leurs fiduciaires d'investir les fonds détenus dans le Trésor que la Couronne leur transfère après avoir été exonérée de toute responsabilité ultérieure à leur égard. Les bandes exercent ainsi un plus grand pouvoir, notamment sur le plan décisionnel. Le transfert de sommes d'argent destinées à l'investissement doit servir au mieux les intérêts des bandes. Dans l'intervalle, la Couronne détient les fonds dans le Trésor en mettant des liquidités à la disposition des bandes et en faisant fructifier les redevances de celles-ci. [190] [201-202]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *Authorson (Litigation Administrator of) c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 501, 86 O.R. (3d) 321, autorisation de pourvoi refusée, [2008] 1 R.C.S. v; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476; *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006

Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd., [1989] 2 S.C.R. 574; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, 2005 FC 136, [2005] 2 C.N.L.R. 358.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52.
Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11, ss. 2 “public money”, “Consolidated Revenue Fund”, “securities”, 17(1), 18 [rep. 1999, c. 26, s. 20], 21, 90(1).
Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 92, 93.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 2 “band”, 4, 61 to 69.
Indian Act, S.C. 1951, c. 29, s. 123.
Indian Oil and Gas Act, R.S.C. 1985, c. I-7, s. 4(1).
Indian Oil and Gas Regulations, 1995, SOR/94-753, s. 33(5).

Treaty

Treaty No. 6 (1876).

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. I, 1st Sess., 30th Parl., October 21, 1974, p. 558.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 4th Sess., 21st Parl., March 16, 1951, p. 1352.
 Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Sexton and Sharlow J.J.A.), 2006 FCA 415, [2007] 3 F.C.R. 245, 357 N.R. 1, [2007] 2 C.N.L.R. 51, [2006] F.C.J. No. 1961 (QL), 2006 CarswellNat 4511, affirming decisions of Teitelbaum J., 2005 FC 1623, 269 F.T.R. 188, [2005] F.C.J. No. 1992 (QL), 2005 CarswellNat 3953, and 2005 FC 1622, 269 F.T.R. 1, [2006] 1 C.N.L.R. 100, [2005] F.C.J. No. 1991 (QL), 2005 CarswellNat 3959. Appeals dismissed.

CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Nation et bande indienne de Samson c. Canada*, 2005 CF 136, [2005] A.C.F. n° 156 (QL).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52.
Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 92, 93.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 2 « fonds publics », « Trésor », « valeurs » ou « titres », 17(1), 18 [abr. 1999, ch. 26, art. 20], 21, 90(1).
Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, L.R.C. 1985, ch. I-7, art. 4(1).
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 2 « bande », 4, 61 à 69.
Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29, art. 123.
Règlement de 1995 sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, DORS/94-753, art. 33(5).

Traité

Traité n° 6 (1876).

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. I, 1^{re} sess., 30^e lég., 21 octobre 1974, p. 557, 558.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 4^e sess., 21^e lég., 16 mars 1951, p. 1380.
 Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Sexton et Sharlow), 2006 CAF 415, [2007] 3 R.C.F. 245, 357 N.R. 1, [2007] 2 C.N.L.R. 51, [2006] A.C.F. n° 1961 (QL), 2006 CarswellNat 4833, qui a confirmé des décisions du juge Teitelbaum, 2005 CF 1623, 269 F.T.R. 188, [2005] A.C.F. n° 1992 (QL), 2005 CarswellNat 5897, et 2005 CF 1622, 269 F.T.R. 1, [2006] 1 C.N.L.R. 100, [2005] A.C.F. n° 1991 (QL), 2005 CarswellNat 6710. Pourvois rejetés.

Marvin R. V. Storrow, Q.C., Maria A. Morellato, Q.C., Joseph C. McArthur and Joanne Lysyk, for the appellants Chief John Ermineskin et al.

James A. O'Reilly, Edward H. Molstad, Q.C., Marco Poretti, L. Douglas Rae, Nathan Whitling and David Sharko, for the appellants Chief Victor Buffalo et al.

Mitchell R. Taylor, Q.C., W. Clarke Hunter, Q.C., and Michele E. Annich, for the respondents.

E. Ria Tzimas, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Sylvain Leboeuf and Monique Rousseau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Stanley H. Rutwind, Q.C., for the intervener the Attorney General of Alberta.

Jack R. London, Q.C., and Bryan P. Schwartz, for the intervener the Assembly of First Nations.

W. Tibor Osvath, for the interveners the Saddle Lake Indian Band and the Stoney Indian Band.

Joseph Eliot Magnet and William Major, for the intervener the Lac Seul First Nation.

Marvin R. V. Storrow, c.r., Maria A. Morellato, c.r., Joseph C. McArthur et Joanne Lysyk, pour les appelants Chief John Ermineskin et autres.

James A. O'Reilly, Edward H. Molstad, c.r., Marco Poretti, L. Douglas Rae, Nathan Whitling et David Sharko, pour les appelants Chef Victor Buffalo et autres.

Mitchell R. Taylor, c.r., W. Clarke Hunter, c.r., et Michele E. Annich, pour les intimés.

E. Ria Tzimas, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Sylvain Leboeuf et Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Stanley H. Rutwind, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Jack R. London, c.r., et Bryan P. Schwartz, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

W. Tibor Osvath, pour les intervenantes la bande indienne de Saddle Lake et la bande indienne de Stoney.

Joseph Eliot Magnet et William Major, pour l'intervenante la Première Nation du Lac Seul.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Facts</u>	4
III. <u>Issues</u>	20
IV. <u>Judgments Below</u>	23
A. <i>Federal Court</i>	23
B. <i>Federal Court of Appeal</i>	30
(1) <u>Richard C.J. and Sharlow J.A.</u>	30
(2) <u>Sexton J.A.</u>	38

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Les faits</u>	4
III. <u>Les questions en litige</u>	20
IV. <u>Les décisions antérieures</u>	23
A. <i>Cour fédérale</i>	23
B. <i>Cour d'appel fédérale</i>	30
(1) <u>Le juge en chef Richard et la juge Sharlow</u>	30
(2) <u>Le juge Sexton</u>	38

V.	<u>Analysis</u>	44	V.	<u>Analyse</u>	44
A.	<i>The Source of the Crown's Fiduciary Obligations</i>	44	A.	<i>La source des obligations fiduciaires de la Couronne</i>	44
B.	<i>Treaty No. 6</i>	49	B.	<i>Le Traité n° 6</i>	49
C.	<i>The 1946 Surrenders</i>	68	C.	<i>Les actes de cession de 1946</i>	68
D.	<i>The Statutory Framework</i>	80	D.	<i>Le cadre législatif</i>	80
	(1) <u>The Indian Oil and Gas Act</u>	82		(1) <u>La Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes</u>	82
	(2) <u>The Financial Administration Act</u>	89		(2) <u>La Loi sur la gestion des finances publiques</u>	89
	(3) <u>The Indian Act</u>	99		(3) <u>La Loi sur les Indiens</u>	99
	(a) <i>Section 64(1)(k)</i>	105		a) <i>L'alinéa 64(1)k</i>	105
	(b) <i>Other Moneys Management Provisions</i>	110		b) <i>Autres dispositions relatives à l'administration de l'argent</i>	110
	(c) <i>The 1951 Amendments</i>	112		c) <i>Les modifications de 1951</i>	112
(4)	<u>Section 21(1) of the Financial Administration Act</u>	120	(4)	<u>Le paragraphe 21(1) de la Loi sur la gestion des finances publiques</u>	120
E.	<i>The Crown's Fiduciary Obligations to the Bands</i>	124	E.	<i>Obligations fiduciaires de la Couronne envers les bandes</i>	124
F.	<i>The Test for Determining the Obligations of the Crown in Providing a Return to the Bands</i>	132	F.	<i>Détermination de l'obligation de la Couronne de faire fructifier l'argent des bandes</i>	132
	(1) <u>Flat Rate</u>	133		(1) <u>Taux fixe</u>	133
	(2) <u>Short-Term Treasury Bill Return</u>	134		(2) <u>Rendement des bons du Trésor à court terme</u>	134
	(3) <u>Diversified Portfolio Return</u>	135		(3) <u>Rendement d'un portefeuille diversifié</u>	135
	(4) <u>Adjusted Long-Term Rate</u>	137		(4) <u>Taux variable fondé sur le rendement des obligations à long terme du gouvernement</u>	137
	(5) <u>Laddered Bond Portfolio</u>	141		(5) <u>Portefeuille échelonné d'obligations</u>	141
	(6) <u>Conclusion Respecting the Methodology Selected by the Crown</u>	147		(6) <u>Conclusion concernant la formule retenue par la Couronne</u>	147

G.	<i>Transfer of Funds to the Bands</i>	150	G.	<i>Transfert de sommes d'argent aux bandes</i>	150
	(1) <u>Samson</u>	153		(1) <u>La nation de Samson</u>	153
	(2) <u>Ermineskin</u>	171		(2) <u>La nation d'Ermineskin</u>	171
H.	<i>Unjust Enrichment</i>	182	H.	<i>Enrichissement sans cause</i>	182
I.	<i>Section 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>	185	I.	<i>Paragraphe 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés</i>	185
VI.	<u>Conclusion</u>	203	VI.	<u>Conclusion</u>	203

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

ROTHSTEIN J. —

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

I. Introduction

[1] These two appeals were heard together and mark the culmination of a very long process, including a lengthy joint trial lasting for a number of years. This judgment concerns only a portion of the issues that were dealt with at trial.

[1] Les deux présents pourvois ont été entendus simultanément et marquent le point culminant d'un très long processus, dont un procès conjoint qui a duré plusieurs années. Le présent jugement ne porte que sur certaines des questions examinées en première instance.

[2] The appellants submit that the Crown's fiduciary obligations required it to invest oil and gas royalties received on behalf of the appellants as a prudent investor would, that is, to invest the royalties in a diversified portfolio. Instead, the Crown retained the royalties in the Consolidated Revenue Fund ("CRF") and credited interest to the appellants in accordance with a formula based on the market yield of long-term government bonds. The appellants say that the refusal or neglect of the Crown to invest their royalties has deprived them of hundreds of millions of dollars since 1972.

[2] Les appelants prétendent que les obligations fiduciaires (« *fiduciary* ») de la Couronne exigeaient qu'elle investisse de façon prudente, à savoir dans un portefeuille diversifié, les redevances pétrolières et gazières touchées en leur nom. La Couronne les a plutôt versées au Trésor, portant au crédit des appelants un intérêt calculé selon le rendement sur le marché des obligations à long terme du gouvernement. Les appelants soutiennent que depuis 1972, le refus ou l'omission de la Couronne d'investir leurs redevances les prive de centaines de millions de dollars.

[3] The Federal Court dismissed the appellants' claims and a majority of the Federal Court of Appeal dismissed their appeals. For the reasons that follow I am also of the opinion that both appeals should be dismissed.

[3] La Cour fédérale a débouté les appelants, et les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont rejeté leurs appels. Pour les motifs exposés ci-après, je suis également d'avis de rejeter les deux pourvois.

II. Facts

II. Les faits

[4] The appellants in the *Ermineskin* appeal ("Ermineskin") are Chief John Ermineskin and the

[4] Dans le pourvoi *Ermineskin*, les appelants sont le chef John Ermineskin et les conseillers de la

Councillors of the Ermineskin Indian Band and Nation (“Ermineskin Nation”), acting on their own behalf and on behalf of the other members of the Ermineskin Nation. The appellants in the *Samson* appeal (“Samson”) are the Samson Indian Band and Nation (“Samson Nation”) and Chief Victor Buffalo, acting on his own behalf and on behalf of the other members of the Samson Nation.

[5] The Ermineskin Nation and the Samson Nation are “bands” within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 2. They are referred to as such in these reasons. Additionally, they are “bands” entitled to the benefit of Treaty No. 6, which was entered into in 1876. I have used the term “the bands” in these reasons to refer to all appellants collectively.

[6] The respondents in both appeals are Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Minister of Indian Affairs and Northern Development and the Minister of Finance. I have used the term “the Crown” to refer to the respondents collectively. Indian and Northern Affairs Canada is the “applied title” of the Department of Indian Affairs and Northern Development (“DIAND”). I have used the legal title DIAND throughout these reasons.

[7] Due to the large number of claims, both the Ermineskin and Samson actions have been divided into phases. The trial leading to the present appeals dealt with the first two phases: the “General and Historical Phase”, concerning the historical and background evidence relating to the specific claims in the other phases, and the “Money Management Phase”, concerning allegations that the Crown has breached its obligations with respect to money held in trust for the bands. The issues on appeal here relate to the “Money Management Phase”.

[8] The money held in trust for the bands is composed mainly of royalties derived from the oil and gas reserves found beneath the surface of the Samson Reserve and Pigeon Lake Reserve in Alberta. The Samson Reserve was established in 1889 pursuant

bande et nation indiennes d’Ermineskin (« nation d’Ermineskin »), en leur nom et en celui des autres membres de la nation d’Ermineskin. Dans le pourvoi *Samson*, les appelants sont la bande et nation indiennes de Samson (« nation de Samson ») et le chef Victor Buffalo, en son nom et en celui des autres membres de la nation de Samson.

[5] Chacune des nations d’Ermineskin et de Samson est une « bande » au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 2, et ce terme est employé dans les présents motifs pour les désigner. Chacune constitue également une « bande » bénéficiant du Traité n^o 6 conclu en 1876. L’expression les « bandes » désigne collectivement tous les appelants.

[6] Dans les deux pourvois, les intimés sont Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le ministre des Finances (collectivement, la « Couronne »). Affaires indiennes et du Nord Canada est le « titre d’usage » du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (« MAINC »). J’emploie l’acronyme du nom légal — MAINC — dans les présents motifs.

[7] Vu le grand nombre de prétentions, les actions des nations d’Ermineskin et de Samson ont été divisées en plusieurs parties. L’instruction ayant mené aux présents pourvois a porté sur les deux premières, celle des « données générales et historiques », à savoir les éléments de preuve historique et contextuelle relatifs aux prétentions précises formulées dans les autres parties, et celle de l’« administration de l’argent » relative aux allégations de manquement de la Couronne à ses obligations à l’égard de sommes d’argent détenues en fiducie pour les bandes. Les questions qui font l’objet du présent pourvoi ont trait à la « phase de l’administration de l’argent ».

[8] Les sommes détenues en fiducie pour les bandes se composent principalement des redevances tirées de l’exploitation des ressources pétrolières et gazières découvertes dans le sous-sol des réserves de Samson et de Pigeon Lake, en Alberta.

to Treaty No. 6 for the Samson Nation. The Pigeon Lake Reserve was established in 1896 pursuant to Treaty No. 6 for four bands (often referred to as the “Four Bands”), including the Samson Nation and the Ermineskin Nation. The reserve belonging to the Ermineskin Nation exclusively has not produced any royalties.

[9] Under the terms of Treaty No. 6 and the *Indian Act*, it was necessary that the bands’ interests in the oil and gas under the reserves be surrendered to the Crown so that the Crown could enter into arrangements with third parties in order to exploit the resources. The Four Bands in respect of the Pigeon Lake Reserve and Samson in respect of the Samson Reserve executed instruments of surrender in 1946 (“Surrenders”). The Surrenders were accepted by the Crown. The terms of the two surrenders were identical.

[10] The statutory scheme governing the handling of Indian moneys, including the oil and gas royalties at issue in this case, involves the *Indian Act*, the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11 (“FAA”), and the *Indian Oil and Gas Act*, R.S.C. 1985, c. I-7 (“IOGA”). The relevant legislative and regulatory provisions referred to in these reasons are contained in the Appendix.

[11] Under the *Indian Act*, Indian moneys are characterized as “capital moneys” or “revenue moneys”, and accounts for each of the two are kept separately by the Crown. There are separate revenue and capital accounts for each of the Four Bands, including the Samson Nation and Ermineskin Nation.

[12] The royalties are characterized as “capital moneys” and have been deposited in the CRF to the credit of the Receiver General of Canada pursuant to the FAA. Interest has been paid on that money by the Crown pursuant to an Order in Council made under s. 61(2) of the *Indian Act*.

[13] In 1859, the interest rate on Indian moneys was fixed by the Province of Canada at 6 percent. In 1861, an Order in Council lowered the rate on

La réserve de Samson a été établie en 1889 conformément au Traité n° 6 pour la nation de Samson, et celle de Pigeon Lake en 1896 conformément au Traité n° 6 pour quatre bandes (souvent appelées « les quatre bandes »), dont les nations de Samson et d’Ermineskin. La réserve appartenant en propre à la nation d’Ermineskin n’a pas produit de redevances.

[9] Le Traité n° 6 et la *Loi sur les Indiens* exigeaient la cession par les bandes de leurs droits sur les ressources pétrolières et gazières se trouvant dans le sous-sol de leurs réserves afin que la Couronne puisse conclure avec des tiers les accords voulus pour l’exploitation des ressources. Des actes de cession aux dispositions identiques ont été signés en 1946 (« actes de cession ») par les quatre bandes pour la réserve de Pigeon Lake et par la nation de Samson pour la réserve de Samson, et la Couronne a accepté les cessions.

[10] Le régime législatif applicable à la gestion de l’argent des Indiens, auquel sont assimilées les redevances pétrolières et gazières visées en l’espèce, comprend la *Loi sur les Indiens*, la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11 (« LGFP »), et la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, L.R.C. 1985, ch. I-7 (« LPGTI »). Les dispositions législatives et réglementaires pertinentes sont reproduites en annexe.

[11] Dans la *Loi sur les Indiens*, l’argent des Indiens appartient soit au « compte en capital », soit au « compte de revenu », lesquels sont tenus séparément par la Couronne. Il existe pour chacune des quatre bandes, dont la nation de Samson et celle d’Ermineskin, un compte en capital et un compte de revenu distincts.

[12] Les redevances — qui appartiennent au « compte en capital » — ont été versées au Trésor au crédit du receveur général du Canada conformément à la LGFP. La Couronne a payé à leur égard un intérêt dont le taux a été fixé par un décret pris en application du par. 61(2) de la *Loi sur les Indiens*.

[13] En 1859, le taux d’intérêt sur l’argent des Indiens a été fixé par la province du Canada à 6 p. 100. En 1861, un décret a abaissé ce taux à

newly received money to 5 percent but continued the rate of 6 percent on money already held by the Crown in Right of the Province and, after Confederation in 1867, the Crown in Right of the Dominion of Canada. Between 1861 and 1969, the rate of interest changed from time to time, ranging from 3 percent to 5 percent, although it does appear that the rate of 6 percent remained for those funds in trust prior to 1861.

[14] In 1969, it was proposed by the Minister of Indian Affairs and Northern Development to tie the rate of interest to the market yield of government bonds having terms to maturity of 10 years or over (the “Indian moneys formula”), as well as to discontinue the guarantee of 6 percent on pre-1861 money. The Crown adopted those proposals. As a result, the interest rate has varied with the changes in the market yield on long-term government bonds.

[15] Discussions took place in the late 1970s and early 1980s between the Crown and leaders of various bands, including those of Samson and Ermineskin. This was in part because of an inversion, a situation that resulted in the market yield on short-term debt being greater than that on long-term debt. This situation did not last, but a new Order in Council was enacted in 1981.

[16] The new Order in Council provided that interest would be calculated on the quarterly average of the market yields of the Government of Canada bond issues as published each Wednesday by the Bank of Canada, which have terms to maturity of 10 years or over. The discussions between the Crown and the bands also led to a Crown policy of crediting interest semi-annually, rather than annually. From April 1980 to the present, interest has been credited semi-annually at the rate determined in accordance with the 1981 Order in Council.

[17] The Samson statement of claim was filed in 1989 and the Ermineskin statement of claim in 1992.

[18] Pursuant to an order of the trial judge dated December 22, 2005, on February 1, 2006, capital

5 p. 100 pour les nouvelles sommes touchées, mais maintenu le taux de 6 p. 100 pour l'argent que détenait déjà la Couronne du chef de la Province puis, après la Confédération de 1867, la Couronne du chef du Dominion du Canada. Entre 1861 et 1969, le taux a été modifié à l'occasion, se situant entre 3 et 5 p. 100, bien qu'il semble que le taux de 6 p. 100 soit demeuré applicable aux sommes détenues en fiducie avant 1861.

[14] En 1969, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a proposé — et la Couronne a accepté — de lier le taux d'intérêt au rendement sur le marché des obligations du gouvernement d'une durée de 10 ans ou plus (la « formule applicable à l'argent des Indiens ») et de ne plus maintenir à 6 p. 100 le taux d'intérêt consenti sur les sommes détenues avant 1861. Dès lors, le taux a donc varié au gré des fluctuations du rendement sur le marché des obligations à long terme du gouvernement.

[15] À la fin des années 1970 et au début des années 1980, la Couronne et les dirigeants de différentes bandes, dont celles de Samson et d'Ermineskin, ont eu des discussions par suite, notamment, d'une inversion où, pendant une brève période, le rendement sur le marché des investissements à court terme a dépassé celui des investissements à long terme. La situation s'est rétablie, mais un nouveau décret a été adopté en 1981.

[16] Le nouveau décret prévoyait que l'intérêt serait calculé selon la moyenne trimestrielle des rendements sur le marché des obligations du gouvernement du Canada d'une durée de 10 ans ou plus publiés chaque mercredi par la Banque du Canada. Les discussions entre la Couronne et les bandes ont également mené à l'adoption d'un mode de calcul consistant à créditer les intérêts semestriellement plutôt qu'annuellement. Depuis avril 1980, les intérêts sont crédités tous les six mois au taux fixé conformément au décret de 1981.

[17] La déclaration de la nation de Samson a été déposée en 1989, celle de la nation d'Ermineskin, en 1992.

[18] Le 1^{er} février 2006, en application d'une ordonnance rendue par le juge de première instance

moneys belonging to Samson were transferred from the Samson capital account in the CRF to the Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund.

[19] The amounts of money involved in this case are very large. The bands presented evidence at trial estimating the additional amounts which they argued might have been earned had their royalties been invested rather than earning interest under the Indian moneys formula. Using approximate numbers, these estimates ranged from \$239 million to \$1.53 billion for Samson, and from \$156 million to \$217 million for Ermineskin.

III. Issues

[20] The primary issue in these appeals is whether the Crown was obligated as a fiduciary to invest the oil and gas royalties that it was holding on behalf of the bands. If it is determined that there was no such obligation, the issue is then whether the Crown breached its fiduciary obligations in the way in which it calculated and paid interest on the royalties.

[21] The bands also argued that the Crown breached its obligations to the bands because it was in a conflict of interest as a fiduciary by “borrowing” the royalties without permission, and that the Crown was unjustly enriched by this “borrowing”.

[22] The appellants have also argued that if ss. 61 to 68 of the *Indian Act* do preclude the Crown from investing the royalties, those provisions infringe their right to equality under s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

IV. Judgments Below

A. *Federal Court*

[23] Teitelbaum J., the trial judge, dismissed Ermineskin’s and Samson’s actions against the

le 22 décembre 2005, les sommes d’argent au compte en capital de la nation de Samson ont été transférées du Trésor à la fiducie patrimoniale Kisoniyaminaw.

[19] Dans la présente affaire, les sommes en cause sont très importantes. Au procès, les bandes ont présenté des éléments de preuve sur les sommes supplémentaires estimatives qu’elles auraient pu toucher, suivant leur thèse, si leurs redevances avaient été investies sur le marché au lieu de rapporter de l’intérêt selon la formule applicable à l’argent des Indiens. Ce manque à gagner se situerait approximativement entre 239 millions et 1,53 milliard de dollars pour la nation de Samson, et entre 156 et 217 millions de dollars pour la nation d’Ermineskin.

III. Les questions en litige

[20] La principale question en litige dans les présents pourvois est celle de savoir s’il incombait à la Couronne, en tant que fiduciaire, d’investir les redevances pétrolières et gazières qu’elle détenait pour le compte des bandes. À défaut d’une telle obligation, il faut alors déterminer si, par la manière dont elle a fixé et payé l’intérêt sur les redevances, la Couronne a manqué à ses obligations fiduciaires en payant l’intérêt sur les redevances et en fixant le taux de cet intérêt.

[21] Les bandes font également valoir que la Couronne a manqué à ses obligations à leur égard parce que, en qualité de fiduciaire, elle s’est trouvée en conflit d’intérêts en « empruntant » les redevances sans permission, et qu’il y a eu enrichissement sans cause du fait de cet « emprunt ».

[22] Les appelants soutiennent par ailleurs que si les art. 61 à 68 de la *Loi sur les Indiens* empêchent la Couronne d’investir les redevances, ces dispositions portent atteinte à leur droit à l’égalité garanti à l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

IV. Les décisions antérieures

A. *Cour fédérale*

[23] En première instance, le juge Teitelbaum a rejeté les actions des nations de Samson et

Crown: 2005 FC 1622, 269 F.T.R. 1, and 2005 FC 1623, 269 F.T.R. 188.

[24] Teitelbaum J. noted that the Crown conceded that it was a trustee of the royalties, but he stated that he would have found the Crown to be a trustee even if the Crown had not conceded that it was.

[25] He did not agree with the bands that the trust arose from the historical relationship between the Crown and Aboriginal peoples or from Treaty No. 6. The words of the Surrenders were sufficient to create a trust; they contained the required certainties of intent, subject matter and object, and explicitly contemplated a trust.

[26] Teitelbaum J. held that the legislation informed the Crown's duties as trustee and did not permit the Crown to invest the royalties. While the Crown, as a trustee, has the duty to invest according to the standard of "reasonable care and skill of an ordinary prudent person" (*Samson* reasons, at para. 670, *Ermineskin* reasons, at para. 278), the Crown discharged its duty as trustee to invest by paying a rate of interest under s. 61(2) of the *Indian Act*.

[27] On the issue of whether the provisions of the *Indian Act* infringed or were inconsistent with the bands' rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, Teitelbaum J. held that *Samson* had not established Aboriginal or treaty rights regarding either self-government or the Indian moneys. *Ermineskin* made no claim for self-government, but did assert that if the legislation deprived *Ermineskin* of its rights as a beneficiary, then the legislation would be constitutionally invalid. However, since he held that the trust arose from the Surrenders, the rights of the bands were not treaty rights.

[28] Further, he held that the bands were not individuals for the purposes of the *Charter* and that

d'Ermineskin contre la Couronne : 2005 CF 1622, [2005] A.C.F. n° 1991 (QL), et 2005 CF 1623, [2005] A.C.F. n° 1992 (QL).

[24] Le juge Teitelbaum relève que la Couronne a reconnu son rôle de fiduciaire à l'égard des redevances, mais il ajoute qu'il aurait conclu à son existence même sans cet aveu.

[25] Il ne convient pas avec les bandes que la fiducie découle soit des relations historiques entre la Couronne et les peuples autochtones, soit du Traité n° 6. Le texte des actes de cession suffit à établir une fiducie; il offre la certitude voulue quant à l'intention, à la matière et à l'objet, et il renvoie explicitement à une fiducie.

[26] Le juge Teitelbaum statue que la loi éclaire les obligations fiduciaires de la Couronne et qu'elle n'autorise pas cette dernière à investir les redevances. Même si, en qualité de fiduciaire, il incombe à la Couronne d'investir l'argent selon la norme du « soin et [de] l'habileté raisonnables d'un bon père de famille » (motifs *Samson*, par. 670, motifs *Ermineskin*, par. 278), la Couronne s'est acquittée de cette obligation en payant de l'intérêt conformément au par. 61(2) de la *Loi sur les Indiens*.

[27] En ce qui concerne la question de savoir si les dispositions de la *Loi sur les Indiens* portent atteinte aux droits des bandes garantis au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou si elles sont incompatibles avec eux, le juge Teitelbaum conclut que la nation de *Samson* n'a pas établi l'existence de droits ancestraux ou issus de traités relativement à l'autonomie gouvernementale ou à l'argent des Indiens. La nation d'*Ermineskin* n'a pas revendiqué l'autonomie gouvernementale, mais elle a fait valoir que la loi était inconstitutionnelle si elle avait pour effet de la priver de ses droits à titre de bénéficiaire. Cependant, le juge de première instance statue que la fiducie a pour origine les actes de cession, de sorte que les droits des bandes ne sont pas issus de traités.

[28] Le juge Teitelbaum statue en outre que les bandes ne sont pas visées par le mot « tous »

they therefore had no standing to bring a s. 15(1) claim.

[29] Finally, he found that the Crown was not enriched by the “borrowing” of the bands’ money. He also determined that the statutory scheme provided a juristic reason even if there had been enrichment.

B. *Federal Court of Appeal*

(1) Richard C.J. and Sharlow J.A.

[30] Richard C.J. and Sharlow J.A. dismissed the appeals of Samson and Ermineskin: 2006 FCA 415, [2007] 3 F.C.R. 245. They held that the Crown’s obligations as trustee of the royalties differ substantially from the obligations of a common law trustee because of the combined effect of the *Indian Act* and the FAA. If Parliament had intended the Crown to have a duty to invest, it would have enacted appropriate legislation to provide it with that authority. The majority held that as both Samson and Ermineskin conceded that neither of their band councils had provided consent to use capital money for investment, the Crown could not have used the money to make investments for the bands’ benefit in any event.

[31] The majority said that the Crown is a trustee of the royalties because “[s]ection 4 of the *Indian Oil and Gas Act* says so” and that “[i]f there had been any doubt about the existence of a trust, that doubt could not have survived the enactment of the *Indian Oil and Gas Act*” (para. 109). Additionally, the majority said that had the IOGA not been enacted, the Crown would have been a trustee by virtue of Treaty No. 6 and the *Indian Act*.

[32] The majority found that if the bands requested capital money from the CRF for investment by the bands themselves, it would be reasonable for the Crown to require an investment plan to satisfy itself that the expenditure was for the benefit of the bands as required by s. 64(1)(k) of the *Indian Act*.

employé au par. 15(1) de la *Charte* et qu’elles n’ont donc pas qualité pour faire valoir un droit garanti par cette disposition.

[29] Enfin, il conclut que la Couronne ne s’est pas enrichie par l’« emprunt » de l’argent des bandes et que s’il y avait eu enrichissement de sa part, il aurait été justifié par le régime législatif.

B. *Cour d’appel fédérale*

(1) Le juge en chef Richard et la juge Sharlow

[30] Le juge en chef Richard et la juge Sharlow rejettent les appels des nations de Samson et d’Ermineskin : 2006 CAF 415, [2007] 3 R.C.F. 245. Ils estiment qu’en raison de l’application simultanée de la *Loi sur les Indiens* et de la LGFP, les obligations fiduciaires de la Couronne vis-à-vis des redevances diffèrent fondamentalement de celles d’un fiduciaire de common law. Si le législateur avait voulu que la Couronne soit tenue d’investir, il aurait adopté le texte législatif voulu pour lui conférer ce pouvoir. Les nations de Samson et d’Ermineskin ayant reconnu l’absence de consentement de leurs conseils de bande respectifs à l’investissement de l’argent du compte en capital, les juges majoritaires estiment que la Couronne n’aurait pu, de toute façon, investir l’argent au profit des bandes.

[31] Ils affirment que la Couronne est fiduciaire des redevances parce que c’est « ce qui est énoncé à l’article 4 de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* » et que « s’il y avait eu le moindre doute au sujet de l’existence d’une fiducie, ce doute n’aurait pu subsister après l’édiction de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* » (par. 109). Ils ajoutent que même si cette loi n’avait pas été adoptée, la Couronne aurait été fiduciaire par l’effet du Traité n° 6 et de la *Loi sur les Indiens*.

[32] Ils estiment que si les bandes lui demandaient de leur verser l’argent du compte en capital pour qu’elles l’investissent elles-mêmes, la Couronne pouvait raisonnablement exiger un plan d’investissement la convainquant que la dépense serait à l’avantage des bandes comme le veut l’al. 64(1)(k)

There was no obligation on the part of the Crown to propose an investment plan to the bands. It was the intention of Parliament to give bands that initiative with respect to use of their capital money, and the bands would generally be in a better position than the Crown to determine what expenditures are required.

[33] The majority found that the decision of the Governor in Council regarding the interest rate and the methodology of the Indian moneys formula should be assessed against a standard of reasonableness. Those choices are essentially discretionary, but that discretion is exercised in circumstances in which the Crown has fiduciary obligations and in which the honour of the Crown is engaged. If the discretionary decision is based on rational factors and not on irrelevant considerations, and is within the “margin of manoeuvre contemplated by the legislation that grants the discretionary authority”, it will be permitted to stand (para. 167). Although the trial judge produced only short reasons on this point, there was a “sufficient evidentiary foundation to support the Judge’s conclusion that the rates of interest paid were reasonable” (para. 168). Additionally, the Crown appropriately consulted with the bands regarding the fixing of the rate whenever the bands requested consultation.

[34] The majority dismissed the bands’ arguments based on s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. They held that the repeal of the statutory investment power in 1951 did not infringe or deprive the bands of any rights under Treaty No. 6. They found that the Crown never promised that the investment power in the *Indian Act* would remain unchanged.

[35] The majority dismissed the bands’ arguments regarding s. 15(1) of the *Charter*. They held that even if the individual band members had standing, they would have no interest to enforce because their claims related to the management of band property and not a personal right. Although the claims were representative actions, that fact did not convert the communal claims into personal claims.

de la *Loi sur les Indiens*. La Couronne n’était pas tenue de proposer un plan d’investissement aux bandes. L’intention du législateur était de laisser aux bandes le soin de décider de l’utilisation de l’argent du compte en capital, et ces dernières sont généralement plus en mesure que la Couronne de déterminer les dépenses nécessaires.

[33] De l’avis des juges majoritaires, la décision du gouverneur en conseil relative au taux d’intérêt et à la formule applicable à l’argent des Indiens doit être considérée au regard de la norme de la décision raisonnable. De nature essentiellement discrétionnaire, elle résulte cependant de l’exercice du pouvoir discrétionnaire dans un contexte où la Couronne s’acquitte d’une obligation fiduciaire et engage son honneur. Elle est confirmée lorsqu’elle se fonde sur des éléments rationnels et non hors de propos et qu’elle se situe à l’intérieur de la « marge de manœuvre prévue par le texte législatif qui accorde le pouvoir discrétionnaire » (par. 167). Les motifs du juge de première instance sont brefs sur ce point, mais « suffisamment d’éléments de preuve étaya[ie]nt [s]a conclusion [. . .] selon laquelle les taux d’intérêt étaient raisonnables » (par. 168). De plus, chaque fois que les bandes l’ont demandé, la Couronne les a consultées convenablement pour la fixation du taux.

[34] Les juges majoritaires rejettent la thèse des bandes fondées sur le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon eux, l’abrogation en 1951 des dispositions leur conférant le pouvoir d’investir les redevances ne les a pas privées de leurs droits issus du Traité n° 6 et n’a pas porté atteinte à ceux-ci. Ils concluent que la Couronne n’a jamais promis de conserver intact le pouvoir d’investissement prévu dans la *Loi sur les Indiens*.

[35] Ils écartent les prétentions des bandes fondées sur le par. 15(1) de la *Charte*. Ils concluent que même si chacun des membres de la bande avait qualité pour agir, ils n’auraient aucun droit à faire valoir, car sa demande toucherait la gestion d’un bien de la bande, et non un droit personnel. Même si les allégations sont formulées dans le cadre de recours collectifs, il ne s’agit pas pour autant de demandes individuelles.

[36] The claims relating to unjust enrichment and conflict of interest were dismissed. The Crown was not enriched based on the facts as determined by the trial judge. Any conflict of interest was an unavoidable consequence of the statutory scheme and was lawful.

[37] The majority dismissed the bands' appeals.

(2) Sexton J.A.

[38] Sexton J.A. dissented and would have allowed the appeals. In his view, the source of the trust was the Surrenders. The Crown was primarily required to act as a trustee at common law and had the power to invest the royalties of the bands. In his opinion, the provisions of the *Indian Act* did not prohibit investment by the Crown and did not require that Indian moneys remain in the CRF indefinitely.

[39] The standard of care and diligence required of the Crown was that of a man of ordinary prudence in managing his own affairs. This required the Crown, among other things, to assess the circumstances of the fund and the beneficiaries to ascertain appropriate investments, build a diversified portfolio where appropriate, monitor the investments, seek expert advice and maintain an even hand between successive beneficiaries. The Crown was required to obtain the best possible return in a manner consistent with sound investment practices. The Crown breached its duties by failing to seek expert advice about prudent investment strategies, by failing to propose an investment plan to the bands, by failing to engage in any active management of the funds, and by failing to ascertain the circumstances of the fund.

[40] Sexton J.A. noted that there was a great deal of expert evidence on the issue of whether the rate of return paid by the Crown was reasonable. He held that it was "far from clear that the rate of return on the [bands' money] was reasonable" (para. 296).

[41] Because of his conclusion that the Crown breached its duty to invest, it was not necessary for

[36] Les allégations d'enrichissement sans cause et de conflit d'intérêts sont rejetées. Suivant les faits établis par le juge de première instance, la Couronne ne s'est pas enrichie. Tout conflit d'intérêts découle inévitablement du régime législatif et est licite.

[37] Les juges majoritaires rejettent les appels des bandes.

(2) Le juge Sexton

[38] Dissident, le juge Sexton aurait accueilli les appels. Selon lui, les actes de cession sont à l'origine de la fiducie. La Couronne devait avant tout agir comme fiduciaire de common law et elle avait le pouvoir d'investir les redevances des bandes. La *Loi sur les Indiens* ne l'empêchait pas d'investir les sommes en cause. Elle n'exigeait pas non plus que l'argent des Indiens demeure indéfiniment dans le Trésor.

[39] La Couronne avait l'obligation d'agir avec le soin et la diligence qu'une personne normalement prudente apporte à l'administration de ses propres affaires, de sorte qu'elle devait notamment évaluer la situation du fonds et des bénéficiaires afin d'arrêter les bons placements, constituer au besoin un portefeuille diversifié, assurer le suivi des investissements, consulter des spécialistes et faire preuve d'équité envers les bénéficiaires successifs. La Couronne devait obtenir le meilleur rendement possible grâce à de bons placements. Elle a manqué à ses obligations en omettant de consulter un expert sur les stratégies prudentes en la matière, de proposer un plan d'investissement aux bandes, de s'engager activement dans la gestion de l'argent et d'évaluer la situation du fonds.

[40] Le juge Sexton souligne l'abondance de la preuve d'expert sur le caractère raisonnable ou non du rendement versé par la Couronne. Il estime qu'il est « loin d'être certain que le [. . .] rendement de l'argent des [bandes] était raisonnable » (par. 296).

[41] Vu sa conclusion selon laquelle la Couronne a manqué à son obligation d'investir, il ne lui paraît

him to deal with the issue of s. 15(1) of the *Charter*. However, he did comment that in his view, the interpretation of the legislation adopted by the trial judge would result in a violation of s. 15(1) because the legislation subjects Indians to inferior and discriminatory treatment based on their Indian status and membership in a band, as compared to non-Indians. Because the action was a representative action brought on behalf of all individual members of the bands, there was standing to maintain the claim.

[42] Finally, Sexton J.A. held that it was not necessary to resolve the question of conflict of interest or unjust enrichment. However, he did say that the Crown did not receive any benefit or enrichment and that he would not set aside the trial judge's findings on that point. On the conflict of interest issue, the Crown should have sought to avoid being in a conflict by putting together prudent investment plans on a continual basis for approval by the bands.

[43] Sexton J.A. would have allowed the appeals and remitted the matter to the Federal Court for the assessment of damages.

V. Analysis

A. *The Source of the Crown's Fiduciary Obligations*

[44] There is no doubt that the Crown in this case has fiduciary obligations with respect to the bands' royalties. The Crown conceded as much. What must be determined is the basis and content of those obligations.

[45] There has been much discussion in this case of the "source" of the Crown's fiduciary obligations. The bands submit that the fiduciary relationship between the Crown and the bands arose initially out of Treaty No. 6, but that it also flows from the Surrenders, the IOGA, the common law and the *Indian Act*.

[46] If the fiduciary relationship arose out of Treaty No. 6, arguably the rights of the bands as beneficiaries of the relationship are treaty rights

pas nécessaire de se prononcer sur l'application du par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, il estime que l'interprétation du juge de première instance va à l'encontre du par. 15(1), car la loi réserve aux Indiens par rapport aux non-Indiens un traitement inférieur fondé sur leur statut d'Indiens et leur appartenance à une bande. L'action ayant été intentée au nom de chacun de leurs membres, les bandes avaient qualité pour invoquer le par. 15(1).

[42] Enfin, le juge Sexton opine qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les allégations de conflit d'intérêts et d'enrichissement sans cause. Il ajoute toutefois que la Couronne n'a bénéficié d'aucun avantage ou enrichissement et qu'il ne convient pas d'annuler les conclusions du juge de première instance sur ce point. En ce qui concerne le conflit d'intérêts, la Couronne aurait dû l'éviter en soumettant continuellement des plans d'investissement prudents à l'approbation des bandes.

[43] Le juge Sexton aurait accueilli les appels et renvoyé l'affaire à la Cour fédérale pour détermination du préjudice.

V. Analyse

A. *La source des obligations fiduciaires de la Couronne*

[44] En l'espèce, la Couronne a manifestement — elle l'a reconnu — des obligations fiduciaires en ce qui concerne les redevances des bandes. Ce qu'il faut déterminer c'est le fondement et la teneur de ces obligations.

[45] En l'espèce, la « source » des obligations fiduciaires de la Couronne a suscité moult débats. Les bandes soutiennent que le Traité n° 6 est la source première de la relation fiduciaire entre la Couronne et elles, mais que cette relation découle également des actes de cession, de la LPGTI, de la common law et de la *Loi sur les Indiens*.

[46] Si la relation fiduciaire découle du Traité n° 6, on peut soutenir que les droits des bandes, en tant que bénéficiaires de la relation, sont issus de

and thus constitutionally protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The bands submit that any legislation purporting to restrict the Crown's fiduciary obligations and the bands' corresponding rights as beneficiaries would be inconsistent with their rights under Treaty No. 6, and therefore unconstitutional and of no force and effect according to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[47] Specifically, the bands argue that the Crown is obligated to act in accordance with the same duties as a trustee at common law, which include the duty to invest. The bands are essentially saying that they have a constitutional treaty right to have the royalties invested by the Crown. If this is correct, any provisions of the *Indian Act* which preclude the Crown's ability to invest the royalties would be unconstitutional and of no force and effect.

[48] If, on the other hand, the Crown's fiduciary obligations arose from the Surrenders, the IOGA and/or the *Indian Act*, the bands will have rights as beneficiaries of the Crown's obligations, but they will not be constitutionally protected rights. As such, legislation that precludes investment of Indian royalties by the Crown will be valid legislation.

B. *Treaty No. 6*

[49] The bands say that Treaty No. 6 imposed on the Crown the duties of a common law trustee. In my view, Treaty No. 6 did not express such an intention. For example, the treaty states that the Plain and Wood Cree Tribes of Indians relinquished "all their rights, titles and privileges whatsoever, to the lands [within the specified territory]". The Treaty further states that reserves would be set aside and that the Crown would be entitled to sell or dispose of the reserve lands "for the use and benefit of the said Indians entitled thereto, with their consent". However, the Crown also retained the right to appropriate reserve land for any public purpose with payment of due compensation.

traités et sont de ce fait garantis au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les bandes font valoir que toute disposition législative dont l'objet serait de limiter les obligations fiduciaires de la Couronne et les droits correspondants des bandes en qualité de bénéficiaires serait incompatible avec leurs droits issus du Traité n° 6 et, en conséquence, inconstitutionnelle et inopérante suivant l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[47] Plus précisément, les bandes soutiennent que la Couronne doit s'acquitter des mêmes obligations que celles du fiduciaire de common law, ce qui comprend l'obligation d'investir les sommes en cause. Elles prétendent essentiellement jouir du droit constitutionnel issu d'un traité à l'investissement de leurs redevances par la Couronne. Si tel était le cas, toute disposition de la *Loi sur les Indiens* empêchant la Couronne d'investir les redevances serait inconstitutionnelle et inopérante.

[48] Si, par contre, les obligations fiduciaires de la Couronne découlaient des actes de cession, de la LPGTI ou de la *Loi sur les Indiens*, ou des trois, les bandes seraient titulaires de droits en tant que bénéficiaires des obligations de la Couronne, mais ces droits ne seraient pas garantis par la Constitution. Dans ce contexte, toute disposition législative faisant obstacle à l'investissement des redevances des Indiens serait valide.

B. *Le Traité n° 6*

[49] Selon les bandes, le traité impose à la Couronne les obligations d'un fiduciaire de common law. À mon avis, pareille intention n'y est pas exprimée. Il y est précisé par exemple que les tribus indiennes Cris des Plaines et Cris des Bois renoncent à « tous droits, titres et privilèges quelconques, qu'ils peuvent avoir aux terres [dans le territoire délimité] ». Le traité mentionne en outre que des terres sont mises à part et que la Couronne peut aliéner les réserves de terre « pour le bénéfice et avantage des dits Sauvages, qui y auront droit », avec le consentement de ceux-ci. La Couronne conserve toutefois aussi le droit de prendre, moyennant indemnité convenable, des réserves de terre à des fins publiques.

[50] This language does not support an intention to impose on the Crown the duties of a common law trustee. All rights were relinquished to the Crown, and the Crown then agreed to set aside certain lands for use by the Indian signatories. The language and circumstances point to a conditional transfer of the land, rather than the establishment of a common law trust.

[51] In any event, in my opinion, Treaty No. 6 does not assist the bands. Invoking it as the foundation for the Crown's fiduciary duties does not lead to the result that they seek — an obligation on the part of the Crown to invest royalties.

[52] The bands submit that the following words of Treaty No. 6 give rise to the Crown's obligations with respect to their royalties:

[T]he aforesaid reserves of land or any interest therein may be sold or otherwise disposed of by Her Majesty's Government for the use and benefit of the said Indians entitled thereto, with their consent first had and obtained ; . . .

[53] The bands also submit that the "oral terms" of Treaty No. 6 included a promise by Alexander Morris, Lieutenant-Governor of Manitoba and the North-West Territories, that if any part of the reserves was sold, the proceeds of sale would be "put away to increase". According to the narrative of the negotiations leading to Treaty No. 6 prepared by A. G. Jackes, Secretary to the Commission, Lieutenant-Governor Morris had stated:

They [other bands], when they found they had too much land, asked the Queen to sell it for them; they kept as much as they could want, and the price for which the remainder was sold was put away to increase for them, and many bands now have a yearly income from the land. [Emphasis added.]

[54] It has been held that it is unconscionable for the Crown to ignore oral terms and rely simply on the written words of a treaty. Extrinsic evidence

[50] Ces éléments n'étaient pas l'existence de l'intention d'imposer à la Couronne les obligations d'un fiduciaire de common law. Tous les droits ont été cédés à la Couronne, qui a alors convenu de réserver certaines terres à l'usage des Indiens signataires. Le libellé du traité et le contexte donnent à penser qu'il y a eu transfert conditionnel des terres, et non établissement d'une fiducie de common law.

[51] Quoi qu'il en soit, le Traité n° 6 n'étaye pas selon moi la thèse des bandes, et l'invoquer comme fondement des obligations fiduciaires de la Couronne ne leur permet pas d'obtenir le résultat escompté, à savoir la reconnaissance de l'obligation de la Couronne d'investir les redevances.

[52] Selon les bandes, les obligations de la Couronne à l'égard de leurs redevances découlent du passage suivant du Traité n° 6 :

[L]es dites réserves de terre ou tout droit en icelles pourront être vendues et adjugées par le gouvernement de Sa Majesté pour le bénéfice et avantage des dits Sauvages, qui y auront droit, après qu'on aura au préalable obtenu leur consentement; . . .

[53] Les bandes font aussi valoir que les « conditions verbales » du Traité n° 6 englobent la promesse d'Alexander Morris, lieutenant-gouverneur du Manitoba et des Territoires du Nord-Ouest, qu'en cas de vente d'une partie des réserves, le produit de la vente serait [TRADUCTION] « mis de côté pour qu'il fructifie ». Selon le compte rendu des négociations préalables à la signature du Traité n° 6 rédigé par le secrétaire de la commission, A. G. Jackes, le lieutenant-gouverneur Morris aurait déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Lorsque [les autres bandes] ont constaté qu'[elles] avaient trop de terre, [elles] ont demandé à la Reine de la vendre pour [elles]; [elles] en ont conservé autant qu'[elles] le voulaient, et le prix auquel le reste fut vendu fut mis de côté pour qu'il fructifie, et de nombreuses bandes tirent aujourd'hui un revenu annuel de la terre. [Je souligne.]

[54] Il a été jugé inacceptable que la Couronne fasse fi des conditions verbales d'un traité et s'en remette uniquement au texte écrit. On peut recourir

can be used to give the proper effect to the terms of the treaty as they were understood by all signatories (see *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 12). While the statement made by Lieutenant-Governor Morris was with respect to the previous sale of reserve land of other Indians, the representatives of the bands hearing the promise would have considered the statement to be a representation that such an arrangement would apply to them as well.

[55] The task of a court when interpreting a treaty is to “choose from among the various possible interpretations of the common intention [at the time the treaty was made] the one which best reconciles’ the [Aboriginals’] interests and those of the British Crown” (*Marshall*, at para. 14 (emphasis deleted), quoting Lamer J. (as he then was) in *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1069).

[56] In this case, the promise of Lieutenant-Governor Morris constituted a representation by the Crown that the proceeds of the sale of any part of the reserve would be “put away to increase”. In my opinion, it is likely that the Indian signatories to Treaty No. 6 interpreted and understood Lieutenant-Governor Morris’ statement as amounting to a guarantee that the proceeds of the sale of any part of a reserve would be kept for them by the Crown and that it would be safe and secure and over time would increase. In effect, the Crown guaranteed that there would be a return of and a return on the bands’ capital funds with no associated risk of loss.

[57] However, the promise that the proceeds of sale would be “put away to increase” did not create a trust in the common law sense, whereby the Crown had the same duties as a common law trustee. There is no duty of a trustee at common law to guarantee against risk of loss to the trust corpus or that the corpus would increase. “Traditionally, the standard of care and diligence required of a trustee in administering a trust is that of a man of ordinary prudence in managing his own affairs”, *per* Dickson J. (as he then was) in *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302, at p. 315. However, in *Fales*, Dickson J. observed, at p.

à la preuve extrinsèque pour donner l’effet voulu aux conditions du traité définies suivant leur interprétation par tous les signataires (voir l’arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 12). Alors que les propos du lieutenant-gouverneur Morris se rapportaient à la vente antérieure de réserves de terre d’autres Indiens, les représentants des bandes auraient vu dans la promesse qui leur était faite l’affirmation que l’entente en question vaudrait aussi pour elles.

[55] Lorsqu’elle interprète un traité, la Cour doit « choisir, parmi les interprétations de l’intention commune [au moment de la conclusion du traité] qui s’offrent à [elle], celle qui concilie le mieux” les intérêts des [Autochtones] et ceux de la Couronne britannique » (*Marshall*, par. 14 (soulignement supprimé), citant le juge Lamer (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1069).

[56] En l’espèce, la promesse du lieutenant-gouverneur Morris constituait une affirmation de la Couronne que le produit de la vente de toute partie de la réserve serait « mis de côté pour qu’il fructifie ». À mon sens, les Indiens signataires du Traité n° 6 ont vraisemblablement vu dans cette affirmation la garantie que le produit de la vente de toute partie d’une réserve serait conservé pour eux par la Couronne, qu’il serait en sûreté et qu’il croîtrait avec le temps. La Couronne a en effet garanti la restitution aux bandes de l’argent du compte en capital ainsi que l’obtention d’un rendement sans risque de perte.

[57] Cependant, la promesse que le produit de la vente serait « mis de côté pour qu’il fructifie » n’a pas établi de fiducie de common law ni imposé à la Couronne les obligations d’un fiduciaire de common law. Il n’incombe pas à un tel fiduciaire de garantir la masse fiduciaire contre le risque de perte ni d’assurer sa croissance. Pour reprendre les propos du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302, p. 315, « [t]raditionnellement, le soin et la diligence que l’on exige d’un fiduciaire dans l’administration d’une fiducie sont ceux qu’un bon père de famille apporte à l’administration de ses propres

319, that “[a] trustee is not expected to be infallible nor is a trustee the guarantor of the safety of estate assets”. In D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters’ Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 962, the authors write:

Prudence does not entail that a loss in investments shall never occur, and it is quite possible, given the volatility of equity markets, that a trustee can satisfy the standard of care even though the investments have fallen in value.

[58] Investment always involves some measure of risk to capital. If the Crown were to have invested the royalties, then, depending on when the bands required liquidity, the royalties could have incurred a significant decrease in value.

[59] The interpretation of the treaty promise — that the money would be guaranteed and would increase — is consistent with the historical record, the actual practice of the government and with the Indians’ understanding at the time of the treaty.

[60] In 1859, the government of the Province of Canada was faced with the question of the “Management of the Indian Trust and Funds”. John A. Macdonald, later Prime Minister, signed a written submission to the Executive Council on August 25, 1859, recommending that Indian funds be carried “at the credit of the Trust to the Consolidated Fund, and to charge the annual interest upon that Fund” rather than continuing the former “System of investment which involves a possible loss to the Trust” (Executive Council Recommendation 1859-08-25, R.R., at pp. 657-58). It was recognized that the possibility of any failure in the payment of annual sums required for the Indians “would certainly be attributed to a breach of faith on the part of the Government and could more [*sic*] be explained to the satisfaction of the Tribes” and that “Parliament would probably find it necessary to make good the losses of the Trust” (R.R., at pp. 657-58).

[61] Thereafter, funds belonging to the Indians were never invested by the government. The

affaires ». Il ajoute cependant qu’« [u]n fiduciaire n’est pas tenu à l’infailibilité, pas plus qu’il n’est le garant de la sécurité de l’actif de la succession » (p. 319). Le passage suivant de *Waters’ Law of Trusts in Canada* (3^e éd. 2005), D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., le confirme (p. 962) :

[TRADUCTION] La prudence d’un investissement n’écarte pas tout risque de perte, et compte tenu de la volatilité des marchés boursiers, un fiduciaire peut fort bien satisfaire à la norme de diligence même lorsque la valeur des investissements fléchit.

[58] Les capitaux investis sont toujours exposés à un certain risque. Si la Couronne avait investi les redevances, leur valeur aurait pu connaître une baisse importante au moment où les bandes auraient eu besoin de liquidités.

[59] L’interprétation de la promesse faite par traité — soit la garantie et l’appréciation des sommes — est compatible avec le dossier historique, la pratique du gouvernement et la compréhension qu’en avaient les Indiens au moment de la signature du traité.

[60] En 1859, le gouvernement de la province du Canada était saisi de la question de la [TRADUCTION] « gestion de la fiducie et des fonds des Indiens ». Le 25 août 1859, John A. Macdonald, plus tard premier ministre, a adressé au Conseil exécutif un document recommandant de virer les fonds des Indiens [TRADUCTION] « au Fonds consolidé [. . .] au crédit de la fiducie, et d’imputer les intérêts annuels au débit du Fonds consolidé » plutôt que de conserver l’ancien « système d’investissements comportant un risque de perte pour la fiducie » (recommandation au Conseil exécutif, 25 août 1859, d.i., p. 657-658). Il a été reconnu que tout défaut de paiement des sommes annuelles requises par les Indiens [TRADUCTION] « serait certainement imputé à un abus de confiance de la part du gouvernement et [qu’il] ne pourrait pas être expliqué à la satisfaction des tribus » et que le « Parlement jugerait probablement nécessaire de compenser les pertes de la fiducie » (d.i., p. 657-658).

[61] Le gouvernement n’a plus jamais investi l’argent des Indiens. Dès lors, le gouvernement

consistent position of the government of the Province of Canada and later the Dominion of Canada was to hold funds belonging to the Indians in the CRF and to pay interest on those funds ranging from 3 to 6 percent per annum.

[62] Finally, holding funds to the credit of the Indians and crediting annual interest thereon was consistent with what the Indians themselves would have expected.

[63] The bands argue that the promise that the funds would be “put away to increase” represents “an attempt to convey the concept of investment in simple language to persons presumably unfamiliar with the concept” (Ermineskin factum, at para. 102). I do not think that that is a plausible interpretation of the promise that was made or the way in which the bands’ representatives at the time would have understood the promise. As Samson says in its factum, at para. 105: “The Plains Cree had limited familiarity with money and trusted the Queen to handle their affairs.” Macdonald observed that loss of the bands’ funds would be difficult to explain and would be viewed as a breach of faith. I believe that is the context in which the promise was made and understood.

[64] While ambiguous treaty promises must be interpreted in a manner most favourable to the Aboriginal signatories (see *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 9), that does not mean that an interpretation that is favourable but unrealistic is to be selected. The promise here was that the funds would be “put away to increase”, and the only way that the government could fulfill that promise and that the Indians would be satisfied that it would be fulfilled would be for the government to carry the funds to the credit of the Indians in the CRF.

[65] That treaty promise, therefore, created two alternatives, neither of which required the Crown to invest the royalties. The first was that the Crown would not invest the royalties. The second was that the Crown would invest the royalties, as permitted by the legislation in force at the time, but would have to assume the risk of decrease and would not

de la province du Canada, puis le Dominion du Canada, ont toujours versé cet argent au Trésor et payé de l’intérêt à un taux annuel variant entre 3 et 6 p. 100.

[62] Enfin, la détention des fonds pour leur compte et le paiement d’un intérêt annuel correspondaient aux attentes mêmes des Indiens.

[63] Selon les bandes, la promesse que l’argent serait « mis de côté pour qu’il fructifie » visait [TRADUCTION] « à simplifier la notion d’investissement à l’intention de personnes vraisemblablement non familiarisées avec elle (mémoire de la nation d’Ermineskin, par. 102). Je ne crois pas qu’il s’agisse d’une interprétation plausible de la promesse ou de la compréhension que les représentants des bandes en ont eue à l’époque. Dans son mémoire, la nation de Samson affirme que [TRADUCTION] « les Cris des Plaines étaient très peu familiarisés avec l’argent et s’en remettaient à la Reine pour s’occuper de leurs affaires » (par. 105). Macdonald a fait observer que la perte des fonds serait difficile à expliquer aux bandes et serait vue comme un abus de confiance. Je crois que la promesse a été faite et comprise dans ce contexte.

[64] La promesse ambiguë faite par traité doit certes être interprétée de la manière qui soit la plus favorable aux Autochtones signataires (voir *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 9), mais l’interprétation doit demeurer réaliste. Suivant la promesse faite en l’espèce, l’argent devait être « mis de côté pour qu’il fructifie ». Le gouvernement ne pouvait la remplir et les Indiens ne pouvaient être assurés de son respect que par le dépôt des fonds dans le Trésor au crédit des Indiens.

[65] Deux possibilités s’offraient à la Couronne, et aucune n’exigeait le placement des redevances. La première était de ne pas investir les redevances. La deuxième consistait à les investir conformément aux dispositions législatives alors en vigueur, s’exposant alors au risque d’une perte qu’elle serait tenue de compenser, comme l’avait prévu Macdonald, en

only be obligated to make good any lost royalties as forecasted by Macdonald, but would also be obligated to provide a return. However, as explained, nothing requires a common law fiduciary to assume such an obligation.

[66] Under the legislation in force until 1951 (*Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, s. 92), the Crown could have chosen to invest Indian moneys, but could not be forced to do so. Requiring the Crown to invest and to assume the associated risk would take the fiduciary concept too far. If the Crown was unwilling to assume that risk, it was open to it to hold the moneys in the CRF and provide the bands with a return that satisfied its treaty promise that the funds would increase.

[67] For these reasons, I conclude that if Treaty No. 6, including the promise of Lieutenant-Governor Morris, constituted the basis of the Crown's fiduciary obligation to the bands, the obligation was that the royalties would be kept safe and secure and would increase over time. That could be guaranteed by the Crown holding the royalties and paying a rate of interest to the bands so that the funds would indeed increase. Treaty No. 6 did not obligate investment by the Crown. Rather than the Crown having the obligation to invest the royalties, it had the obligation to guarantee that the funds would be preserved and would increase. Because there is no treaty right to investment by the Crown, s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is not engaged.

C. *The 1946 Surrenders*

[68] The bands argue that under the 1946 Surrenders, the Crown had the obligation of a common law trustee to invest their royalties. The relevant words of the Surrenders are:

TO HAVE AND TO HOLD the same unto his said Majesty the King, his Heirs and Successors, forever, in trust to grant in respect of such land the right to prospect for, mine, recover and take away any or all minerals contained therein, to such person or persons, and upon such terms and conditions as the Government of

plus d'être tenu d'assurer un rendement. Or, je le répète, rien n'oblige le fiduciaire de common law à se rendre débiteur d'une telle obligation.

[66] Suivant les dispositions en vigueur jusqu'en 1951 (*Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 92), la Couronne aurait pu investir l'argent des Indiens, mais elle ne pouvait être contrainte de le faire. La notion d'obligation fiduciaire serait poussée trop loin si la Couronne devait investir l'argent et courir le risque y associé. Pour ne pas s'exposer à ce risque, la Couronne pouvait détenir les sommes dans le Trésor et verser aux bandes un rendement de nature à remplir sa promesse d'appréciation faite par voie de traité.

[67] Pour ces motifs, je conclus que si le Traité n° 6, y compris la promesse du lieutenant-gouverneur Morris, constituait le fondement de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les bandes, cette obligation consistait à conserver les redevances en sûreté et à les faire s'accroître avec le temps. La Couronne pouvait s'en acquitter en détenant les redevances et en payant de l'intérêt de façon que la valeur des fonds augmente. Le Traité n° 6 ne l'obligeait nullement à les investir. Elle devait plutôt assurer la conservation des fonds et leur appréciation. Vu l'absence d'un droit issu de traité à l'investissement des sommes par la Couronne, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'applique pas.

C. *Les actes de cession de 1946*

[68] Les bandes soutiennent que les actes de cession de 1946 rendaient la Couronne débitrice de l'obligation du fiduciaire de common law d'investir leurs redevances. Voici le passage pertinent des actes de cession :

[TRADUCTION] POUR par Sa Majesté le Roi et ses successeurs avoir et posséder ladite étendue de pays, à toujours, en fiducie pour que soit concédé, à l'égard de telle étendue, le droit de prospecter, d'extraire, de recouvrer et d'enlever les minéraux qui s'y trouvent, aux personnes et selon les conditions que le gouvernement

the Dominion of Canada may deem most conducive to our welfare and that of our people; [Emphasis added.]

The Surrenders expressly state that the Crown is to hold the mineral interests in trust and the terms on which it may grant rights to others to exploit those interests must be those that are most conducive to the welfare of the bands.

[69] The Crown had discretion with respect to the terms on which it granted rights to exploit the minerals and with respect to the way in which it dealt with the royalties it received on the bands' behalf. It was obligated to exercise that discretion for the benefit of the bands who rendered themselves vulnerable by having ceded their power over the minerals to the Crown by reason of the Surrenders. The bands were entitled to expect that the Crown would exercise its discretionary power with loyalty and care.

[70] In *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, a surrender was found to have imposed a fiduciary duty on the Crown. The wording of the surrender in that case was virtually identical to the wording of the Surrenders in the present case. Specifically, it contained the phrase "as the Government of the Dominion of Canada may deem most conducive to our Welfare and that of our people". I believe that the Crown's fiduciary obligations to the bands with respect to the granting of rights to others to exploit the mineral resources of the bands and the way in which the royalties received were handled take hold by reason of the Surrenders in 1946.

[71] In *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, Dickson J. explained the nature of the fiduciary relationship in general terms, at p. 384:

[W]here by statute, agreement, or perhaps by unilateral undertaking, one party has an obligation to act for the benefit of another, and that obligation carries with it a discretionary power, the party thus empowered becomes a fiduciary. Equity will then supervise the relationship by holding him to the fiduciary's strict standard of conduct.

du Canada peut juger les plus appropriées pour assurer à notre bien-être et celui de notre peuple; [Je souligne.]

Les actes de cession prévoient expressément que la Couronne conserve les minéraux en fiducie et que les conditions auxquelles elle peut accorder à un tiers le droit de les exploiter doivent être les plus appropriées pour assurer le bien-être des bandes.

[69] La Couronne pouvait à son gré déterminer les conditions d'octroi du droit d'exploiter les minéraux ainsi que le sort réservé aux redevances touchées pour le compte des bandes. Elle devait exercer son pouvoir discrétionnaire au bénéfice des bandes, qui s'étaient rendues vulnérables par la cession à la Couronne de leurs droits sur les minéraux. Les bandes étaient en droit d'escompter que la Couronne exerce ce pouvoir avec loyauté et diligence.

[70] Dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, notre Cour a statué qu'une cession avait imposé une obligation fiduciaire à la Couronne. Dans cette affaire, la formulation de la cession était presque identique à celle visée en l'espèce. Plus particulièrement, elle renvoyait aux conditions [TRADUCTION] « que le gouvernement du Canada peut juger les plus appropriées pour assurer notre bien-être et celui de notre peuple ». J'estime que les obligations fiduciaires de la Couronne quant à l'octroi à des tiers du droit d'exploiter les ressources minérales des bandes et quant à la gestion des redevances perçues existent du fait des actes de cession de 1946.

[71] Dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, le juge Dickson explique en termes généraux la nature de la relation fiduciaire (p. 384) :

[L]orsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne investie de ce pouvoir devient un fiduciaire[1]. L'équité vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant à la personne en question l'obligation de satisfaire aux normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire[1] est tenu de se conformer.

[72] The bands say that the duties of the Crown were that of a common law trustee, which would include the obligation to invest their moneys. While the common law trust relationship is one that has been developed and explained through years of jurisprudence, legislation and commentary, I see no reason why the duties of a common law trustee cannot be applied to any other fiduciary relationship if the nature of the relationship requires it. As La Forest J. stated in *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, “not all fiduciary relationships and not all fiduciary obligations are the same; these are shaped by the demands of the situation” (p. 149).

[73] If a situation is such that a fiduciary is in a position similar to that of a trustee, even though the situation cannot necessarily be categorized as a “common law trust”, I do not see why the common law duties of a trustee cannot be applied to that fiduciary if that is what the particular situation warrants. In this case, the bands have placed particular emphasis on a trustee’s duty to invest their royalties — the trust corpus. In my opinion, if the situation is such that the Crown is in the position of a fiduciary, although not strictly speaking a trustee at common law, and holds funds on behalf of the bands, it is not improper to ascribe to the Crown a duty to invest those funds in the manner of a common law trustee, subject to any legislation limiting its ability to do so.

[74] In my view, therefore, the relationship between the Crown and the bands is a fiduciary relationship that is trust-like in nature. The Crown possesses a discretionary power to act in the best interests of the bands, and the bands are vulnerable to the Crown’s exercise of that discretion. The Crown may only grant rights over the minerals upon terms that are most conducive to the welfare of the bands, and will hold the proceeds of the granting of those rights on behalf of the bands.

[75] As I have indicated, legislation may limit the discretion and actions of a fiduciary, whether that fiduciary is the Crown or anyone else.

[72] Les bandes affirment que la Couronne était tenue aux obligations d’un fiduciaire de common law, dont celle d’investir leur argent. Au fil des ans, la jurisprudence, la législation et la doctrine ont cerné et expliqué la relation fiduciaire en common law, mais je ne vois aucune raison pour laquelle les obligations du fiduciaire de common law ne vaudraient pas dans le cadre d’une autre relation fiduciaire lorsque la nature de celle-ci l’exige. Comme l’affirme le juge La Forest dans l’arrêt *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, « les relations et les obligations fiducia[ri]es ne sont pas toutes les mêmes; elles sont tributaires des exigences de la situation » (p. 149).

[73] Lorsque la situation d’un fiduciaire s’apparente à celle d’un fiduciaire de common law sans qu’il s’agisse nécessairement d’une « fiducie de common law », je ne vois pas pourquoi les obligations du fiduciaire de common law ne pourraient pas s’appliquer lorsque les circonstances l’exigent. En l’espèce, les bandes insistent particulièrement sur l’obligation du fiduciaire d’investir la masse fiduciaire constituée de leurs redevances. À mon avis, lorsque les circonstances font de la Couronne un fiduciaire, mais non, à strictement parler, un fiduciaire de common law, et qu’elle détient des fonds pour le compte des bandes, il n’est pas injustifié de lui attribuer l’obligation d’investir ces fonds comme le ferait un fiduciaire de common law, sous réserve de toute disposition législative limitant son pouvoir de le faire.

[74] J’estime par conséquent que la relation entre la Couronne et les bandes est fiduciaire et s’apparente à celle établie par une fiducie. La Couronne a le pouvoir discrétionnaire d’agir au mieux des intérêts des bandes, et ces dernières sont en situation de vulnérabilité quant à l’exercice de ce pouvoir. La Couronne ne peut accorder de droits sur les minéraux qu’aux conditions les plus appropriées pour assurer le bien-être des bandes, et elle conserve le produit de l’octroi de ces droits pour le compte de celles-ci.

[75] Rappelons que le pouvoir discrétionnaire et les actes d’un fiduciaire — qu’il s’agisse de la Couronne ou d’une autre personne — peuvent être limités par la loi.

[76] In *Guerin*, Dickson J. stated, at p. 387:

The discretion which is the hallmark of any fiduciary relationship is capable of being considerably narrowed in a particular case. This is as true of the Crown's discretion *vis-à-vis* the Indians as it is of the discretion of trustees, agents, and other traditional categories of fiduciary. The *Indian Act* makes specific provision for such narrowing in ss. 18(1) and 38(2). A fiduciary obligation will not, of course, be eliminated by the imposition of conditions that have the effect of restricting the fiduciary's discretion. A failure to adhere to the imposed conditions will simply itself be a *prima facie* breach of the obligation.

[77] In *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40, the Crown was a fiduciary administering pensions and other benefits for disabled veterans. The funds were rarely credited with interest or invested prior to 1990. In 1990, the Department of Veterans Affairs began paying interest but Parliament limited the Crown's liability for past interest by amendments to the *Department of Veterans Affairs Act*, R.S.C. 1985, c. V-1. In concluding that the plaintiff had no claim for past interest against the government, Major J. stated, at para. 62:

The respondent and the class of disabled veterans it represents are owed decades of interest on their pension and benefit funds. The Crown does not dispute these findings. But Parliament has chosen for undisclosed reasons to lawfully deny the veterans, to whom the Crown owed a fiduciary duty, these benefits whether legal, equitable or fiduciary.

[78] *Authorson* dealt with a similar issue to the one in this case, and consisted of a number of proceedings that were in fact part of the same case. In the Ontario Court of Appeal's decision in *Authorson (Litigation Administrator of) v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 501, 86 O.R. (3d) 321 (leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. v), the Court of Appeal said, at para. 102:

[76] Dans l'arrêt *Guerin*, le juge Dickson dit à la p. 387 :

Le pouvoir discrétionnaire qui constitue la marque distinctive de tout rapport fiduciaire peut, dans un cas donné, être considérablement restreint. Cela s'applique aussi bien au pouvoir discrétionnaire que possède Sa Majesté à l'égard des Indiens qu'au pouvoir discrétionnaire des fiduciaires, des mandataires et des personnes qui relèvent des autres catégories traditionnelles de fiduciaire. Les paragraphes 18(1) et 38(2) de la *Loi sur les Indiens* prévoient expressément une telle restriction. Il va toutefois sans dire que l'obligation [fiduciale] n'est pas supprimée par l'imposition de conditions ayant pour effet de restreindre le pouvoir discrétionnaire du fiduciaire. Le défaut de remplir ces conditions constitue tout simplement, à première vue, un manquement à l'obligation.

[77] L'arrêt *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40, a été rendu dans une affaire où la Couronne gérait, en qualité de fiduciaire, les pensions et d'autres allocations pour d'anciens combattants invalides. Avant 1990, la Couronne avait rarement versé de l'intérêt et elle avait rarement investi les fonds. En 1990, le ministère des Anciens combattants a commencé à verser des intérêts, mais le législateur a limité l'obligation antérieure de l'État d'en payer en modifiant la *Loi sur le ministère des Anciens combattants*, L.R.C. 1985, ch. V-1. Concluant que le demandeur n'avait pas le droit de réclamer à l'État des intérêts pour la période antérieure, le juge Major dit au par. 62 :

Des décennies d'intérêts sur leurs pensions et allocations sont dues à l'intimé et aux anciens combattants invalides qu'il représente. L'État ne conteste pas ces conclusions. Le législateur a toutefois décidé, pour des raisons qu'il n'a pas dévoilées, de refuser en toute légalité ces intérêts — dus en vertu de la common law, de l'équité ou d'une fiducie — aux anciens combattants envers lesquels l'État avait néanmoins une obligation [fiduciale].

[78] Constituée de plusieurs instances faisant en réalité partie d'un même dossier, *Authorson* avait pour objet une question semblable à celle considérée en l'espèce. Dans l'arrêt *Authorson (Litigation Administrator of) c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 501, 86 O.R. (3d) 321 (autorisation de pourvoi refusée, [2008] 1 R.C.S. v), la Cour d'appel de l'Ontario affirme ce qui suit (par. 102) :

There are clear legislative limitations imposed on the Crown in the administration of the Consolidated Revenue Fund, where the [Department of Veterans' Affairs] - administered funds were required by law to be held. As we explain below, the governing legislative framework prevented the Crown from investing in external markets or from paying anything but interest as an investment return. The Crown, even when acting as a fiduciary, cannot act contrary to the law. Interest was the only form of investment return for which the government could in law have been liable during the relevant time period.

[79] This Court has held in *Guerin* and *Authorson* that when the Crown is a fiduciary, Parliament may legislate in ways that constrain or eliminate the Crown's fiduciary duties. The Crown's obligation is to act in a way that is consistent with its fiduciary duties as constrained by valid legislation. It is therefore necessary to consider whether legislation limits the Crown's fiduciary duties to the bands with respect to their royalties.

D. *The Statutory Framework*

[80] The statutory framework within which the Crown carries out its obligations is composed of the *Indian Act*, the FAA, and the IOGA. The bands argued that the statutory scheme permits investment by the Crown of the royalties, specifically, under s. 61(1) of the *Indian Act*. In my opinion, it does not.

[81] In order to determine the effect of the legislation on the Crown's obligations, it is necessary to examine the entire legislative scheme, starting with the IOGA. It will then be necessary to look at the FAA and the *Indian Act* and, in particular, how the provisions of those two statutes work together to inform the Crown's duties in the management of the oil and gas royalties.

(1) *The Indian Oil and Gas Act*

[82] Section 4(1) of the IOGA reads:

4. (1) Notwithstanding any term or condition in any grant, lease, permit, licence or other disposition or any provision in any regulation respecting oil or gas or both

[TRADUCTION] La Couronne devait respecter des limitations législatives claires dans l'administration du Trésor lorsqu'elle était légalement tenue de détenir les fonds gérés par [le ministère des Anciens combattants]. Comme nous l'expliquons ci-après, le cadre législatif applicable ne permettait pas à la Couronne d'investir sur les marchés extérieurs ou d'offrir un autre rendement que l'intérêt. La Couronne ne peut enfreindre la loi même lorsqu'elle agit à titre de fiduciaire. Pendant la période considérée, l'intérêt était la seule forme de rendement que la Couronne pouvait légalement être tenue de verser.

[79] Dans les arrêts *Guerin* et *Authorson*, notre Cour a statué que le législateur peut adopter des lois limitant ou supprimant les obligations fiduciaires de la Couronne. Il incombe à celle-ci de s'acquitter de ses obligations fiduciaires conformément aux limites que leur apporte la loi applicable. Il faut donc se demander si la loi limite les obligations fiduciaires de la Couronne envers les bandes à l'égard de leurs redevances.

D. *Le cadre législatif*

[80] Le cadre législatif dans lequel la Couronne remplit ses obligations comprend la *Loi sur les Indiens*, la LGFP et la LPGTI. Selon les bandes, le régime législatif, plus précisément le par. 61(1) de la *Loi sur les Indiens*, autorise la Couronne à investir les redevances. Je ne partage pas cet avis.

[81] Afin de déterminer l'effet de la législation sur les obligations de la Couronne, il est nécessaire d'examiner le régime législatif en entier, à commencer par la LPGTI. Il faut ensuite considérer la LGFP et la *Loi sur les Indiens* et, plus particulièrement, l'incidence de leurs dispositions sur les obligations de la Couronne dans la gestion des redevances pétrolières et gazières.

(1) *La Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*

[82] Le paragraphe 4(1) de la LPGTI est libellé comme suit :

4. (1) Nonobstant les modalités d'une concession, d'un bail, d'un permis, d'une licence ou d'un autre acte d'aliénation, les dispositions d'un règlement sur le

oil and gas or the terms and conditions of any agreement respecting royalties in relation to oil or gas or both oil and gas, whether granted, issued, made or entered into before or after December 20, 1974, but subject to subsection (2), all oil and gas obtained from Indian lands after April 22, 1977 is subject to the payment to Her Majesty in right of Canada, in trust for the Indian bands concerned, of the royalties prescribed from time to time by the regulations.

[83] The IOGA was assented to in 1974, 28 years after the Surrenders. The Crown's obligations arise from the Surrenders, not the IOGA. The IOGA only confirms that the royalties in relation to oil and gas on reserves are to be paid to the Crown in trust for the bands. The IOGA does not set out any terms of trust or duties of the Crown and therefore does not limit the Crown's fiduciary duties to the bands. It is not a legislative restriction that would preclude investment by the Crown of the royalties.

[84] The interveners Saddle Lake Indian Band and Stoney Indian Band argued that the IOGA is a complete and comprehensive legislative scheme with respect to oil and gas royalties. According to these interveners, statements made during Parliamentary debates on the enactment of the IOGA confirm that the intent was to ensure that bands receive "the fullest benefits" and "[t]he greatest possible return" on oil and gas forming part of reserves (*House of Commons Debates*, vol. I, 1st Sess., 30th Parl., October 21, 1974, at p. 558). These statements formed the basis of commitments to those bands that the Crown will obtain "the greatest possible benefits from the oil and gas interests" (Saddle Lake and Stoney Indian Bands factum, at para. 45). These interveners argued that the IOGA contains specific "trust" language and that the honour of the Crown obligates the Crown to fulfill these commitments through private law trust duties.

[85] I am unable to infer from these statements of general intent, the specific intent that the Crown was to act as a common law trustee in respect of oil and gas royalties. If the intent was that the Crown act as a trustee at common law unconstrained by

pétrole ou sur le gaz ou les modalités d'un accord sur les redevances applicables au pétrole ou au gaz, qu'ils soient ou non survenus avant le 20 décembre 1974, mais sous réserve du paragraphe (2), le pétrole et le gaz tirés des terres indiennes après le 22 avril 1977 sont assujettis au paiement à Sa Majesté du chef du Canada, en fiducie pour les bandes indiennes concernées, des redevances réglementaires.

[83] La LPGTI a été sanctionnée en 1974, soit 28 ans après les actes de cession. Les obligations de la Couronne découlent de ceux-ci, et non de la LPGTI, laquelle confirme seulement que les redevances pétrolières et gazières doivent être versées à la Couronne en fiducie pour les bandes. Comme cette loi n'établit ni les conditions de la fiducie ni les obligations de la Couronne, elle ne restreint pas les obligations fiduciaires de la Couronne. Elle n'apporte pas de limitation empêchant la Couronne d'investir les redevances.

[84] Les intervenantes les bandes indiennes de Saddle Lake et de Stoney prétendent que la LPGTI constitue un régime législatif complet et exhaustif à l'égard des redevances pétrolières et gazières. Selon elles, les propos tenus lors des débats parlementaires préalables à son adoption confirment que l'intention du législateur était de faire en sorte que les bandes touchent « tous les profits » et « [l]e plus grand revenu possible » sur le pétrole et le gaz tirés de leurs réserves (*Débats de la Chambre des communes*, vol. I, 1^{re} sess., 30^e Parl., 21 octobre 1974, p. 558). Tel serait le fondement de l'engagement de la Couronne envers ces bandes à obtenir [TRADUCTION] « le plus grand profit possible de l'exploitation du pétrole et du gaz sur leurs terres » (mémoire des bandes indiennes de Saddle Lake et de Stoney, par. 45). Ces intervenantes soutiennent que la LPGTI emploie des termes propres à la « fiducie » et que l'honneur contraint la Couronne à respecter cet engagement en s'acquittant des obligations d'un fiduciaire de droit privé.

[85] Je ne peux déduire de ces déclarations d'intention générale l'intention précise que la Couronne agisse à titre de fiduciaire de common law à l'égard des redevances pétrolières et gazières. Si telle avait été l'intention du législateur, la loi aurait été libellée

other legislative provisions, the statute could have been so worded. It was not. The IOGA does not purport to restrict or override application of provisions in other statutes such as the *Indian Act* and the FAA.

[86] In any event, I do not think that the above statements in Parliament were made in the context of the investment of royalties. Rather, they were made with a view to ensuring “that equitable benefits from oil and gas production on Indian lands go to the Indian people” and that “[t]he greatest possible return must flow to the band when the oil is taken from the ground and is lost to them forever” (*House of Commons Debates*, vol. I, 1st Sess., 30th Parl., October 21, 1974, at p. 558). Parliament’s focus appears to have been on ensuring that bands were getting the best possible proceeds from their oil and gas reserves, not whether royalties would accrue interest from the government or be invested in a portfolio of securities.

[87] The Saddle Lake and Stoney Indian Bands also argued that because the oil and gas royalties can be either money or “in kind” according to s. 33(5) of the *Indian Oil and Gas Regulations, 1995*, SOR/94-753, passed under the IOGA (and previous versions of s. 33(5) since at least April 1, 1974), and because the FAA and *Indian Act* would have no application to “in kind” royalties, “the discretionary monies provisions of the *Indian Act* and the FAA [are] incompatible and thus wholly inappropriate legislation through which the trust duties of Her Majesty in relation to Indian oil and gas royalties are to be considered” (factum, at para. 28). The Crown must therefore manage the royalties as a common law trustee.

[88] In my opinion, there is nothing preventing cash royalties from being dealt with under the FAA and the *Indian Act*. The fact that the IOGA allows for “in kind” royalties does not render these

en conséquence, ce qui n’est pas le cas. La LPGTI n’a pas pour objet de limiter ou d’écarter l’application des dispositions d’autres lois comme la *Loi sur les Indiens* ou la LGFP.

[86] Quoi qu’il en soit, je ne crois pas que les propos susmentionnés tenus lors des débats parlementaires l’aient été dans l’optique de l’investissement des redevances. Ils visaient plutôt à garantir « aux Indiens une juste part des profits réalisés par l’exploitation du pétrole et du gaz sur leurs terres » et à faire en sorte que « [l]e plus grand revenu possible [soit] perçu par la bande indienne lors de l’extraction du pétrole, car par la suite, il sera perdu à jamais pour elle » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. I, 1^{re} sess., 30^e Parl., le 21 octobre 1974, p. 557-558). Il semble que l’examen du Parlement ait porté sur l’obtention par les bandes du meilleur prix possible pour leurs réserves de pétrole et de gaz, et non sur la question de savoir si les redevances porteraient intérêt au taux fixé par le gouvernement ou si elles seraient investies dans un portefeuille de valeurs ou de titres.

[87] Les bandes indiennes de Saddle Lake et de Stoney font également valoir que dans la mesure où les redevances peuvent être payées en espèces ou « en nature » suivant le par. 33(5) du *Règlement de 1995 sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, DORS/94-753, pris en vertu de la LPGTI (et ses versions antérieures remontant au moins au 1^{er} avril 1974), et où la LGFP et la *Loi sur les Indiens* ne s’appliquent pas aux redevances « en nature », [TRADUCTION] « les dispositions de la *Loi sur les Indiens* et de la LGFP qui confèrent à la Couronne un pouvoir discrétionnaire sur l’argent sont incompatibles et ne sauraient donc constituer la toile de fond de l’examen des obligations fiduciaires de Sa Majesté à l’égard des redevances pétrolières et gazières des Indiens » (mémoire, par. 28). En conséquence, la Couronne doit gérer les redevances comme le ferait un fiduciaire de common law.

[88] À mon avis, rien ne s’oppose à ce que les redevances en espèces soient examinées au regard de la LGFP et de la *Loi sur les Indiens*. Même si la LGFP autorise le paiement de redevances « en

statutes inapplicable to cash royalties. The FAA and the *Indian Act* apply to cash royalties because those funds fall within the definition of “public money” in the FAA. There is nothing inconsistent between the IOGA and the application of the FAA and *Indian Act* to cash royalties.

(2) The Financial Administration Act

[89] The FAA governs the administration and management of government, particularly financial management and government spending. It sets out specific rules on the collection, management and spending of public funds.

[90] Section 2 of the FAA defines “public money” as:

... all money belonging to Canada received or collected by the Receiver General or any other public officer in his official capacity or any person authorized to receive or collect such money, and includes

. . . .

(d) all money that is paid to or received or collected by a public officer under or pursuant to any Act, trust, treaty, undertaking or contract, and is to be disbursed for a purpose specified in or pursuant to that Act, trust, treaty, undertaking or contract;

[91] Because the royalties are money collected by Canada on behalf of the bands pursuant to the IOGA, they are “public money” within this definition and as such must be dealt with in accordance with the provisions of the FAA.

[92] Section 17(1) provides that “[s]ubject to this Part, all public money shall be deposited to the credit of the Receiver General.”

[93] According to s. 2, all money on deposit to the credit of the Receiver General forms the CRF. The “Consolidated Revenue Fund” is defined as “the aggregate of all public moneys that are on deposit at the credit of the Receiver General”. Pursuant to

nature », ces lois demeurent applicables aux redevances en espèces. Les deux textes législatifs s’appliquent aux redevances en espèces, car celles-ci sont visées par la définition de « fonds publics » de la LGFP. Il n’y a rien d’incompatible entre la LPGTI et l’application de la LGFP et de la *Loi sur les Indiens* aux redevances en espèces.

(2) La Loi sur la gestion des finances publiques

[89] La LGFP régit l’administration et la gestion de l’État, en particulier sa gestion financière et ses dépenses. Elle établit des règles précises pour le prélèvement, la gestion et la dépense des fonds publics.

[90] Voici comment l’art. 2 de la LGFP définit les « fonds publics » :

Fonds appartenant au Canada, prélevés ou reçus par le receveur général ou un autre fonctionnaire public agissant en sa qualité officielle ou toute autre personne autorisée à en prélever ou recevoir. La présente définition vise notamment :

. . . .

d) les fonds prélevés ou reçus par un fonctionnaire public sous le régime d’un traité, d’une loi, d’une fiducie, d’un contrat ou d’un engagement et affectés à une fin particulière précisée dans l’acte en question ou conformément à celui-ci.

[91] Les redevances étant perçues par le Canada pour le compte des bandes en conformité avec la LPGTI, elles constituent des « fonds publics » au sens de cette loi et doivent donc être considérées au regard de celle-ci.

[92] Le paragraphe 17(1) prévoit que « [s]ous réserve des autres dispositions de la présente partie, les fonds publics sont déposés au crédit du receveur général. »

[93] Suivant l’article 2, tous les fonds déposés au crédit du receveur général constituent le « Trésor », qui est défini comme « [l]e total des fonds publics en dépôt au crédit du receveur général ». Le paragraphe 21(1) dispose que les redevances, qui

s. 21(1), the royalties, as public money under the definition in para. (d), may only be paid out of the CRF “subject to any statute applicable thereto”. Section 21(1) states:

Money referred to in paragraph (d) of the definition “public money” in section 2 that is received by or on behalf of Her Majesty for a special purpose and paid into the Consolidated Revenue Fund may be paid out of the Consolidated Revenue Fund for that purpose, subject to any statute applicable thereto.

[94] Samson argued that s. 17(1) only requires that money be paid into the CRF and does not require that money be held in the CRF. According to Samson, investment by the Crown is not prohibited. I cannot agree. Section 21(1) provides that funds may only be paid out of the CRF in accordance with any statute applicable thereto. It is necessarily implied that the royalties must be held in the CRF and only paid out in accordance with any applicable statute. The applicable statute is the *Indian Act*.

[95] Samson also argued that the former s. 18 of the FAA, enacted in 1951 (but repealed in 1999 (S.C. 1999, c. 26, s. 20)), was authority for investment by the Crown. According to Samson, the introduction of s. 18 (which at the time was s. 17) coincided with the 1951 amendments to the *Indian Act*, and was intended to replace the former investment section of the *Indian Act*. Former ss. 18(1) and 18(2) read:

(1) In this section, “securities” means securities of or guaranteed by Canada and includes any other securities described in the definition “securities” in section 2.

(2) The Minister may, when he or she deems it advisable for the sound and efficient management of public money or the public debt, purchase or acquire securities, including securities on their issuance, pay for the securities out of the Consolidated Revenue Fund and hold the securities.

[96] Sections 18(1) and 18(2), however, did not authorize investment in the public securities market. Rather, they provided only for the

constituent des fonds publics suivant l'al. d) de la définition, ne peuvent être prélevées sur le Trésor que sous réserve « des lois applicables » :

Les fonds visés à l'alinéa d) de la définition de « fonds publics » à l'article 2 et qui sont reçus par Sa Majesté, ou en son nom, à des fins particulières et versés au Trésor peuvent être prélevés à ces fins sur le Trésor sous réserve des lois applicables.

[94] La nation de Samson fait valoir que le par. 17(1) exige seulement que les sommes soient versées au Trésor, et non qu'elles y soient conservées. Selon elle, il n'est pas interdit à la Couronne de les investir. Je ne peux être d'accord. Le paragraphe 21(1) dispose que les fonds ne peuvent être prélevés que sous réserve des lois applicables. Il s'ensuit nécessairement que les redevances doivent être détenues dans le Trésor et ne doivent être prélevées que sous réserve de toute loi applicable, soit en l'espèce la *Loi sur les Indiens*.

[95] La nation de Samson prétend par ailleurs que l'ancien art. 18 de la LGFP, adopté en 1951, mais abrogé en 1999 (L.C. 1999, ch. 26, art. 20), conférait à la Couronne le pouvoir d'investir les redevances. Selon elle, son adoption (il s'agissait alors de l'art. 17) a coïncidé avec la modification de la *Loi sur les Indiens* en 1951 et il devait remplacer l'ancienne disposition de la *Loi sur les Indiens* portant sur l'investissement. Les anciens par. 18(1) et (2) étaient rédigés comme suit :

(1) Au présent article, « valeurs » s'entend des titres émis ou garantis par le Canada, ainsi que de ceux qui sont mentionnés dans la définition de « valeurs » ou « titres » à l'article 2.

(2) Le ministre peut, lorsqu'il le juge opportun pour la bonne gestion des fonds publics ou de la dette publique, acheter ou acquérir des valeurs, y compris lors de leur émission, les payer sur le Trésor et les détenir.

[96] Or, les par. 18(1) et (2) n'autorisaient pas l'investissement dans le marché public des valeurs mobilières, mais prévoyaient uniquement l'acquisition de

acquisition of “securities”, defined in that section and in s. 2 of the FAA as securities representing part of the public debt of Canada. This is explained by the Ontario Court of Appeal in *Authorson*. That court looked at the effect of the relevant legislation, including s. 18(2) and s. 90 of the FAA. Section 90 prohibits any person, unless authorized by an Act of Parliament, to acquire shares of a corporation that would be held by or on behalf of or in trust for the Crown.

[97] The Court of Appeal held that the funds administered by the Department of Veterans Affairs could not be invested in the public securities market. At para. 109, the Court of Appeal stated:

[I]n the light of this legislative framework and in the absence of any specific legislation providing otherwise, the DVA-administered funds at issue on this appeal fall within the definition of “public money” to be held in the Consolidated Revenue Fund pursuant to the powers and limitations imposed by the *FA Act*, and accordingly could not be invested in external markets.

[98] The same legislation applied in this case. The former s. 18(2) of the FAA did not authorize external investment by the Crown. Section 90(1)(b) of the FAA prohibits the acquisition of securities by the Crown unless authorized by an Act of Parliament. For this reason, it is necessary to find the power to invest and hold securities by or on behalf of or in trust for the Government of Canada in the *Indian Act*. As a result, I am unable to agree with Samson’s submission that former s. 18(2) of the FAA authorized the Crown to invest in the public securities market. It is therefore necessary to turn to the *Indian Act* to determine if the Crown had the authority to invest.

(3) The Indian Act

[99] The *Indian Act* contains a number of sections under the heading “Management of Indian Moneys”, namely ss. 61 to 69. Section 61(1) provides:

« valeurs » ou de « titres » au sens de ces paragraphes et de l’art. 2 de la LGFP, à savoir des valeurs représentant une partie de la dette publique du Canada. La Cour d’appel de l’Ontario l’explique dans l’arrêt *Authorson*, où elle se penche sur l’effet de la législation applicable, dont le par. 18(2) et l’art. 90 de la LGFP. Sauf autorisation d’une loi fédérale, l’art. 90 interdit l’acquisition d’actions d’une personne morale qui seraient détenues par Sa Majesté, en son nom ou en fiducie pour elle.

[97] La Cour d’appel de l’Ontario a statué que les fonds gérés par le ministère des Anciens combattants ne pouvaient être investis dans le marché public des valeurs mobilières. Elle dit au par. 109 de ses motifs :

[TRADUCTION] [C]ompte tenu de ce contexte législatif et de l’absence de dispositions législatives expresses à l’effet contraire, les fonds gérés par le ministère des Anciens combattants et visés en l’espèce entrent dans la définition des « fonds publics » qui doivent être détenus dans le Trésor conformément aux attributions et aux restrictions prévues dans la *LGFP*, de sorte qu’ils ne pouvaient pas être investis sur les marchés extérieurs.

[98] Les mêmes dispositions législatives s’appliquent en l’espèce. L’ancien par. 18(2) de la LGFP n’autorisait pas la Couronne à investir sur les marchés extérieurs. Son alinéa 90(1)(b) interdit l’acquisition d’actions, sauf autorisation de la Couronne par une loi fédérale. Il faut donc trouver dans la *Loi sur les Indiens* le pouvoir du gouvernement du Canada — ou d’un tiers pour le compte du gouvernement du Canada ou en fiducie pour lui — d’acquiescer et de détenir des actions. En conséquence, je ne puis faire droit à la prétention de la nation de Samson selon laquelle l’ancien par. 18(2) de la LGFP autorisait la Couronne à investir dans le marché public des valeurs mobilières. Nous devons donc nous en remettre à la *Loi sur les Indiens* pour déterminer si la Couronne avait le pouvoir d’investir les redevances.

(3) La Loi sur les Indiens

[99] La *Loi sur les Indiens* compte un certain nombre d’articles sous la rubrique « Administration de l’argent des Indiens », à savoir les art. 61 à 69. Le paragraphe 61(1) dispose :

Indian moneys shall be expended only for the benefit of the Indians or bands for whose use and benefit in common the moneys are received or held, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which Indian moneys are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

The question is whether the term “expended” permits the investment by the Crown of Indian moneys held in the CRF.

[100] It was argued by the bands that the latter half of s. 61(1), “the Governor in Council may determine whether any purpose for which Indian moneys are used or are to be used is for the use and benefit of the band”, permits the investment of the royalties because such investment would be for the use and benefit of the band. However, the section must be read as a whole (see *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476, at para. 27). The section, when read as a whole, mandates that Indian moneys are only to be “expended” for the “use and benefit” of the bands.

[101] It is the context in which terms are used that is to be considered when attempting to determine their meaning and application. It is necessary to determine the meaning of “expended”, having regard to the provisions in which they appear, namely the sections of the *Indian Act* under the heading “Management of Indian Moneys”, ss. 61 to 69. Within those sections, the terms “expended” or “expenditure” appear in ss. 61, 64, 66 and 67.

[102] Section 62 draws a distinction between capital moneys and revenue moneys. Section 64 deals with the expenditure of capital moneys, while s. 66 deals with the expenditure of revenue moneys. What is contemplated by the term “expenditure” in connection with capital moneys will be taken from the context in which the term is used in the provisions dealing with capital moneys.

[103] Section 64(1) of the *Indian Act* provides that “[w]ith the consent of the council of a band, the Minister may authorize and direct the expenditure

L’argent des Indiens ne peut être dépensé qu’au bénéfice des Indiens ou des bandes à l’usage et au profit communs desquels il est reçu ou détenu, et, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des clauses de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si les fins auxquelles l’argent des Indiens est employé ou doit l’être, est à l’usage et au profit de la bande.

La question est celle de savoir si le mot « dépensé » autorise la Couronne à investir l’argent des Indiens détenu dans le Trésor.

[100] Les bandes font valoir que la seconde partie du par. 61(1) — « le gouverneur en conseil peut décider si les fins auxquelles l’argent des Indiens est employé ou doit l’être, est à l’usage et au profit de la bande » — permet l’investissement des redevances parce que cette mesure serait à l’usage et au profit de la bande. Or, le paragraphe doit être considéré dans son ensemble (voir l’arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476, par. 27). Considéré globalement, le paragraphe dispose que l’argent des Indiens ne peut être « dépensé » qu’à l’« usage et au profit » des bandes.

[101] C’est le contexte dans lequel un mot est employé qui doit être pris en compte pour déterminer son sens et sa portée. La signification du mot « dépensé » doit donc être circonscrite eu égard aux dispositions dans lesquelles il figure à la rubrique « Administration de l’argent des Indiens » constituée des art. 61 à 69. Le mot « dépensé(e) » ou « dépense » est utilisé aux art. 61, 64, 66 et 67 de la *Loi sur les Indiens*.

[102] L’article 62 établit une distinction entre l’argent du compte en capital et celui du compte de revenu. L’article 64 porte sur la dépense de l’argent du compte en capital, et l’art. 66 sur celle de l’argent du compte de revenu. Ce qu’il faut entendre par « dépense » de l’argent du compte en capital tient au contexte dans lequel ce mot est employé dans les dispositions portant sur cet argent.

[103] Le paragraphe 64(1) de la *Loi sur les Indiens* énonce qu’« [a]vec le consentement du conseil d’une bande, le ministre peut autoriser et

of capital moneys of the band” for a number of listed permitted uses. The permitted expenditures in s. 64(1)(a) to (j) include per capita distributions, the construction of roads, bridges and outer boundary fences on reserves, the purchase of land for use as a reserve, the purchase of the interest of a band member in reserve lands, the purchase of livestock and farm equipment, the construction and maintenance of permanent improvements or works, loans to members of the band, expenses for the management of reserve lands, and the construction of houses on reserves. Section 64(1)(k) allows for expenditure of capital moneys “for any other purpose that in the opinion of the Minister is for the benefit of the band”.

[104] It is apparent that the kinds of expenditures contemplated in s. 64(1)(a) to (j) are for expenses (e.g. for the management of the reserve) or assets (e.g. land, houses) that are physically related or connected to the reserve and the activities that take place on it. Under s. 64(1), once the funds are expended with the consent of the band, the Crown no longer has control over the funds. Nor does it hold or manage the assets that may have been acquired.

(a) *Section 64(1)(k)*

[105] The only part of s. 64(1) that could permit investment of the royalties is s. 64(1)(k). The question is whether investment by the Crown could be an “other purpose” recognized by s. 64(1)(k). In the Federal Court and the Federal Court of Appeal, the bands’ argument had been that s. 64(1)(k) did not permit investment and that investment was instead authorized by s. 61(1). It appears that the bands were concerned that because s. 64(1) required their consent before an expenditure could be made from the CRF, this would dilute the responsibility of the Crown to invest the royalty funds. In this Court, Ermineskin now takes the position, in the alternative, that s. 64(1)(k) authorizes investment of royalty funds by the Crown.

prescrire la dépense de sommes d’argent au compte en capital de la bande » aux fins énumérées. Les dépenses qu’autorisent les al. 64(1)a) à j) comprennent la distribution *per capita*, la construction de routes et de ponts, la construction de clôtures de délimitation extérieure sur les réserves, l’achat de terrains devant constituer une réserve, l’achat des droits d’un membre de la bande sur les terrains d’une réserve, l’achat d’animaux et de matériel de ferme, l’établissement et l’entretien des améliorations ou ouvrages permanents, l’octroi de prêts aux membres de la bande, le paiement de frais accessoires à la gestion des terres d’une réserve et la construction de maisons dans une réserve. L’alinéa 64(1)k) autorise la dépense de sommes d’argent au compte en capital « pour toute autre fin qui, d’après le ministre, est à l’avantage de la bande ».

[104] Les alinéas 64(1)a) à j) visent clairement des dépenses (p. ex. pour la gestion de la réserve) ou des éléments d’actif (comme les terrains ou les maisons) qui sont physiquement liés à la réserve et aux activités qui s’y déroulent. Suivant le par. 64(1), dès que les fonds sont dépensés avec le consentement de la bande, leur gestion échappe à la Couronne, tout comme la possession ou l’administration des éléments d’actif acquis.

a) *L’alinéa 64(1)k)*

[105] L’alinéa 64(1)k) est le seul élément du par. 64(1) susceptible d’autoriser l’investissement des redevances. La question qui se pose est celle de savoir si l’investissement par la Couronne pourrait être assimilé à une « autre fin » au sens de l’al. 64(1)k). En Cour fédérale et en Cour d’appel fédérale, les bandes ont soutenu que l’al. 64(1)k) ne permettait pas l’investissement de ces sommes, mais que c’était plutôt le par. 61(1) qui l’autorisait. Il semble que les bandes aient craint que l’exigence, prévue au par. 64(1), que la Couronne obtienne leur consentement à toute dépense effectuée par prélèvement sur le Trésor atténue son obligation d’investir les redevances. Devant notre Cour, la nation d’Ermineskin fait maintenant valoir à titre subsidiaire que l’al. 64(1)k) autorise l’investissement des redevances par la Couronne.

[106] As I have indicated, s. 64(1) says that the Minister may direct and authorize the “expenditure” of capital moneys for a number of purposes. Under the rule of *ejusdem generis*, the type of expenditures permitted under s. 64(1)(k) take on meaning from the prior enumerated expenditures in s. 64(1). One marker of those expenditures is that the expenses incurred or assets acquired are such that the Crown no longer has control over them and for which it has no responsibility to manage. Absence of control or management responsibility would therefore also apply to expenditures for expenses or assets under s. 64(1)(k).

[107] In oral argument, the intervener Assembly of First Nations argued that s. 64(1) contains three provisions that contemplate investment and, therefore, the context of s. 64(1) should not preclude investment under s. 64(1)(k). The Assembly referred to s. 64(1)(g), the construction and maintenance of permanent improvements or works, s. 64(1)(h), loans to members of the band for which interest may be charged and security taken, and s. 64(1)(j), loans to members for building purposes. However, the expenditures listed in those three paragraphs are for assets on the reserve. They are not investments held, controlled and managed by the Crown.

[108] The provisions that may be regarded as most like investments made and controlled by the Crown are s. 64(1)(h) and (j), under which loans may be made to band members, and, in the case of para. (h), under which interest may be charged and security taken. The record does not indicate whether the loan and security arrangements are between the Crown and the member or between the band and the member. In any event, it is apparent that these interest and security arrangements are merely incidental to the main purpose of the expenditures, which is to provide tangible benefits and assistance to the band and its members. Indeed, the charging of interest and the taking of security are discretionary, hardly an indication of prudent investment. Paragraphs (h) and (j) of s. 64(1) provide for physical improvements to the reserve, housing and

[106] Je le répète, le par. 64(1) prévoit que le ministre peut autoriser et prescrire la « dépense » de l'argent du compte en capital à un certain nombre de fins. La règle *ejusdem generis* veut que la dépense autorisée à l'al. 64(1)(k) soit du même ordre que celles énumérées aux alinéas précédents. Les dépenses ont une caractéristique commune : dès qu'elles sont effectuées, la Couronne n'a plus de droit de regard sur les fonds prélevés ou sur les biens acquis ni aucune obligation de gestion s'y rattachant. Par conséquent, cette absence de droit de regard ou d'obligation de gestion vaudrait aussi pour les dépenses effectuées et les éléments d'actif acquis sur le fondement de l'al. 64(1)(k).

[107] L'intervenante Assemblée des Premières Nations a soutenu en plaidoirie que le par. 64(1) renferme trois alinéas touchant l'investissement, de sorte que le contexte du par. 64(1) ne devrait pas empêcher l'investissement fondé sur l'al. 64(1)(k). Elle cite l'al. 64(1)(g), qui prévoit l'établissement et l'entretien des améliorations ou des ouvrages permanents, l'al. 64(1)(h), qui prévoit l'octroi de prêts aux membres de la bande, de même que la perception d'intérêts et l'obtention de gages à cet égard, et l'al. 64(1)(j), qui prévoit l'octroi de prêts aux membres de la bande aux fins de construction. Or, ces dépenses visent des éléments d'actif situés sur la réserve. Il ne s'agit pas de placements détenus, gérés et administrés par la Couronne.

[108] Les alinéas dont l'objet s'apparente le plus à l'investissement effectué et géré par la Couronne sont les al. 64(1)(h) et (j), qui disposent que des prêts peuvent être consentis aux membres de la bande et, dans le cas de l'al. (h), que des intérêts peuvent être perçus et des gages obtenus. Le dossier ne précise pas si les arrangements relatifs au prêt et à la garantie interviennent entre la Couronne et le membre de la bande ou entre la bande et l'un de ses membres. De toute manière, il est évident que ces arrangements ne sont qu'accessoirs à la fin première de la dépense, à savoir fournir des avantages et un appui tangibles à la bande ainsi qu'à ses membres. En effet, la perception d'intérêts et l'obtention d'une garantie étant discrétionnaires, on peut difficilement y voir un indice d'investissement prudent. Les alinéas 64(1)(h) et (j) visent l'amélioration physique

loans to members. They do not provide for investments made and controlled by the Crown to earn income.

[109] A provision such as s. 64(1)(k) is worded very broadly and, in the abstract, might be thought to include anything for which funds could be expended. However, as I have stated, the nature of the expenditures contemplated by s. 64(1)(k) must take on meaning from the prior enumerated expenditures, according to the rule of *ejusdem generis*. Expenditures for investments in securities held and managed by the Crown are foreign to the context of s. 64(1) and, in my opinion, are not contemplated by s. 64(1)(k).

(b) *Other Moneys Management Provisions*

[110] Other sections under the heading “Management of Indian Moneys” provide for payments to individuals out of capital moneys. Section 63 allows for payments to Indians under leases or agreements made under the *Indian Act*. Section 64(2) refers to expenditures of capital moneys to make payments to individual persons whose names have been deleted from the band list of a band. Section 66(3) states that the Minister may authorize expenditure of revenue moneys for a number of listed purposes, including for the destruction of weeds, insects and pests, to control diseases on reserves, to inspect premises on reserves, to prevent overcrowding of premises, to provide for sanitary conditions on reserves, and for the construction and maintenance of boundary fences. Section 68 permits payments of an “annuity or interest money” to which an Indian is entitled to be applied in specified circumstances to the support of that Indian’s spouse, common-law partner or family. The reference to “interest money” in s. 68 is a further indication that Parliament expected that the moneys in the CRF for “payment” or “expenditure” under the *Indian Act* would be subject to the accrual of interest, not investment.

de la réserve, la construction de maisons et l’octroi de prêts aux membres de la bande. Ils ne prévoient pas l’investissement effectué et géré par la Couronne pour en tirer un revenu.

[109] L’alinéa 64(1)k est une disposition formulée d’une manière très générale et, dans l’abstrait, il pourrait englober tout motif de dépenser des fonds. Toutefois, je le rappelle, suivant la règle *ejusdem generis*, les dépenses visées à l’al. 64(1)k sont du même ordre que celles énumérées précédemment. La dépense effectuée pour investir dans des valeurs ou des titres détenus et gérés par la Couronne est étrangère au contexte du par. 64(1) et, à mon avis, elle n’est pas envisagée à l’al. 64(1)k.

b) *Autres dispositions relatives à l’administration de l’argent*

[110] À la rubrique « Administration de l’argent des Indiens », d’autres dispositions prévoient le versement de sommes d’argent à des personnes par prélèvement sur le compte en capital. L’article 63 autorise le versement à un Indien de sommes touchées en application d’un bail ou d’une entente conclu sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. Le paragraphe 64(2) permet des dépenses sur les sommes d’argent au compte de capital en vue de faire des paiements à toute personne dont le nom a été retranché de la liste de la bande. Le paragraphe 66(3) dispose que le ministre peut autoriser la dépense de sommes d’argent du compte de revenu pour les objets qui y sont énumérés, dont la destruction d’herbes nuisibles, d’insectes et de parasites, la prophylaxie de maladies, l’inspection des locaux et la prévention de leur surpeuplement, leur salubrité, ainsi que la construction et l’entretien de clôtures de délimitation, toujours dans une réserve. L’article 68 autorise les paiements « de rentes ou d’intérêts » auxquels a droit un Indien et qui, dans certains cas précis, serviront au soutien de l’époux, du conjoint de fait ou de sa famille. L’emploi du mot « intérêts » à l’art. 68 permet encore de conclure que le législateur s’attendait à ce que l’argent versé au Trésor aux fins de « paiement » ou de « dépense » suivant la *Loi sur les Indiens* porte intérêt, et non qu’il soit investi.

[111] Nowhere in ss. 61 to 69 of the *Indian Act* are investments of Indian moneys made, held and managed by the Crown contemplated.

(c) *The 1951 Amendments*

[112] Prior to the amendments to the *Indian Act* enacted in 1951, there was express permission granted under the Act to the Governor in Council to invest Indian moneys. The former s. 92 of the *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, read:

With the exception of such sum not exceeding fifty per centum of the proceeds of any land, timber or other property, as is agreed at the time of the surrender to be paid to the members of the band interested therein, the Governor in Council may, subject to the provisions of this Part, direct how and in what manner, and by whom, the moneys arising from the disposal of Indian lands, or of property held or to be held in trust for Indians, or timber on Indian lands or reserves, or from any other source for the benefit of Indians, shall be invested from time to time, and how the payments or assistance to which the Indians are entitled shall be made or given.

[113] This provision was repealed in 1951 (*The Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, s. 123), and no provision authorizing investment took its place. The Assembly of First Nations argued that the investment power formerly contained in the *Indian Act* was transferred to s. 64(1)(k) in 1951 (which at the time was s. 64(1)(j)). However, an expenditure provision very similar to the present s. 64(1) was already in existence prior to the 1951 amendments when the investment provision was repealed. The expenditure section, formerly s. 93 of R.S.C. 1927, c. 98, read:

The Governor in Council may, with the consent of a band, authorize and direct the expenditure of any capital moneys standing at the credit of such band, in the purchase of land as a reserve for the band or as an addition to its reserve, or in the purchase of cattle, implements or machinery for the band, or in the construction of permanent improvements upon the reserve of the band, or such works thereon or in connection therewith as, in his opinion, will be of permanent value to the band, or will, when completed, properly represent capital or in the making of loans to members of the band to

[111] Aucun des art. 61 à 69 de la *Loi sur les Indiens* n'envisage que l'argent des Indiens fasse l'objet de placements effectués, détenus et administrés par la Couronne.

c) *Les modifications de 1951*

[112] Avant sa modification en 1951, la *Loi sur les Indiens* autorisait expressément le gouverneur en conseil à investir l'argent des Indiens. Voici le texte de l'ancien art. 92 de la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98 :

À l'exception de la somme, n'excédant pas cinquante pour cent du produit d'une terre, de bois de construction ou d'autres biens qu'il est convenu, lors de la rétrocession, de verser aux membres de la bande y intéressée, le gouverneur en son conseil peut, sous réserve des dispositions de la présente Partie, prescrire comment, de quelle manière et par qui les deniers provenant de l'aliénation ou de la vente de terres indiennes, ou de biens tenus ou à tenir en fiducie pour les Indiens, ou de bois de construction sur les terres ou dans les réserves indiennes, ou provenant de toute autre source au bénéfice des Indiens, doivent être placés à toute époque, et il peut prescrire le mode de versement ou de secours auxquels les Indiens ont droit.

[113] Abrogée en 1951 (*Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 123), cette disposition n'a été remplacée par aucune autre autorisant le placement. L'Assemblée des Premières Nations soutient que le pouvoir d'investir que conférait auparavant la *Loi sur les Indiens* s'est retrouvé à l'al. 64(1)(k) dès 1951 (qui correspondait alors à l'al. 64(1)(j)). Toutefois, une disposition sur les dépenses très semblable à l'actuel par. 64(1) existait déjà avant les modifications de 1951 et l'abrogation de la disposition sur le placement. Il s'agit de l'ancien art. 93, S.R.C. 1927, ch. 98, dont voici le texte :

Le gouverneur en son conseil peut, du consentement d'une bande, autoriser et prescrire l'emploi de capitaux portés au crédit de la bande, à l'achat de terrains devant servir de réserve à la bande ou augmenter sa réserve, ou à l'achat de bestiaux, d'instruments aratoires ou de machines pour la bande, ou à l'exécution d'améliorations permanentes dans la réserve de la bande, ou aux travaux dans la réserve ou connexes à la réserve, qu'il estime devoir procurer une valeur permanente, ou qui, après leur achèvement, représenteront un capital effectif, ou à faire des prêts aux membres de la bande afin

promote progress, no such loan, however, to exceed in amount one-half of the appraised value of the interest of the borrower in the lands held by him.

[114] Upon comparing the former s. 93 and the current s. 64(1) of the *Indian Act*, it is apparent that s. 64(1) is an expanded version of s. 93. Each allowable expenditure listed in s. 93 appears in the new s. 64(1). Section 64(1) contains some additional expenditures, as well as the “for any other purpose” provision in s. 64(1)(k).

[115] Prior to 1951, Parliament contemplated separate expenditure and investment provisions. It cannot be inferred that Parliament intended to preserve the Crown’s prior express investment power that it specifically removed, through s. 64(1)(k), a general, non-specific expenditure power that follows a list of authorized expenditures for expenses or assets over which the Crown had no control or responsibility. After removing a provision expressly permitting investment, it could not have been the intention of Parliament to then preserve that power through a residual clause in a section providing for the “expenditure” of funds.

[116] The absence of any statutory regime regulating investment of Indian moneys is also significant. As the Ontario Court of Appeal noted in *Authorson*, “[w]here Parliament has authorized external investment, it has done so expressly through complex statutory regimes” (para. 108). No such complex statutory regime appears in the *Indian Act*.

[117] A further indication of Parliament’s intent can be drawn from the fact that from 1859 to 1951, the Crown had not engaged in investing Indian moneys but rather paid interest at rates from 3 to 6 percent. It is reasonable to infer that in repealing the investment power in the *Indian Act*, the Crown was bringing the legislation into conformity with actual practice.

[118] The bands have argued that the Crown could have used s. 4(2) of the *Indian Act* to render ss. 61

de favoriser le progrès; toutefois, ces prêts ne doivent pas être supérieurs à la moitié de la valeur estimative de l’intérêt de l’emprunteur dans les terres qu’il détient.

[114] La confrontation de l’ancien art. 93 et de l’actuel par. 64(1) de la *Loi sur les Indiens* révèle que le second correspond à une version élargie du premier. Chacune des dépenses permises à l’art. 93 se retrouve dans le nouveau par. 64(1), ce à quoi s’ajoutent quelques dépenses supplémentaires et l’expression « pour toute autre fin » employée à l’al. 64(1)(k).

[115] Avant 1951, le législateur envisageait des dispositions distinctes pour les dépenses et les placements. On ne peut inférer que son intention était de reprendre, à l’al. 64(1)(k), le pouvoir exprès de la Couronne de placer l’argent qu’il avait supprimé. L’alinéa 64(1)(k) confère un pouvoir général et non spécifique de dépenser qui suit l’énumération de dépenses ou d’acquisitions à l’égard desquels la Couronne n’a aucun pouvoir ni aucune obligation. Après avoir abrogé la disposition autorisant expressément l’investissement, le législateur n’a pu vouloir préserver ce pouvoir au moyen de la disposition supplétive d’un article sur la « dépense » de sommes d’argent.

[116] L’absence de tout régime législatif régissant l’investissement de l’argent des Indiens est également révélateur. Comme le signale la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Authorson*, [TRADUCTION] « [l]orsque le législateur a autorisé l’investissement sur les marchés extérieurs, il l’a fait expressément au moyen de régimes législatifs complexes » (par. 108). La *Loi sur les Indiens* n’établit aucun régime législatif complexe de cette nature.

[117] Un autre indice de l’intention du législateur réside dans l’omission de la Couronne d’investir l’argent des Indiens, entre 1859 et 1951, et dans son choix de verser de l’intérêt à un taux oscillant entre 3 et 6 p. 100. Il est raisonnable d’inférer de l’abrogation du pouvoir d’investir prévu dans la *Loi sur les Indiens* que le législateur voulait rendre la loi conforme à la pratique établie.

[118] Les bandes font valoir que le législateur aurait pu, grâce au par. 4(2) de la *Loi sur les*

to 68 of the Act inapplicable. If those provisions were proclaimed to be inapplicable, it is argued that there would be no legislative restriction on the power of the Crown to invest. Section 4(2) states:

(2) The Governor in Council may by proclamation declare that this Act or any portion thereof, except sections 5 to 14.3 or sections 37 to 41, shall not apply to

- (a) any Indians or any group or band of Indians, or
- (b) any reserve or any surrendered lands or any part thereof,

and may by proclamation revoke any such declaration.

[119] However, the use of s. 4(2) in this manner would have had the effect of removing the application of those sections of the *Indian Act* for all purposes relating to the expenditure of capital and revenue moneys of the bands in question, not just in relation to investment of their royalties. By these money management provisions, Parliament created a complete code for the handling of Indian moneys. The inapplicability of the money management provisions would thus have far-reaching implications. For example, it would eliminate the requirement under the Act that the Crown obtain the consent of the bands for the expenditure of funds from the CRF. That the Crown could have used s. 4(2) in the manner suggested by the bands is unrealistic because of its broad impact.

(4) Section 21(1) of the *Financial Administration Act*

[120] The intervener Lac Seul First Nation argued that the FAA and *Indian Act* do not modify the Crown's duty as a common law trustee. It argued that "investment" is not an "expenditure", that s. 64 of the *Indian Act* does not apply, and that the *Indian Act* is therefore not an "applicable" statute within the meaning of s. 21 of the FAA. As a result, s. 21 operates as general authority to pay moneys

Indiens, rendre inapplicables les art. 61 à 68. Si ces derniers étaient privés d'effet par proclamation, le pouvoir d'investir de la Couronne ne connaîtrait aucune limitation législative. Le paragraphe 4(2) est rédigé comme suit :

(2) Le gouverneur en conseil peut, par proclamation, déclarer que la présente loi, ou toute partie de celle-ci, sauf les articles 5 à 14.3 et 37 à 41, ne s'applique pas :

- a) à des Indiens ou à un groupe ou une bande d'Indiens;
- b) à une réserve ou à des terres cédées, ou à une partie y afférente.

Il peut en outre, par proclamation, révoquer toute semblable déclaration.

[119] Toutefois, un tel recours au par. 4(2) aurait eu pour effet de rendre inapplicables les dispositions en question de la *Loi sur les Indiens* à toute fin liée à la dépense de l'argent du compte en capital et du compte de revenu des bandes en cause, et non seulement en ce qui a trait à l'investissement de leurs redevances. Par l'adoption de ces dispositions sur l'administration de l'argent, le législateur a créé un code complet de gestion de l'argent des Indiens. L'inapplicabilité des dispositions sur l'administration de l'argent aurait donc de graves conséquences, dont la suppression de l'obligation légale de la Couronne d'obtenir le consentement des bandes pour la dépense des sommes détenues dans le Trésor. Il n'aurait pas été réaliste que le législateur recoure au par. 4(2) comme le préconisent les bandes vu l'incidence considérable d'une telle mesure.

(4) Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*

[120] L'intervenante Première Nation du Lac Seul soutient que la LGFP et la *Loi sur les Indiens* ne modifient pas l'obligation de la Couronne en tant que fiduciaire de common law. Elle fait valoir qu'un « investissement » n'est pas une « dépense », que l'art. 64 de la *Loi sur les Indiens* ne s'applique pas et que la *Loi sur les Indiens* ne constitue donc pas une loi « applicabl[e] » au sens de l'art. 21

out of the CRF to satisfy the Crown's common law duties as trustee, which include investment.

[121] I am unable to accept these submissions. Section 21(1) of the FAA says that money may only be paid out of the CRF "subject to any statute applicable thereto". Parliament could not have intended that the Crown retain a residual unilateral power to pay out band moneys from the CRF without consent of the bands for purposes not referred to in the *Indian Act*. Overriding the bands' consent would be contrary to the scheme of the *Indian Act*, which intended to recognize greater self-determination for Indians, while still protecting their interests. In *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846, McLachlin C.J. referred to the Parliamentary debates on the amendments to the *Indian Act* in 1951. While that case concerned the provisions of the *Indian Act* dealing with property on reserves that was exempt from seizure, the concerns of Parliament at that time were not restricted solely to those provisions. As she noted, at para. 55, during the Parliamentary debates on the amendments, then-Minister of Citizenship and Immigration Walter Edward Harris put the issue in general terms as follows:

The problem is to maintain the balance of administration of the Indian Act in such a way as to give self-determination and self-government as the circumstances may warrant to all Indians in Canada, but that in the meantime we should have the legislative authority to afford any necessary protection and assistance.

(*House of Commons Debates*, vol. II, 4th Sess., 21st Parl., March 16, 1951, at p. 1352)

[122] The relevant applicable statute is the *Indian Act* because it is the statutory scheme governing the control and management of Indian moneys. It provides no authority for any expenditure or payment of Indian moneys other than for the purposes provided for in the Act. The *Indian Act* does not provide for investment.

de la LGFP. En conséquence, l'art. 21 confère à la Couronne le pouvoir général de prélever des sommes sur le Trésor pour s'acquitter de ses obligations à titre de fiduciaire de common law, notamment pour investir.

[121] Je ne puis faire droit à cette prétention. Suivant le paragraphe 21(1) de la LGFP, des fonds ne peuvent être prélevés sur le Trésor que « sous réserve des lois applicables ». Le législateur ne peut avoir voulu que la Couronne conserve le pouvoir unilatéral de prélever des sommes sur l'argent des Indiens détenu dans le Trésor sans le consentement des bandes et à des fins non prévues dans la *Loi sur les Indiens*. Faire fi de l'exigence du consentement des bandes serait contraire à l'esprit de la *Loi sur les Indiens*, qui vise à reconnaître aux Indiens un droit accru à l'autodétermination, tout en protégeant leurs intérêts. Dans l'arrêt *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846, la juge en chef McLachlin renvoie aux débats de la Chambre des communes sur la réforme de la *Loi sur les Indiens* de 1951. Dans cette affaire, le litige portait sur les dispositions de la *Loi sur les Indiens* prévoyant l'insaisissabilité de biens situés sur une réserve. Or, ces dispositions n'étaient pas le seul sujet de préoccupation du Parlement en 1951. Comme la juge en chef le fait observer au par. 55, lors des débats de la Chambre des communes sur la réforme proposée, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration d'alors, Walter Edward Harris, a résumé l'enjeu en termes généraux :

Il s'agit de répartir l'administration de la loi sur les Indiens de façon à accorder à tous les Indiens du pays la liberté d'action et l'autonomie administrative qui paraîtront opportunes, tout en nous assurant, dans l'intervalle, l'autorité législative dont nous avons besoin pour les protéger et les aider.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 4^e sess., 21^e lég., 16 mars 1951, p. 1380)

[122] La loi applicable est la *Loi sur les Indiens*, car celle-ci encadre la possession et la gestion de l'argent des Indiens. Elle ne permet pas la dépense ou le versement de cet argent à d'autres fins que celles énumérées, non plus que son investissement.

[123] The wording of the *Indian Act* and the legislative changes made in 1951 indicate that no power existed after that time for the Crown to make, hold and manage investments made with Indian moneys.

E. *The Crown's Fiduciary Obligations to the Bands*

[124] It is next necessary to determine whether the Crown's actions under the authority of the FAA and the *Indian Act*, including the Indian moneys formula, were consistent with its fiduciary obligations to the bands.

[125] A fundamental principle underlying the fiduciary relationship is the requirement that a fiduciary acts "exclusively for the benefit of the other, putting his own interests completely aside" (Waters, Gillen and Smith, at p. 877). This is the duty of loyalty and it requires the trustee to avoid conflicts of interest. A fiduciary is required to avoid situations where its duty to act for the sole benefit of the trust and its beneficiaries conflicts with its own self-interest or its duties to another (see Waters, Gillen and Smith, at p. 877, and *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at pp. 646-47).

[126] At common law, a trustee is not permitted to borrow from the trust, as this would constitute a conflict of interest. The bands argued that the Crown was in a position of conflict of interest and therefore in breach of its fiduciary duty to them because their royalties were held in the CRF for use by the Crown. The bands have characterized the fact that the royalties are held in the CRF for use by the Crown as a "forced borrowing", and that without their consent it is improper or unlawful.

[127] The Crown is in a unique position as a fiduciary with respect to the royalties and the payment of interest. The Crown is borrowing the bands' money held in the CRF. However, the borrowing is required by the legislation. According to s. 61(2) of

[123] Il appert du libellé de la *Loi sur les Indiens* et des modifications législatives qui y ont été apportées en 1951 que la Couronne ne pouvait plus dès lors placer l'argent des Indiens, ni administrer et gérer le placement de cet argent.

E. *Obligations fiduciaires de la Couronne envers les bandes*

[124] Il faut maintenant déterminer si les mesures prises par la Couronne sur le fondement de la LGFP et de la *Loi sur les Indiens*, dont le recours à la formule applicable à l'argent des Indiens, étaient compatibles avec ses obligations fiduciaires envers les bandes.

[125] Un principe fondamental sous-tendant la relation fiduciaire veut que le fiduciaire doive agir [TRADUCTION] « uniquement au bénéfice de l'autre, en faisant totalement abstraction de ses propres intérêts » (Waters, Gillen et Smith, p. 877). Il s'agit de l'obligation de loyauté, qui exige du fiduciaire qu'il évite tout conflit d'intérêts. Le fiduciaire doit se soustraire à toute situation où son obligation d'agir au seul bénéfice de la fiducie et de ses bénéficiaires entre en conflit avec ses propres intérêts ou ses obligations envers un tiers (voir Waters, Gillen et Smith, p. 877, et l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, p. 646-647).

[126] En common law, le fiduciaire ne peut emprunter une somme à la fiducie, car il en résulterait un conflit d'intérêts. Les bandes font valoir que la Couronne s'est placée en situation de conflit d'intérêts et qu'elle a donc manqué à ses obligations fiduciaires envers elles en déposant leurs redevances au Trésor et en les gardant à sa disposition. À leur avis, le versement des redevances au Trésor et leur mise à la disposition de la Couronne équivalaient à un « prêt forcé » qui, en l'absence de leur consentement, était irrégulier ou illicite.

[127] La situation de la Couronne en tant que fiduciaire est unique en ce qui concerne les redevances et le paiement d'intérêts. La Couronne emprunte l'argent des bandes déposé dans le Trésor, mais cet emprunt est exigé par la loi. En effet, suivant

the *Indian Act*, “[i]nterest on Indian moneys held in the Consolidated Revenue Fund shall be allowed at a rate to be fixed from time to time by the Governor in Council.” As the majority of the Court of Appeal noted, this borrowing is an “inevitable consequence of the combined operation of the *Indian Act* and the *Financial Administration Act*” (para. 120).

[128] A fiduciary that acts in accordance with legislation cannot be said to be breaching its fiduciary duty. The situation which the bands characterize as a conflict of interest is an inherent and inevitable consequence of the statutory scheme.

[129] The Crown’s position in the setting of the interest rate paid to the bands is also unique. On the one hand, it has fiduciary duties that are owed to the bands, including the duty of loyalty and the obligation to act in the bands’ best interests. On the other hand, the Crown must pay the interest owed to the bands with funds from the public treasury financed by taxpayers. The Crown has responsibilities to all Canadians, and some balancing inevitably must be involved.

[130] As Binnie J. stated in *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245, at para. 96, “[t]he Crown can be no ordinary fiduciary; it wears many hats and represents many interests, some of which cannot help but be conflicting”. In the present case, the Crown must consider not only the interests of the bands but also the interests of other Canadians when it sets the interest rate paid to the bands.

[131] The standard of care required of the Crown in administering the funds of the bands is that of “a man of ordinary prudence in managing his own affairs”, *per* Dickson J. in *Fales*, at p. 315. However, because the Crown “can be no ordinary fiduciary”, its obligation to act as a person of ordinary prudence in managing his or her own affairs is modified by relevant legislation and by the kinds of considerations outlined above.

le par. 61(2) de la *Loi sur les Indiens*, « [l]es intérêts sur l’argent des Indiens détenu au Trésor sont alloués au taux que fixe le gouverneur en conseil. » Comme le font remarquer les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale, cet emprunt « constitue une conséquence inévitable de l’effet combiné de la *Loi sur les Indiens* et de la *Loi sur la gestion des finances publiques* » (par. 120).

[128] On ne saurait dire du fiduciaire qui se conforme à la loi qu’il manque à son obligation fiduciaire. La situation que les bandes qualifient de conflit d’intérêts est une conséquence inhérente au régime législatif et elle est de ce fait inévitable.

[129] La situation de la Couronne lorsqu’elle fixe le taux de l’intérêt payé aux bandes est elle aussi unique. D’une part, elle a envers les bandes des obligations fiduciaires, dont celles de faire preuve de loyauté et d’agir au mieux de leurs intérêts. D’autre part, elle doit payer l’intérêt dû aux bandes par prélèvement sur le trésor public, à savoir l’argent des contribuables. La Couronne a des obligations envers l’ensemble des Canadiens et une pondération des divers intérêts en jeu s’impose inévitablement.

[130] Comme le dit le juge Binnie dans l’arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245, par. 96, « [l]a Couronne ne saurait être un fiduciaire ordinaire; elle agit en plusieurs qualités et représente de nombreux intérêts, dont certains sont immanquablement opposés ». En l’espèce, la Couronne doit prendre en considération non seulement les intérêts des bandes, mais également ceux des autres Canadiens lorsqu’elle fixe le taux de l’intérêt payé aux bandes.

[131] Suivant l’arrêt *Fales*, le soin exigé de la Couronne dans l’administration des fonds des Indiens est celui « qu’un bon père de famille apporte à l’administration de ses propres affaires » (le juge Dickson, p. 315). Toutefois, comme la Couronne « ne saurait être un fiduciaire ordinaire », son obligation d’agir comme le ferait une personne avisée administrant ses propres affaires est façonnée par les lois applicables et les considérations susmentionnées.

F. *The Test for Determining the Obligations of the Crown in Providing a Return to the Bands*

[132] Within the Crown's discretion as a fiduciary, it had a number of options for setting the interest rate paid to the bands. The range of options included: (1) a flat rate of interest that might be adjusted from time to time; (2) interest at the rate of return of short-term treasury bills; (3) interest equivalent to the return on a diversified portfolio; (4) interest at a rate tied to the yield on long-term government bonds but adjusted periodically; or (5) interest at the yield on long-term government bonds guaranteed for the term of the bonds, i.e. a laddered bond portfolio.

(1) Flat Rate

[133] From 1859 to 1969, the Crown paid a flat rate of interest, adjusted periodically, on Indian moneys. While simple to administer and understand, a flat rate of interest does not accommodate changes in the rate of inflation in a timely way because the changing of the rate would require a new Order in Council, which in turn likely would have required consultation with the affected bands. No one has suggested this as an adequate alternative, and no further consideration need be given to it.

(2) Short-Term Treasury Bill Return

[134] A return based on short-term treasury bills has the advantage of providing liquidity to the bands. It also minimizes the cost of borrowing as short-term borrowings generally pay lower interest than longer term borrowings. However, this option fails to take into account the fact that at least some of the bands' royalties would be held in the CRF over longer periods. Although the Crown has used returns on short-term treasury bills to show that the bands received substantially more, the Crown does not suggest that interest based on short-term treasury bills was an appropriate alternative.

F. *Détermination de l'obligation de la Couronne de faire fructifier l'argent des bandes*

[132] Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à titre de fiduciaire, la Couronne disposait d'un certain nombre d'options concernant l'intérêt payé aux bandes, dont l'adoption (1) d'un taux fixe ajustable périodiquement, (2) d'un taux fondé sur le rendement des bons du Trésor à court terme, (3) d'un taux équivalant au rendement d'un portefeuille diversifié, (4) d'un taux lié au rendement des obligations à long terme du gouvernement rajusté périodiquement ou (5) d'un taux équivalant au rendement des obligations à long terme du gouvernement garanti jusqu'à l'échéance, soit le rendement d'un portefeuille échelonné d'obligations.

(1) Taux fixe

[133] De 1859 à 1969, la Couronne a versé sur l'argent des Indiens des intérêts à un taux fixe rajusté périodiquement. La formule est simple à comprendre et à appliquer, mais elle ne tient pas compte des fluctuations du taux d'inflation au moment où elles surviennent, car la modification du taux d'intérêt nécessite l'adoption d'un nouveau décret et, par conséquent, la consultation des bandes concernées. Nul ne préconise l'application de cette formule, de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'y attarder davantage.

(2) Rendement des bons du Trésor à court terme

[134] Un taux lié au rendement des bons du Trésor à court terme présente l'avantage de mettre des liquidités à la disposition des bandes. Il diminue également le coût d'emprunt étant donné que l'intérêt sur un prêt à court terme est généralement moins élevé que l'intérêt sur un prêt à long terme. Cependant, cette formule ne tient pas compte du fait qu'au moins une partie des redevances des bandes serait néanmoins détenue dans le Trésor à plus long terme. La Couronne fait état du rendement des bons du Trésor à court terme pour montrer que les bandes ont touché un intérêt bien supérieur, mais elle ne privilégie pas un taux d'intérêt fondé sur ce rendement.

(3) Diversified Portfolio Return

[135] The bands submit that if the statutory scheme prevented the Crown from investing the royalties, the Crown should nonetheless have provided the bands with an interest rate that was equivalent to what the return would have been had their funds been invested in a diversified portfolio. Ermineskin, in its factum, submits that “the Crown could have, and ought to have, provided Ermineskin with a return on its moneys commensurate with what would have been obtained through prudent investment” (para. 177).

[136] A fiduciary is not required to provide the beneficiary, out of the fiduciary’s own resources, what could have been obtained had legislative or contractual limits on its discretion not existed. Requiring the Crown to pay a rate of interest equivalent to what would have been obtained through investment in a diversified portfolio would require the Crown, in its fiduciary capacity, to supplement, out of the public treasury, the return that it was statutorily prevented from obtaining. It was not required to do so.

(4) Adjusted Long-Term Rate

[137] The interest rate methodology instituted by the Crown in 1969 and continued in 1981 involved a floating interest rate, with the rate adjusted initially monthly, and as of 1981, quarterly. The interest rate was tied to the market yield on government bonds having terms to maturity of 10 years or over. Since interest rates and anticipated inflation are generally correlated, the quarterly adjustment offered some protection against inflation.

[138] This option provided the bands with liquidity. The bands received the benefit of a long-term bond yield without the associated risk of locking in the funds for the long term. While there was the possibility of declining interest rates, in which case the bands would not receive the benefit of a locked-in rate, there was also the possibility of the opposite

(3) Rendement d’un portefeuille diversifié

[135] Les bandes font valoir que si le régime législatif l’empêchait d’investir les redevances, la Couronne aurait dû néanmoins payer de l’intérêt aux bandes à un taux équivalant au rendement qu’elles auraient obtenu si leurs fonds avaient été placés dans un portefeuille diversifié. Dans son mémoire, la nation d’Ermineskin soutient que [TRADUCTION] « la Couronne aurait pu et aurait dû [la] faire bénéficier d’un rendement équivalent à celui qu’elle aurait touché en investissant prudemment » (par. 177).

[136] Un fiduciaire n’est pas tenu d’assurer au bénéficiaire, en puisant dans ses propres ressources, le rendement qu’il aurait pu obtenir si son pouvoir discrétionnaire n’avait pas été limité par voie législative ou contractuelle. Exiger de la Couronne qu’elle paie de l’intérêt à un taux équivalant au rendement qu’aurait procuré l’investissement dans un portefeuille diversifié l’obligerait, en qualité de fiduciaire, à verser, par prélèvement sur le trésor public, le rendement que la loi l’empêchait d’obtenir, ce qu’elle ne saurait être tenue de faire.

(4) Taux variable fondé sur le rendement des obligations à long terme du gouvernement

[137] Suivant la formule de fixation du taux d’intérêt qu’elle a adoptée en 1969, puis décidé de conserver en 1981, la Couronne appliquait un taux variable qui, au début, était rajusté mensuellement puis, dès 1981, trimestriellement. Le taux d’intérêt était lié au rendement sur le marché des obligations du gouvernement à échéance de 10 ans ou plus. Vu la corrélation habituelle entre les taux d’intérêt et le taux d’inflation prévu, le rajustement trimestriel offrait une certaine protection contre l’inflation.

[138] Cette option mettait des liquidités à la disposition des bandes, qui obtenaient le rendement d’une obligation à long terme sans courir le risque lié à l’immobilisation de fonds sur une longue période. Les taux d’intérêt pouvaient baisser, auquel cas les bandes ne profitaient pas des avantages d’un taux d’intérêt immobilisé, mais ils pouvaient aussi

occurring. If interest rates were to increase, the bands would get the benefit of the increase on all their funds within three months, rather than having them locked in at lower rates for long periods of time.

[139] The Crown's conduct cannot be measured in hindsight. In *Blueberry River*, McLachlin J. (as she then was) determined that the Crown's sale of the land in question to the Director of the *Veterans' Land Act* was not in breach of the Crown's fiduciary duty. A number of possible options for the disposition of the land were considered and "[t]he interests and wishes of the Band were given utmost consideration throughout" (para. 51). At para. 51, she stated:

At the time, [the sale of the land] was a defensible choice. Indeed, it can be argued that the sale of the surface rights was the only alternative that met the Band's apparent need to obtain land nearer its trap lines. In retrospect, with the decline of trapping and the discovery of oil and gas, the decision may be argued to have been unfortunate. But at the time, it may be defended as a reasonable solution to the problems the Band faced.

[140] In this case, it cannot be said that the floating rate approach adopted by the Crown was not a prudent course of action having regard to the options available. Nor can it be said that it was selected without regard to the best interests of the bands. It provided liquidity and some protection against inflation, without the risks associated with locking in the funds. It cannot be said that a prudent person managing his or her own affairs under the same legislative constraints as the Crown would not have chosen this option.

(5) Laddered Bond Portfolio

[141] Samson argued that one alternative to a diversified investment portfolio would have been a laddered bond portfolio.

grimper. Ainsi, advenant le relèvement des taux d'intérêt, les bandes voyaient l'ensemble de leurs fonds en bénéficiant dans les trois mois au lieu d'être immobilisés à des taux inférieurs sur de longues périodes.

[139] Les mesures prises par la Couronne ne peuvent être jugées après coup. Dans l'arrêt *Rivière Blueberry*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) conclut que la vente par la Couronne des terres en cause au Directeur de la *Loi sur les terres destinées aux anciens combattants* ne constituait pas un manquement à son obligation fiduciaire. Un certain nombre de possibilités d'aliénation des terres étaient envisagées et « [o]n a accordé la plus grande attention aux intérêts et aux désirs des Indiens avant de décider » (par. 51). Elle ajoute, toujours au par. 51 :

À l'époque, [la vente des terres constituait] un choix défendable. De fait, on peut prétendre que la vente des droits de superficie était la seule solution qui répondait au besoin manifeste de la bande d'obtenir des terres plus près de ses sentiers de piégeage. Avec le recul du temps, compte tenu du déclin du piégeage et de la découverte de pétrole et de gaz, il est possible d'affirmer que la vente des terres s'est révélée une décision malencontreuse. Toutefois, à l'époque, elle pouvait se défendre en tant que solution raisonnable aux problèmes auxquels la bande faisait alors face.

[140] En l'espèce, compte tenu des autres possibilités qui s'offraient à elle, on ne peut dire qu'en optant pour un taux variable, la Couronne a fait preuve d'imprudence ou n'a pas agi au mieux des intérêts des bandes. La formule mettait en effet des liquidités à la disposition des bandes et protégeait le capital contre l'inflation et le risque lié à son immobilisation. On ne saurait affirmer qu'une personne prudente administrant ses propres affaires et assujettie aux mêmes contraintes légales que la Couronne n'aurait pas opté pour cette formule.

(5) Portefeuille échelonné d'obligations

[141] La nation de Samson fait valoir qu'au lieu d'investir les redevances dans un portefeuille diversifié, la Couronne aurait pu les placer dans un portefeuille échelonné d'obligations.

[142] This approach would treat the bands' funds in the CRF as if they were invested in government bonds with maturity staggered over a series of years. The objective is to take advantage of the higher yields on longer term bonds while providing for liquidity by having bonds mature each year. The bond ladder might, at the outset, have equal amounts allocated to bonds maturing in years one, two, three, *et cetera*, up to the maximum thought appropriate by the trustee.

[143] Each year, the funds from the bonds maturing in that year would be allocated to bonds maturing at the end of the ladder. If the ladder was to be over 20 years, each year the funds from maturing bonds would be allocated to bonds maturing in 20 years from that year.

[144] In addition to the interest available each year, the proceeds of the bonds maturing in each year would be available if liquidity requirements demanded that the funds not be reinvested but used for other purposes. If necessary, bonds could be disposed of prior to maturity but subject to market prices at the time of disposition. Of course, if this occurred, the balance in the ladder would be affected, but with new royalties coming into the CRF, the ladder could be re-balanced with those funds.

[145] Samson says that a laddered bond approach would have produced higher returns than the adjusted rate approach adopted by the Crown because the higher yields available in periods of higher inflation such as was experienced in the 1970s and the 1980s would have been locked in for the duration of the life of the bonds. Samson is correct on this point. However, that is only something that is now known in hindsight. The period beginning in the later 1980s was characterized by declining inflation and interest rates. During the latter part of the 1990s and particularly in the first decade of the 21st century, interest rates remained low and relatively stable. But the direction of inflation and interest rates cannot be predicted in advance. Had

[142] Dans ce cas, les fonds des bandes détenus dans le Trésor sont considérés comme des fonds investis dans des obligations du gouvernement comportant des échéances échelonnées sur plusieurs années. L'objectif consiste à tirer avantage du rendement supérieur des obligations à long terme tout en assurant l'accès à des liquidités grâce à l'échelonnement des échéances. Au départ, cet échelonnement peut se faire par le placement de montants égaux dans des obligations venant à échéance dans un an, deux ans, trois ans et chaque année subséquente, jusqu'à concurrence d'un maximum déterminé par le fiduciaire.

[143] Chaque année, le produit des obligations échues est investi dans des obligations venant à échéance après la période d'échelonnement. Si les échéances sont réparties sur 20 ans, chaque année, le produit des obligations échues est investi dans des obligations échéant 20 ans plus tard.

[144] Chaque année, les bandes peuvent disposer non seulement de l'intérêt versé, mais aussi du produit des obligations échues lorsque leurs besoins de liquidités à quelque fin font en sorte qu'il n'y a pas de réinvestissement. Au besoin, les obligations peuvent être vendues avant l'échéance, mais aux prix alors offerts sur le marché. En pareil cas, l'équilibre du portefeuille échelonné est évidemment compromis, mais il peut être rétabli grâce aux nouvelles redevances versées au Trésor.

[145] La nation de Samson soutient qu'un portefeuille échelonné d'obligations aurait rapporté plus que la formule du taux rajusté adoptée par la Couronne, car les rendements substantiels obtenus en période d'inflation élevée, notamment dans les années 1970 et 1980, auraient été maintenus pendant la durée des obligations. Elle a raison sur ce point. Cependant, on ne peut l'affirmer aujourd'hui qu'avec le recul. À la fin des années 1980, l'inflation et les taux d'intérêt étaient à la baisse. Depuis la fin des années 1990, et particulièrement pendant la première décennie du 21^e siècle, les taux d'intérêt sont demeurés bas et relativement stables. Mais on ne peut prévoir l'évolution de l'inflation et des taux d'intérêt. Si ceux-ci avaient augmenté pendant

inflation and interest rates increased over some part of the period, locking into a laddered bond portfolio would have been detrimental in that period. So there is risk in a laddered bond approach.

[146] As said, it is true that a laddered bond approach would have yielded better returns than the approach selected. However, just because in hindsight it is apparent that the returns may have been greater does not mean that the Crown breached its fiduciary duties to the bands by adopting an equally prudent floating long-term rate approach.

(6) Conclusion Respecting the Methodology Selected by the Crown

[147] Of the alternatives considered, it is apparent that short-term rates would not have been in the best interests of the bands when it was possible for the Crown to pay interest at a higher rate in view of the Crown's diversified borrowing patterns. A fixed rate of interest would not have been sufficiently flexible to account for changes in prevailing interest rates and inflation. Payment of interest equivalent to what might have been earned in a diversified portfolio would have required subsidization from the public treasury. A fiduciary is not required to supplement the return it is legislatively restricted to providing from its own resources, in this case, the public treasury.

[148] The two alternatives that could have been selected by a prudent person managing his or her own affairs but modified by the constraints applicable to the Crown were the fluctuating rate approach adopted by the Crown and the laddered bond approach. When the Indian moneys formula was adopted in 1969, interest rates were tending upwards. In hindsight, because interest rates have tended downwards since the 1980s, investment in a laddered bond portfolio would have produced higher returns for the bands since that time than the long-term floating rate approach that was adopted. However, compliance by the Crown

une certaine partie de la période considérée, l'investissement dans un portefeuille échelonné aurait alors été désavantageux. Cette stratégie d'investissement n'est donc pas sans risques.

[146] L'investissement dans un portefeuille échelonné d'obligations aurait certes procuré de meilleurs rendements que la formule retenue. Toutefois, même si le recul permet de constater que les rendements auraient pu être plus élevés, la Couronne n'a pas pour autant manqué à ses obligations fiduciaires envers les bandes en optant pour une solution tout aussi prudente, à savoir celle du taux variable fondé sur le rendement des obligations à long terme du gouvernement.

(6) Conclusion concernant la formule retenue par la Couronne

[147] Il ressort de l'examen des autres solutions possibles qu'un taux fondé sur le rendement de titres à court terme n'aurait pas été au mieux des intérêts des bandes lorsque la Couronne aurait pu payer un intérêt plus élevé compte tenu de ses emprunts diversifiés. Un taux d'intérêt fixe n'aurait pas eu la souplesse voulue pour tenir compte de la fluctuation des taux d'intérêt et de l'inflation. Par ailleurs, le trésor public aurait dû subventionner le paiement d'un intérêt équivalant au rendement d'un portefeuille diversifié. Le fiduciaire n'a pas à puiser dans ses propres ressources, en l'occurrence le trésor public, pour bonifier le rendement qu'il peut verser eu égard aux contraintes légales.

[148] Les deux choix qu'aurait pu faire une personne prudente administrant ses propres affaires, mais tenant compte des contraintes applicables à la Couronne, étaient celui du taux d'intérêt variable, appliqué par la Couronne, et celui du portefeuille échelonné d'obligations. Lorsque la formule applicable à l'argent des Indiens a été adoptée en 1969, les taux d'intérêt étaient à la hausse. Vu la tendance à la baisse observée depuis les années 1980, on peut dire avec le recul qu'un portefeuille échelonné aurait dès lors permis aux bandes de toucher un rendement supérieur au taux variable fondé sur les obligations à long terme du gouvernement, taux

with its fiduciary obligations to the bands must be viewed prospectively.

[149] Without knowing the direction of interest rates and anticipated inflation, it cannot be said that the adoption of a floating long-term rate was an imprudent choice by the Crown. It was a way of contending with interest rates and inflation risk. I am of the opinion that in selecting the floating rate methodology of the Indian moneys formula, there was no breach of the fiduciary duty owed by the Crown to the bands.

G. *Transfer of Funds to the Bands*

[150] An alternative to the payment of interest by the Crown would have been the transfer of funds to the bands or to independent trustees for the benefit of the bands. The funds could then be invested by the bands or their trustees without control or management by the Crown. The bands assert that they had repeatedly demanded that their moneys be released to them by the Crown or to independent trustees but that the Crown had refused to do so. This position was not specifically argued as a breach of trust or fiduciary duty by the Crown. The bands simply argued that the Crown not only refused to invest the royalties, but also refused to allow the bands to invest them.

[151] Before this Court, the parties have argued that s. 64(1)(k) of the *Indian Act* provides authority for the transfer of capital moneys from the Crown to either the bands themselves or to an independent trust for the bands. When funds are transferred, the transfer constitutes an “expenditure” because the funds are no longer held by the Crown in trust. I accept this position.

[152] However, the Crown cannot simply transfer funds. In accordance with its fiduciary obligations and s. 64(1)(k) of the *Indian Act*, it must be satisfied that any transfer is in the best interests of the bands. Once a transfer is effected, the Crown’s fiduciary obligations with regard to the funds in question must cease, as it no longer has control over

pour lequel la Couronne a opté. Cependant, le respect des obligations fiduciaires de la Couronne doit être considéré prospectivement.

[149] Comme elle ne pouvait connaître à l’avance l’évolution des taux d’intérêt et de l’inflation, la Couronne n’a pas fait preuve d’imprudence en optant pour un taux variable fondé sur le rendement des obligations à long terme du gouvernement. C’était un moyen de se prémunir contre le risque de fluctuation des taux d’intérêt et de l’inflation. Selon moi, en appliquant la formule du taux variable à l’argent des Indiens, la Couronne n’a pas manqué à son obligation fiduciaire envers les bandes.

G. *Transfert de sommes d’argent aux bandes*

[150] Au lieu de verser de l’intérêt, la Couronne aurait pu choisir de transférer les sommes d’argent aux bandes ou à un fiduciaire indépendant, qui auraient pu ensuite les investir sans immixtion de la Couronne. Les bandes disent avoir exigé maintes fois que leur argent leur soit versé directement ou à un fiduciaire indépendant, mais avoir essuyé un refus. Cette affirmation ne vise pas à appuyer l’allégation de manquement à l’obligation fiduciaire comme telle. Les bandes font simplement valoir que la Couronne a refusé non seulement d’investir les redevances, mais également de leur permettre de le faire.

[151] Devant notre Cour, les parties prétendent que l’al. 64(1)k de la *Loi sur les Indiens* autorise la Couronne à transférer l’argent du compte en capital soit aux bandes, soit à un fiduciaire indépendant pour leur compte. Un transfert de fonds constitue une « dépense », car l’argent n’est plus détenu en fiducie par la Couronne. Je partage cet avis.

[152] Toutefois, la Couronne ne peut pas simplement transférer les fonds. Suivant ses obligations fiduciaires et l’al. 64(1)k de la *Loi sur les Indiens*, il lui faut être convaincue que l’opération sert au mieux les intérêts des bandes. Une fois les fonds transférés, la Couronne n’a plus d’obligations fiduciaires à leur égard, car elle n’a plus de droit de

the funds and is not responsible for their management. It is therefore necessary to consider history of dealings between the bands and the Crown to determine whether the Crown should have transferred some or all of the funds to the bands.

(1) Samson

[153] In February and April 1980, Samson requested transfer of \$35 million from its capital funds in the CRF to establish Peace Hills Trust. This money was transferred by the Crown. It appears that when the \$35 million was transferred to Samson to establish Peace Hills Trust, DIAND officials believed that the transfer was in the best interests of Samson. However, a report prepared for Samson by management consultants P. S. Ross & Partners in December 1979 had found that “[a] lack of long-range planning, including financial planning, prevails across the organization.” The report stated:

Furthermore, major financial decisions are not made as part of an overall plan to achieve specific results, but on an emotional basis, with consideration only being given to the possible short-term benefits. No serious consideration is given to the long term effects which these investments may have. [R.R., at p. 2514]

[154] Samson requested a further transfer of all its remaining royalties in the CRF to Peace Hills Trust in December 1980. During discussions between members of Samson and DIAND officials in early 1981, DIAND expressed the view that additional information regarding the requested transfer would be necessary. Some of this additional information was provided to DIAND, but not all the information that was requested.

[155] In particular, in April 1981, the then-Assistant Deputy Minister of Indian and Inuit Affairs, Donald K. Goodwin, sent a letter to Samson’s Chief regarding the band council resolutions providing for the transfer of the royalties. In that letter, Goodwin requested further information concerning the disposition of the \$35 million already transferred to the band in relation to the establishment of Peace Hills Trust. The letter stated

regard ni d’obligation de gestion s’y rattachant. Il est donc nécessaire d’examiner l’historique des rapports entre les bandes et la Couronne pour déterminer si cette dernière aurait dû transférer tout ou partie des fonds aux bandes.

(1) La nation de Samson

[153] En février et en avril 1980, la nation de Samson a demandé le transfert, par prélèvement sur son compte en capital, de la somme de 35 millions de dollars destinée à la mise sur pied de la fiducie Peace Hills. La Couronne a accédé à sa demande. Il appert que lors du versement de la somme, les représentants du MAINC croyaient que l’opération servait au mieux les intérêts de la nation de Samson. Toutefois, un rapport établi pour celle-ci en décembre 1979 par les conseillers en gestion P. S. Ross & Partners conclut que [TRADUCTION] « [I]a planification à long terme, notamment financière, fait défaut à toute l’organisation. » En voici un autre extrait :

[TRADUCTION] De plus, plusieurs décisions financières importantes ne sont pas prises dans le cadre d’un plan d’ensemble, avec des objectifs précis, mais plutôt de façon émotive, compte tenu uniquement des éventuels avantages à court terme. Les répercussions que ces investissements pourraient avoir à long terme ne sont pas vraiment prises en compte. [d.i., p. 2514]

[154] En décembre 1980, la nation de Samson a demandé le transfert à la fiducie Peace Hills du solde en entier de ses redevances détenues dans le Trésor. Lors de discussions entre ses représentants et ceux de la nation de Samson en 1981, le MAINC a dit avoir besoin au préalable de renseignements supplémentaires. Seulement une partie de ces renseignements lui a été communiquée.

[155] Plus particulièrement, en avril 1981, le sous-ministre adjoint des Affaires indiennes et inuits d’alors, Donald K. Goodwin, a fait parvenir au chef de la nation de Samson une lettre portant sur les résolutions du conseil de bande relatives au transfert des redevances. Il demandait des renseignements supplémentaires sur l’utilisation des 35 millions de dollars déjà versés pour la mise sur pied de la fiducie Peace Hills, car [TRADUCTION] « [r]ien

“[t]here is no indication that the funds have been expended for the purpose approved, nor is there any indication that the funds are even under the management of the Trust Company” (R.R., at p. 2541). The letter requested information regarding the disposition of those funds, including the amount and nature of funds deposited, invested or placed with Peace Hills Trust, and the rate of return in respect of those deposits or investments.

[156] Goodwin also requested evidence of support of Samson’s members. DIAND had previously requested copies of band meeting minutes demonstrating evidence of broad support for the transfer of the balance of Samson’s funds in the CRF. However, DIAND had not received those minutes. Additionally, as Peace Hills Trust had only been licensed in January 1981 and there were therefore only a few months from which to show a performance record, Goodwin requested copies of interim financial statements and management agreements between Samson and Peace Hills Trust. Finally, Goodwin noted that it had previously been indicated to Samson that the wording of the relevant band council resolutions was ambiguous, and requested more precise information about the intended use of the funds.

[157] The letter indicates that DIAND had the Crown’s fiduciary responsibilities to Samson in mind. The letter stated:

It is in the interest of everyone, but of Band members in particular, that all necessary information be available in order to best determine whether the proposals are first, within the limits imposed on the Minister’s authority by section 64 of the Indian Act; secondly, are in the best interests of the Band members; and thirdly, meet the trust responsibilities of the Minister. [R.R., at p. 2543]

[158] A May 29, 1981 DIAND memo indicated that the response of Samson to the request for further information had been inadequate (R.R., at pp. 2556-59). Significantly, DIAND still had concerns about the disposition of the \$35 million already transferred, and questioned why approximately \$18 million was in the name of one Robert F. Roddick

n’indique que les fonds ont été dépensés aux fins approuvées, ni même que les fonds sont administrés par la société de fiducie » (d.i., p. 2541). La lettre visait l’obtention de renseignements sur l’affectation de ces fonds, notamment le montant et la nature des dépôts et des placements touchant la fiducie Peace Hills, ainsi que le rendement de ces dépôts ou placements.

[156] M. Goodwin demandait également la preuve de l’approbation du transfert par les membres de la nation de Samson. Le MAINC avait auparavant demandé copie du procès-verbal de l’assemblée attestant le large appui de la bande au transfert du solde des fonds détenus dans le Trésor. La bande n’avait toutefois pas accédé à sa demande. Par ailleurs, comme la fiducie Peace Hills n’avait été autorisée qu’en janvier 1981, son rendement ne pouvait être établi que sur quelques mois d’activité. M. Goodwin demandait copie des états financiers intermédiaires et des accords de gestion entre la nation de Samson et la fiducie Peace Hills. Enfin, il rappelait que les résolutions pertinentes du conseil de bande étaient ambiguës et il demandait des renseignements plus précis sur l’utilisation projetée des fonds.

[157] Il appert de la lettre que le MAINC avait à l’esprit les obligations fiduciaires de la Couronne envers la nation de Samson :

[TRADUCTION] Il est dans l’intérêt de tous, et des membres de la bande en particulier, que nous obtenions tous les renseignements requis afin de déterminer au mieux si, premièrement, les propositions respectent les contraintes du ministre suivant l’article 64 de la *Loi sur les Indiens*, deuxièmement, si elles servent au mieux les intérêts des membres de la bande et, troisièmement, si elles sont conformes aux obligations fiduciaires du ministre. [d.i., p. 2543]

[158] Une note de service datée du 29 mai 1981 indique que le MAINC ne jugeait pas satisfaisante la réponse de la nation de Samson à sa demande de précisions (d.i., p. 2556-2559). Fait important, le MAINC s’interrogeait toujours sur l’utilisation des 35 millions de dollars déjà transférés à la bande et se demandait pourquoi environ 18 millions de dollars

(an officer of Peace Hills Trust) “in trust” for Samson.

[159] In October 1981, John C. Munro, then-Minister of Indian and Northern Affairs Canada, wrote a letter to Samson expressing concern regarding the \$18 million in Guaranteed Investment Certificates in the name of R. F. Roddick for the Samson Band. As Roddick was an officer of Peace Hills Trust, this was viewed as “highly irregular” by the Auditor General and the Department of Insurance. The letter stated:

In light of the fact that the Samson Band has indicated its unwillingness to enter into a trust agreement with respect to the management of the \$18 million on deposit with Peace Hills Trust Company, we have no other alternative but to ask that your council return the amount to the Receiver General to be held on deposit in your account. [R.R., at p. 2860]

[160] The record does not indicate that the \$18 million was returned or that a satisfactory explanation was given with respect to the disposition of the \$35 million that had already been transferred.

[161] The transfer of the balance of the Samson funds in the CRF was not proceeded with at this time.

[162] In 1983, Samson proposed that \$50 million be transferred from its capital account in the CRF to establish the Samson Band Heritage Trust Fund (R.R., at p. 2753). The funds were to finance on-reserve housing projects using Peace Hills Trust as the lender. However, due to apparent “internal difficulties” as indicated in a letter from the Vice-President of Peace Hills Trust, Roy Louis (R.R., at p. 2763), no progress was made. The record indicates that these “internal difficulties” were within the Samson Band. Throughout this period, DIAND had been attempting to obtain an accurate explanation as to the disposition of the \$18 million held by Roddick in trust for the band from the earlier

étaient détenus au nom de Robert F. Roddick (un dirigeant de la fiducie Peace Hills) « en fiducie » pour la nation de Samson.

[159] En octobre 1981, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien d'alors, John C. Munro, a adressé à la nation de Samson une lettre faisant état de ses préoccupations concernant l'existence de certificats de placement garantis d'une valeur de 18 millions de dollars établis au nom de R. F. Roddick en fiducie pour la bande indienne de Samson. M. Roddick étant un dirigeant de la fiducie Peace Hills, le vérificateur général et le Département des Assurances jugeaient la situation [TRADUCTION] « très irrégulière ». Voici un extrait de la lettre :

[TRADUCTION] Étant donné le refus de la bande indienne de Samson de conclure une convention de fiducie pour la gestion des 18 millions de dollars déposés auprès de la fiducie Peace Hills, nous n'avons d'autre choix que de demander à votre conseil de rendre la somme au receveur général pour qu'il la dépose dans votre compte. [d.i., p. 2860]

[160] Le dossier n'indique pas que la somme de 18 millions de dollars a été rendue ou qu'une explication satisfaisante a été donnée en ce qui concerne l'utilisation des 35 millions de dollars déjà transférés.

[161] Le transfert du solde des fonds de la bande de Samson détenus dans le Trésor n'a pas eu lieu.

[162] En 1983, la nation de Samson a proposé que 50 millions de dollars soient prélevés de son compte en capital dans le Trésor pour mettre sur pied sa propre fiducie patrimoniale (d.i., p. 2753). La somme devait financer des projets d'habitation dans la réserve, et la fiducie Peace Hills devait tenir lieu de bailleur de fonds. Or, comme l'atteste une lettre du vice-président de la fiducie Peace Hills, Roy Louis (d.i., p. 2763), rien n'a été fait en raison de [TRADUCTION] « difficultés internes ». Le dossier révèle que c'est la bande qui connaissait de telles difficultés. Pendant toute cette période, le MAINC a tenté en vain d'obtenir une explication valable du fait que 18 millions de dollars, prélevés sur les

\$35 million transfer. No satisfactory explanation was provided.

[163] In 1986, Samson again proposed the creation of the Heritage Trust. However, it appears that due to conflict within the Samson band council, no transfer was ever effected.

[164] In 1990, Samson applied to the Federal Court to appoint a receiver-manager of its capital moneys in the CRF. Negotiations for a transfer agreement continued, but the Crown insisted upon a financial plan. Samson's application was dismissed in January 1992 by Jerome A.C.J. (R.R., at pp. 4121-24), with a direction to negotiate. However, throughout the subsequent negotiations, Samson failed to provide the Crown with a financial plan that would satisfy the Crown that the transfer was in the band's best interests. The Crown continued to maintain that it required such a plan, in addition to a guarantee that the Crown would have no further obligations with regard to the funds after the transfer and a band referendum.

[165] The Crown sent Samson a draft trust deed in March 1993. By June 1994 it had not yet received Samson's response (Macleod Dixon letter, R.R., at pp. 4045-46). It appears from the record, however, that negotiations continued until 1997, when the Crown forwarded Samson a draft order for the interim transfer of funds, after which the parties continued to discuss both the order and the potential of a transfer of funds.

[166] In February 2001, the Crown sent Samson a draft proposal for a transfer. Samson's response in April 2002 asserted that the Crown had never had any intentions of transferring the funds and that the 2001 letter was insincere (R.R., at pp. 4392-93).

[167] Ultimately, in 2005 during the trial, Teitelbaum J. set out conditions for the transfer of

35 millions de dollars versés précédemment, étaient détenus par M. Roddick en fiducie pour la bande.

[163] En 1986, la nation de Samson a une fois de plus proposé la création d'une fiducie patrimoniale. Cependant, il semble qu'aucun transfert n'ait jamais eu lieu à cause de divergences au sein du conseil de bande.

[164] En 1990, la nation de Samson a demandé à la Cour fédérale de nommer un administrateur-séquestre pour gérer l'argent de son compte en capital détenu dans le Trésor. Les négociations se sont poursuivies en vue d'arriver à un accord de transfert, mais la Couronne exigeait un plan financier. En janvier 1992, le juge en chef adjoint Jerome a rejeté la demande de la bande (d.i., p. 4121-4124), ordonnant la poursuite des négociations. Toutefois, lors des négociations qui ont suivi, la nation de Samson n'a pas présenté de plan financier de nature à convaincre la Couronne que le transfert servait au mieux les intérêts de la bande. La Couronne a continué d'exiger un tel plan financier, mais aussi l'assurance qu'elle serait libérée de toute obligation à l'égard des fonds après le transfert et la consultation des membres de la bande par référendum.

[165] En mars 1993, la Couronne a fait parvenir à la nation de Samson l'ébauche d'un acte de fiducie. En juin 1994, elle n'avait toujours pas reçu de réponse (lettre du cabinet Macleod Dixon, d.i., p. 4045-4046). Or, il appert du dossier que les négociations se sont poursuivies jusqu'à ce que, en 1997, la Couronne fasse parvenir à la nation de Samson une ébauche d'ordonnance de transfert provisoire des fonds. Par la suite, les discussions ont porté sur l'ordonnance et le transfert éventuel.

[166] En février 2001, la Couronne a fait parvenir à la nation de Samson l'ébauche d'une proposition de transfert. Dans sa réponse datant d'avril 2002, la bande affirme que la Couronne n'a jamais eu l'intention véritable de transférer les fonds et que sa lettre de 2001 trahissait une absence de sincérité (d.i., p. 4392-4393).

[167] Finalement, en 2005, pendant le procès, le juge Teitelbaum a énoncé les conditions du transfert

control over Samson's capital moneys in the CRF. Samson agreed to abide by conditions set by the court, and the Crown was willing to transfer control, subject to the court setting such conditions and a declaration by the court that the Minister of Indian Affairs and Northern Development had the legal authority to make the transfer.

[168] The conditions for transfer established by Teitelbaum J.'s order were that Samson prepare and execute a trust agreement containing a detailed financial plan setting out the band's investment and spending policies, that Samson release the Crown from any future liability for the capital moneys, that Samson hold a referendum among band members, and that Samson submit a band council resolution requesting transfer of all capital moneys, with the exception of \$3 million to be held back to resolve any outstanding issues (2005 FC 136, [2005] 2 C.N.L.R. 358).

[169] Throughout the dealings between Samson and the Crown, the evidence indicates that the Crown was supportive of the band's proposals to transfer money for the establishment of Peace Hills Trust and Samson Band Heritage Trust Fund. However, due to difficulties uncovering information as to the disposition of the \$35 million actually transferred, the failure of Samson to provide adequate financial plans and assurances of band support and conflict within the Samson band council, the Crown was unable to assure itself that transferring further funds would be in the best interests of Samson.

[170] Having regard to the evidence, in my opinion, for the Crown to have agreed to further transfers prior to the order of Teitelbaum J. in 2005 would have been imprudent.

(2) Ermineskin

[171] In 1983, the Crown contacted Ermineskin with invitations to consider the transfer of funds

à la nation de Samson de la gestion des sommes d'argent de son compte en capital détenues dans le Trésor. La nation de Samson s'est engagée à les respecter et la Couronne était disposée à aller de l'avant pour autant que la Cour fixe ces conditions et déclare que le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien pouvait légalement effectuer le transfert.

[168] Suivant les conditions établies par le juge Teitelbaum, la nation de Samson devait préparer et signer une convention de fiducie qui renfermait un plan financier détaillé exposant ses politiques en matière d'investissements et de dépenses, exonérer la Couronne de toute responsabilité future à l'égard de l'argent du compte en capital, consulter ses membres par référendum et soumettre à l'approbation du conseil de bande une résolution demandant le transfert du solde intégral de son compte en capital, sauf trois millions de dollars devant être conservés en vue du règlement de toute question encore en suspens (2005 CF 136, [2005] A.C.F. n° 156 (QL)).

[169] La preuve révèle que tout au long des démêlés entre la nation de Samson et la Couronne, cette dernière appuyait les propositions de transfert visant la mise sur pied de la fiducie Peace Hills et de la fiducie patrimoniale de la bande. Toutefois, en raison de la difficulté d'obtenir des précisions sur l'utilisation des 35 millions de dollars déjà transférés et de l'omission de la nation de Samson de présenter des plans financiers valables et d'offrir quelque preuve de l'appui de ses membres, ainsi qu'à cause de divergences au sein du conseil de bande, la Couronne n'a pu s'assurer qu'il était au mieux des intérêts de la nation de Samson de transférer d'autres fonds.

[170] Eu égard à la preuve, je suis d'avis que la Couronne aurait été imprudente si elle avait acquiescé à des transferts supplémentaires avant l'ordonnance du juge Teitelbaum en 2005.

(2) La nation d'Ermineskin

[171] En 1983, la Couronne a invité la nation d'Ermineskin à envisager le transfert de sommes

from Ermineskin's capital accounts in the CRF to Ermineskin's control and management. In January 1985, the Four Bands (which included Ermineskin) made a presentation to David Crombie, the then-Minister of Indian and Northern Affairs, stating that a Heritage Trust concept had been developed that would require the release of funds from their capital account (R.R., at pp. 2833-38). A November 1985 letter from Crombie to Ermineskin's Chief Littlechild stated that a transfer proposal had not yet been formally submitted by Ermineskin and that a determination could not be made until the details of the proposal were known (R.R., at pp. 3115-16).

[172] For the first time, in September 1988, Ermineskin formally proposed the creation of the Ermineskin Heritage Trust. Ermineskin submitted a band council resolution, draft trust deed, tax ruling and long-range planning memorandum to DIAND. DIAND was supportive of this proposal, although it remained concerned about its responsibilities and authority to approve such a transfer under the *Indian Act*.

[173] A number of discussions took place between the Crown and Ermineskin. Eventually, a plan was developed for legislation specific to Ermineskin which would satisfy the Crown's concerns about legal authority for the transfer. Ermineskin was sent the drafting instructions for the legislation and offered comments, most of which were accepted by the Crown.

[174] According to the record, in order to effect a transfer of capital funds from the CRF to the Ermineskin Heritage Trust, the Crown asked for a full release of any obligations with respect to the transferred funds. However, at an Ermineskin band council meeting in early 1990, it was decided not to proceed with the Ermineskin Heritage Trust because Ermineskin was unwilling to release the Crown from any future responsibility for the management of the transferred funds (R.R., at pp. 3582-85).

d'argent de son compte en capital détenues dans le Trésor afin qu'elle en assure elle-même la gestion. En janvier 1985, lors d'une présentation au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien d'alors, David Crombie, les quatre bandes (dont celle d'Ermineskin) ont fait connaître leur projet de fiducie patrimoniale dont la mise sur pied nécessitait le prélèvement de fonds sur leur compte en capital (d.i., p. 2833-2838). Dans une lettre adressée au chef Littlechild en novembre 1985, M. Crombie indiquait qu'aucune demande officielle de transfert n'avait encore été formellement présentée par la nation d'Ermineskin et qu'une décision ne pouvait être prise avant que le détail de la proposition ne soit connu (d.i., p. 3115-3116).

[172] En septembre 1988, la nation d'Ermineskin a proposé au MAINC pour la première fois de manière formelle la création de sa fiducie patrimoniale. Elle a présenté à l'appui une résolution du conseil de bande, une ébauche d'acte de fiducie, une décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu et un document de planification à long terme. Le MAINC était favorable à la proposition, mais il s'interrogeait toujours sur sa responsabilité et sur son pouvoir d'autoriser le transfert en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

[173] Un certain nombre d'échanges ont eu lieu entre la Couronne et la nation d'Ermineskin. Un plan a finalement vu le jour pour l'adoption d'une loi visant la nation d'Ermineskin et satisfaisant la Couronne quant à son pouvoir légal d'effectuer le transfert. La nation d'Ermineskin s'est vu transmettre l'ébauche des instructions relatives à la rédaction de la loi, et la Couronne a retenu la plupart de ses remarques.

[174] Il appert du dossier qu'avant de transférer l'argent du compte en capital, du Trésor à la fiducie patrimoniale d'Ermineskin, la Couronne voulait être totalement libérée de ses obligations à l'égard de cet argent. Or, lors d'une réunion au début de l'année 1990, le conseil de bande de la nation d'Ermineskin a abandonné son projet de fiducie patrimoniale parce qu'il n'était pas disposé à exonérer la Couronne de toute responsabilité future à l'égard de la gestion des fonds transférés (d.i., p. 3582-3585).

[175] In January 1991, Ermineskin submitted a “Proposal of Ermineskin Indian Band Regarding Management of Indian Moneys”, which stated that Ermineskin wished to conduct its own analysis of available money management options (R.R., at p. 3683). The record does not indicate that any further steps were taken.

[176] In November 1990, the Crown had created the Indian Moneys Committee to address the need for Indian participation in and support of legislative reform apparently thought necessary to enable Indian control of capital moneys. Ermineskin actively participated in the Committee. The Committee recommended optional legislation which would allow bands to opt out of the provisions of the *Indian Act* and manage their own moneys. The majority of the recommendations of the Committee were accepted by the Crown, and drafting began.

[177] In May 1992, Ermineskin commenced its action against the Crown. Work continued on the proposed legislation, however, and a final draft of the proposed *First Nations Moneys Management Act* was prepared in 1993. In January 1994, a letter from Ermineskin’s counsel to the Crown demanded that the Crown invest Ermineskin’s royalties itself. However, a letter from the co-chairs of the Indian Moneys Committee to Ronald Irwin, the then-Minister of Indian Affairs and Northern Development, a month later stated that Ermineskin supported the text of the proposed legislation (R.R., at pp. 4047-48).

[178] The record indicates that at a meeting between DIAND and the Committee in August 1994, representatives of only two bands attended and that the Crown was not willing to proceed with the legislation without widespread support of the bands.

[179] In 1996, Ermineskin again demanded that the Crown invest its capital moneys (Blake, Cassels & Graydon letter, February 15, 1996, R.R., at p. 4072). The Crown’s response stated that while it

[175] En janvier 1991, dans sa proposition concernant la gestion de l’argent des Indiens, la nation d’Ermineskin disait souhaiter analyser elle-même les diverses options pour la gestion des fonds (d.i., p. 3683). Le dossier n’indique pas que d’autres mesures ont été prises par la suite.

[176] En novembre 1990, la Couronne a créé le comité sur la gestion de l’argent des Indiens afin que les Autochtones puissent participer à la réforme législative apparemment jugée nécessaire pour que leur soit confiée la gestion des sommes d’argent provenant de leur compte en capital. La nation d’Ermineskin y a participé activement. Le comité a recommandé l’adoption d’une loi permettant aux bandes de se soustraire à l’application de la *Loi sur les Indiens* et de gérer leur propre argent. La Couronne a accepté la plupart des recommandations du comité, et la rédaction de la loi a été entreprise.

[177] En mai 1992, la nation d’Ermineskin a intenté son action contre la Couronne. Le processus de rédaction s’est néanmoins poursuivi, et l’ébauche définitive de la loi sur la gestion de l’argent des Premières Nations a vu le jour en 1993. En janvier 1994, dans une lettre de ses avocats, la nation d’Ermineskin a exigé que la Couronne investisse elle-même les redevances de la bande. Or, selon une lettre que les coprésidents du comité sur la gestion de l’argent des Indiens ont transmise un mois plus tard au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien d’alors, Ronald Irwin, la nation d’Ermineskin appuyait le texte de la loi proposée (d.i., p. 4047-4048).

[178] Il appert du dossier que seulement deux bandes ont participé à la rencontre du MAINC et du comité au mois d’août 1994, et que la Couronne refusait de poursuivre le processus législatif sans un large appui des bandes.

[179] En 1996, la nation d’Ermineskin a de nouveau exigé de la Couronne qu’elle investisse l’argent de son compte en capital (lettre du cabinet Blake, Cassels & Graydon, 15 février 1996, d.i., p. 4072).

would not invest the funds itself, it would be willing to resurrect the Ermineskin Heritage Trust Proposal. Ermineskin continued to reiterate its demand that the Crown invest its moneys, but it appears that no further developments occurred. Ermineskin never revived the Ermineskin Heritage Trust Proposal, and the proposed money management legislation was never enacted.

[180] It appears that the major points of contention were Ermineskin's demands that the Crown invest its royalties and its refusal to release the Crown of ongoing responsibility in the event of a transfer of the funds for investment by the band itself. Ermineskin stated in its factum that "Ermineskin members have been reluctant to terminate the trust relationship with the Crown" (para. 62). However, the Crown could not agree to ongoing responsibility without having control over the management of the funds.

[181] As I have explained earlier, the Crown was restricted by legislation from investing Ermineskin's royalties and could not accede to the band's demands to do so. In the event of a transfer, the Crown's fiduciary obligations with regard to the funds had to come to an end. The Crown could not be expected to remain responsible for funds over which it no longer had control. In the absence of a release from the band to the Crown, the Crown could not be expected to transfer funds from the CRF to Ermineskin.

H. *Unjust Enrichment*

[182] The bands argued that the Crown was unjustly enriched by making use of the bands' royalties and paying the rate of interest that it did. However, this is an inevitable result of the statutory scheme, which requires that the Crown hold the bands' royalties in the CRF and pay interest to the bands.

[183] The test for unjust enrichment was recently restated by Iacobucci J. in *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, at para. 30:

La Couronne lui a répondu qu'elle n'investirait pas elle-même les sommes en question, mais qu'elle était disposée à reconsidérer le projet de fiducie patrimoniale. La nation d'Ermineskin a maintenu son exigence, mais les choses en seraient restées là. La nation n'a jamais relancé l'idée d'une fiducie patrimoniale, et la loi proposée sur la gestion de l'argent des Premières Nations n'a jamais été adoptée.

[180] Le désaccord aurait principalement porté sur l'exigence de la nation d'Ermineskin que la Couronne investisse ses redevances et sur son refus d'exonérer la Couronne de toute responsabilité pour l'avenir advenant le transfert des fonds à la bande pour qu'elle les investisse elle-même. La nation d'Ermineskin affirme dans son mémoire que [TRADUCTION] « ses membres étaient réticents à mettre fin à la relation fiduciaire avec la Couronne » (par. 62). Toutefois, la Couronne ne pouvait accepter de demeurer responsable de fonds dont elle n'avait plus la gestion.

[181] Comme je l'ai déjà expliqué, la loi n'autorisait pas la Couronne à investir les redevances et elle ne pouvait accéder aux demandes de la bande en ce sens. Un transfert aurait mis fin aux obligations fiduciaires de la Couronne à l'égard des fonds. On ne pouvait s'attendre à ce que la Couronne demeure responsable de fonds sur lesquels elle n'exerçait plus aucun pouvoir. Si la nation d'Ermineskin ne libérait pas la Couronne de ses obligations, elle ne pouvait s'attendre à ce que les fonds détenus dans le Trésor lui soient transférés.

H. *Enrichissement sans cause*

[182] Les bandes font valoir que la Couronne s'est enrichie sans cause en utilisant leurs redevances et en leur payant de l'intérêt au taux fixé par elle. Il s'agit pourtant d'une conséquence inévitable du régime législatif applicable, qui exige de la Couronne qu'elle dépose les redevances dans le Trésor et qu'elle verse des intérêts aux bandes.

[183] Le critère applicable en matière d'enrichissement sans cause a récemment été reformulé par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, par. 30 :

As a general matter, the test for unjust enrichment is well established in Canada. The cause of action has three elements: (1) an enrichment of the defendant; (2) a corresponding deprivation of the plaintiff; and (3) an absence of juristic reason for the enrichment (*Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at p. 848; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, at p. 784).

[184] The basis for determining whether the Crown was enriched is a comparison with what would have been the case had the Crown not had access to the royalties in the CRF. The trial judge found that the Crown could (and would) have obtained replacement funds at a lower cost, i.e. the short-term treasury bill rate, than the interest it actually provided on the royalties. I agree with the trial judge and the Court of Appeal that the Crown was not enriched.

I. *Section 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*

[185] At trial and in this appeal, the bands challenged the constitutional validity of ss. 61 to 68 of the *Indian Act* as being contrary to s. 15(1) of the *Charter*. They argue that if this Court finds that those provisions preclude the Crown from investing the royalties in the manner of a common law trustee, the result is discriminatory. They argue that because they are Indians, they have been deprived by the *Indian Act* of the rights that are available to non-Indians whose property is held in trust by the Crown.

[186] Section 15(1) reads:

Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[187] The trial judge and the majority of the Court of Appeal found that the bands lacked standing to bring a claim under s. 15(1) on the basis that the bands were asserting a claim in relation to the management of band property and not a claim relating

En général, le critère applicable en matière d'enrichissement sans cause est bien établi au Canada. La cause d'action comporte trois éléments : (1) l'enrichissement du défendeur, (2) l'appauvrissement correspondant du demandeur et (3) l'absence de motif juridique justifiant l'enrichissement (*Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, p. 848; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, p. 784).

[184] Pour déterminer si la Couronne s'est enrichie, il faut se demander quelle aurait été la situation si elle n'avait pas eu accès aux redevances versées dans le Trésor. Le juge de première instance a conclu que la Couronne aurait pu obtenir (et aurait obtenu) d'autres fonds à un taux moins élevé — celui des bons du Trésor à court terme — que le taux consenti sur les redevances. Je conviens avec lui et avec la Cour d'appel fédérale que la Couronne ne s'est pas enrichie.

I. *Paragraphe 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés*

[185] Au procès et devant notre Cour, les bandes ont contesté la validité constitutionnelle des art. 61 à 68 de la *Loi sur les Indiens* au motif qu'ils portent atteinte aux droits garantis au par. 15(1) de la *Charte*. Selon elles, si ces dispositions empêchent la Couronne d'investir les redevances comme le ferait un fiduciaire de common law, leur effet est discriminatoire. Parce qu'elles sont des Indiens au sens de la *Loi sur les Indiens*, celle-ci les a privées des droits reconnus aux non-Indiens lorsque la Couronne détient leurs biens en fiducie.

[186] Le paragraphe 15(1) est rédigé comme suit :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[187] Le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont conclu que les bandes n'avaient pas qualité pour invoquer le par. 15(1), car leur recours avait trait à la gestion de biens leur appartenant, et non aux droits

to personal rights of band members. As such, they were of the opinion that there was no personal s. 15(1) right engaged. As I am of the opinion that the bands' s. 15(1) claim should be dismissed, I prefer to explain my reasons on a substantive rather than procedural basis.

[188] This Court's equality jurisprudence makes it clear that not all distinctions are discriminatory. Differential treatment of different groups is not in and of itself a violation of s. 15(1). As this Court stated in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 182 (restated in *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 28), a complainant must show "not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory" (emphasis added). The analysis, as established in *Andrews*, consists of two questions: first, does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground; and second, does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping.

[189] In the circumstances of this case, it is evident that the first requirement is satisfied: the impugned legislation creates a distinction between Indians and non-Indians because the legislation only applies to Indians.

[190] The question that must therefore be asked is whether the money management provisions, which preclude investment of Indian moneys by the Crown, perpetuate prejudice or stereotyping. In my opinion, they do not.

[191] It was argued that the inability of the Crown to invest resulted in lower returns than those available to non-Indians, and that this amounted to a disadvantage to the bands. In purely financial terms, it is not readily apparent that precluding investment by the Crown necessarily amounts to a disadvantage. It is true that interest calculated on the

personnels de leurs membres. Ils ont donc estimé qu'aucun droit personnel visé au par. 15(1) n'était en jeu. Comme je suis d'avis de rejeter la prétention fondée sur le par. 15(1), je préfère m'appuyer sur des considérations de fond et non de procédure.

[188] La jurisprudence de notre Cour sur le droit à l'égalité établit clairement que toute distinction n'est pas discriminatoire. Le fait que des groupes soient traités différemment ne constitue pas en soi une atteinte aux droits garantis au par. 15(1). Comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 182 (et réaffirmé dans l'arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 28), le plaignant doit démontrer « non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif » (je souligne). La méthode d'analyse établie dans l'arrêt *Andrews* comporte deux volets : premièrement, la loi établit-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue et, deuxièmement, la distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes?

[189] Dans les circonstances du présent pourvoi, la première exigence est manifestement remplie : la loi contestée crée une distinction entre Indiens et non-Indiens étant donné qu'elle ne s'applique qu'aux premiers.

[190] Il faut donc se demander si les dispositions régissant la gestion de l'argent des Indiens, qui empêchent la Couronne d'investir cet argent, perpétuent un préjugé ou l'application de stéréotypes. Il faut selon moi répondre par la négative.

[191] Les bandes ont soutenu que l'impossibilité pour la Couronne de faire des placements les a fait bénéficier de rendements inférieurs à ceux que pouvaient obtenir les non-Indiens, ce qui leur a infligé un désavantage. D'un point de vue strictement financier, le fait que la Couronne ne puisse faire de placements n'inflige pas d'emblée un désavantage.

basis of the yield on long-term government bonds, adjusted quarterly, will, in most cases and over the long term, lead to lower returns than might accrue through a diversified investment plan.

[192] That said, holding the funds in the CRF and paying a return in accordance with s. 61(2) ensured the liquidity of the funds such that all funds in the bands' accounts were available for expenditure at any time. In addition, there was no risk of loss of the bands' royalties. It is misleading to gauge disadvantage solely on the basis of comparative returns. Risk and liquidity are also relevant considerations. However, even if the preclusion of investment by the Crown is a disadvantage, the legislation will violate s. 15(1) only if that disadvantage is one that is discriminatory, that is, if it perpetuates prejudice or stereotyping.

[193] The question of whether discrimination exists is to be determined with regard to context, looking beyond simply the legislation in question. In *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, this Court stated:

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context. [p. 1331]

[194] This Court's statement in *Turpin* signals the importance of addressing the broader context of a distinction in a substantive equality analysis.

[195] The question of management of Indian moneys necessarily involves many considerations including Aboriginal self-determination and autonomy and the level of appropriate involvement and control on the part of the Crown. This is in contrast to other trust relationships where risk and financial returns are generally the only considerations, and where there is little concern with the trustee having complete control and discretion, within the limits

Il est vrai que l'intérêt fondé sur le rendement des obligations à long terme du gouvernement rajusté trimestriellement est, la plupart du temps, sur une longue période, inférieur au rendement d'un portefeuille de placement diversifié.

[192] Cela dit, en détenant les fonds dans le Trésor et en payant des intérêts conformément au par. 61(2), la Couronne a assuré la liquidité des fonds, de sorte que le solde intégral des comptes des bandes pouvait à tout moment être dépensé. De plus, les redevances étaient à l'abri du risque de perte. Il est trompeur d'apprécier un désavantage en se fondant sur la seule comparaison des rendements, car il faut aussi tenir compte du risque couru et de la liquidité des fonds. Toutefois, même si la loi empêche la Couronne de faire des placements et crée de ce fait un désavantage, elle ne porte atteinte aux droits garantis au par. 15(1) que lorsque ce désavantage est discriminatoire, c'est-à-dire s'il perpétue un préjugé ou l'application de stéréotypes.

[193] Pour déterminer s'il y a discrimination, il faut tenir compte du contexte et ne pas s'en tenir au texte de la disposition législative en cause. Dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, la Cour dit :

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. [p. 1331]

[194] Ce passage montre l'importance de tenir compte, dans l'analyse portant sur l'égalité réelle, de l'ensemble du contexte dans lequel s'inscrit une distinction.

[195] La question de la gestion de l'argent des Indiens fait nécessairement entrer en jeu de nombreuses considérations, dont l'autodétermination et l'autonomie des Autochtones et le rôle que la Couronne doit jouer à cet égard. Il s'agit d'une situation fort différente des autres relations fiduciaires où le risque et le rendement financier constituent généralement les seules considérations pertinentes et où le pouvoir discrétionnaire absolu du

of acceptable risk, as to where and how the trust corpus is managed and invested.

[196] The Indian moneys formula involves less Crown control over the use of the royalties and the spending of the bands than if the Crown had invested them in a diversified portfolio. Investment by the Crown would have required the Crown, in the role of a trustee, to make decisions regarding the level of risk and the specific investment instruments purchased, and might have even required the Crown to exercise greater control over the spending patterns of the bands because investment in a diversified portfolio would not have permitted complete liquidity of the royalties without the risk of incurring substantial losses.

[197] The record shows that the bands resisted what they viewed as efforts on the part of the Crown to exercise increased control over Indian moneys and spending. In 1981, DIAND proposed to limit the share of a minor's Per Capita Distribution to \$3,000 annually. The Directive issued by DIAND stated the purpose for such a limitation as follows:

... to outline departmental procedures with respect to control of, and the basic requirements necessary to effect Per Capita Distribution of Band Capital Funds, in order to fulfill and protect the Minister's trust responsibility. [R.R., at p. 2027]

[198] In reply to this proposal, the Four Bands, of which the appellants were members, wrote that "the Four Bands of Hobbema; namely the Ermineskin, Louis Bull, Montana, and Samson, through their respective Chiefs and Councils, hereby unequivocally oppose the policy and its implementation" (R.R., at p. 2035). According to the Four Bands, it appeared that "the purpose of the Departmental Directive as a policy interpreting Section 64(a) of the Indian Act is to in fact gain control of Band Capital funds", which was not conducive to the autonomy of the bands (R.R., at p. 2035). The Four Bands concluded with the following:

fiduciaire de gérer et d'investir la masse fiduciaire, sous réserve de l'acceptabilité du risque, ne suscite pas d'inquiétudes.

[196] Suivant la formule applicable à l'argent des Indiens, la Couronne exerce un moins grand pouvoir sur l'utilisation des redevances et sur les dépenses des bandes que si elle investissait dans un portefeuille diversifié. Dans cette dernière hypothèse, la Couronne devrait, en tant que fiduciaire, juger de l'acceptabilité du risque et choisir les véhicules de placement. Elle pourrait même également devoir exercer un pouvoir accru sur les habitudes de dépense des bandes, car les redevances ne pourraient être entièrement liquides sans qu'il n'en résulte un risque de perte importante.

[197] Selon le dossier, les bandes se sont opposées à une mesure de la Couronne qui, à leur yeux, visait l'exercice d'un pouvoir accru sur l'argent et les dépenses des Indiens. En 1981, le MAINC a proposé de limiter la distribution *per capita* aux mineurs à 3 000 \$ par année. Sa directive précisait l'objectif de la mesure :

[TRADUCTION] ... énoncer la procédure du ministère encadrant la distribution *per capita* de sommes du compte en capital d'une bande et les exigences essentielles devant être remplies pour que la distribution ait lieu, afin que le ministre s'acquitte de ses obligations fiduciaires et bénéficie d'une protection à cet égard. [d.i., p. 2027]

[198] En réponse à cette proposition, les quatre bandes, dont les bandes appelantes, ont écrit : [TRADUCTION] « les quatre bandes d'Hobbema, à savoir celles d'Ermineskin, de Louis Bull, de Montana et de Samson, par l'entremise de leurs chefs et de leurs conseils respectifs, s'opposent fermement à la politique et à sa mise en œuvre » (d.i., p. 2035). Selon elles, il y avait lieu de croire que [TRADUCTION] « l'objectif de la directive ministérielle, en tant que politique d'interprétation de l'al. 64a) de la Loi sur les Indiens, constitue en fait un moyen d'exercer un pouvoir sur les sommes d'argent du compte en capital des bandes », ce qui ne favorisait pas l'autonomie des bandes (d.i., p. 2035). Elles concluaient :

However, where “INDIAN MONEY” is involved, it is the Chief and Council through its members and as the governing body that have the responsibility to determine how, when, and where their funds will be allocated and expended or invested. [R.R., at pp. 2037-38]

[199] It was believed that increased control by the Crown would not accord with greater self-determination on the part of the bands.

[200] Indeed, the impugned provisions do not prohibit investment of Indian moneys by the bands themselves or by trustees on their behalf. I have found that s. 64(1)(k) of the *Indian Act* permits the expenditure of capital moneys by the Crown to a band or a third party trustee for the band in order for those funds to be invested. In 1980, the Crown did transfer \$35 million to Samson for purposes of establishing the Peace Hills Trust Company. The record discloses that, provided the bands could satisfy the Crown that a transfer of funds for investment was in their best interests and that the Crown was relieved from liability for funds over which it no longer had control, transfers would be made. Indeed, by order of Teitelbaum J. of December 22, 2005, the Samson funds were authorized to be transferred. Requiring the bands to satisfy the Crown that a transfer was in their best interests was consistent not only with the provisions of the *Indian Act*, but with the Crown's obligations as a fiduciary with respect to the royalties.

[201] Given these considerations, I am unable to agree that the impugned provisions of the *Indian Act* infringe s. 15(1) of the *Charter* under the test established in *Andrews* and reaffirmed in *Kapp*: “(1) Does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground? (2) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping?” (*Kapp*, at para. 17). There is a distinction between Indians and non-Indians, but that distinction is not discriminatory. The provisions do not preclude investment, provided the investments are made by the bands or trustees on their behalf after expenditure of funds from the CRF to the bands and the release of the Crown

[TRADUCTION] Toutefois, s'agissant de l'« ARGENT DES INDIENS », il appartient au chef et au conseil par l'entremise des membres et en tant qu'instance dirigeante de déterminer la manière dont les fonds seront affectés et dépensés ou investis, ainsi que le moment et le lieu où ils le seront. [d.i., p. 2037-2038]

[199] Les bandes estimaient qu'un plus grand pouvoir de la Couronne serait incompatible avec leur droit accru à l'autodétermination.

[200] De fait, les dispositions contestées ne font pas obstacle à l'investissement de l'argent des Indiens par les bandes elles-mêmes ou leurs fiduciaires. J'ai conclu que l'al. 64(1)k de la *Loi sur les Indiens* permet à la Couronne de verser l'argent du compte en capital à une bande ou à son fiduciaire en vue de son placement. En 1980, la Couronne a transféré 35 millions de dollars à la nation de Samson pour la mise sur pied de la fiducie Peace Hills. Le dossier révèle que lorsque les bandes pouvaient convaincre la Couronne qu'un transfert de fonds aux fins d'investissement servait au mieux leurs intérêts et qu'elles exonéraient la Couronne de toute responsabilité à l'égard des fonds dont elle n'avait plus la gestion, le transfert avait lieu. D'ailleurs, l'ordonnance rendue par le juge Teitelbaum le 22 décembre 2005 autorise le transfert des fonds de la nation de Samson. Exiger des bandes qu'elles convainquent la Couronne que le transfert servait au mieux leurs intérêts était conforme non seulement aux dispositions de la *Loi sur les Indiens*, mais aussi aux obligations fiduciaires de la Couronne à l'égard des redevances.

[201] Au vu de ce qui précède, je ne puis convenir que les dispositions contestées de la *Loi sur les Indiens* portent atteinte aux droits garantis au par. 15(1) de la *Charte* suivant le critère établi dans l'arrêt *Andrews* et confirmé dans l'arrêt *Kapp* : « (1) [l]a loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue (2) [l]a distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? » (*Kapp*, par. 17). Une distinction est établie entre Indiens et non-Indiens, mais elle n'est pas discriminatoire. Les dispositions en cause n'empêchent pas les bandes ou leurs fiduciaires d'investir les fonds détenus dans le Trésor que la Couronne leur transfère après avoir été

from further responsibility with respect to the royalties. Such an approach involves greater control and decision making by the bands themselves. Any expenditure of the funds for investment is required to be in the best interests of the bands. Until the funds are expended by the Crown for the purposes of investment by the bands or trustees on their behalf, they are held by the Crown in the CRF and the bands are provided with liquidity and a return on the royalties.

[202] I am therefore of the opinion that the provisions of the *Indian Act* that prohibit investment of the royalties by the Crown do not draw a distinction that perpetuates disadvantage through prejudice or stereotyping. There is no violation of s. 15(1) of the *Charter*.

VI. Conclusion

[203] I would dismiss the appeals with costs.

APPENDIX

Canadian Charter of Rights and Freedoms

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Constitution Act, 1982

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11

2. In this Act,

. . .

“public money” means all money belonging to Canada received or collected by the Receiver General or any other public officer in his official capacity or

exonérée de toute responsabilité ultérieure à leur égard. Les bandes exercent ainsi un plus grand pouvoir, notamment sur le plan décisionnel. Le transfert aux bandes ou à leurs fiduciaires de sommes d'argent destinées à l'investissement doit servir au mieux les intérêts des bandes. Dans l'intervalle, la Couronne détient les fonds dans le Trésor en mettant des liquidités à la disposition des bandes et en faisant fructifier les redevances de celles-ci.

[202] Je suis donc d'avis que les dispositions contestées de la *Loi sur les Indiens*, qui interdisent à la Couronne d'investir les redevances, ne créent pas une distinction perpétuant un préjugé ou l'application de stéréotypes. Il n'y a pas eu violation du par. 15(1) de la *Charte*.

VI. Conclusion

[203] Je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens.

ANNEXE

Charte canadienne des droits et libertés

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Loi constitutionnelle de 1982

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, ch. F-11

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« fonds publics » Fonds appartenant au Canada, prélevés ou reçus par le receveur général ou un autre fonctionnaire public agissant en sa qualité officielle

any person authorized to receive or collect such money, and includes

- (a) duties and revenues of Canada,
- (b) money borrowed by Canada or received through the issue or sale of securities,
- (c) money received or collected for or on behalf of Canada, and
- (d) all money that is paid to or received or collected by a public officer under or pursuant to any Act, trust, treaty, undertaking or contract, and is to be disbursed for a purpose specified in or pursuant to that Act, trust, treaty, undertaking or contract;

. . .

17. (1) Subject to this Part, all public money shall be deposited to the credit of the Receiver General.

. . .

21. (1) Money referred to in paragraph (d) of the definition “public money” in section 2 that is received by or on behalf of Her Majesty for a special purpose and paid into the Consolidated Revenue Fund may be paid out of the Consolidated Revenue Fund for that purpose, subject to any statute applicable thereto.

(2) Subject to any other Act of Parliament, interest may be allowed and paid from the Consolidated Revenue Fund in respect of money to which subsection (1) applies, in accordance with and at rates fixed by the Minister with the approval of the Governor in Council.

90. (1) No person shall, unless authorized by an Act of Parliament,

- (a) procure the incorporation of a corporation any shares of which, on incorporation, would be held by, on behalf of or in trust for the Crown;
- (b) acquire shares of a corporation that, on acquisition, would be held by, on behalf of or in trust for the Crown;
- (c) apply for articles that would add to or otherwise make a material change in the objects or purposes for which a parent Crown corporation is incorporated, or the restrictions on the businesses or activities that a parent Crown corporation may carry on, as set out in its articles;

ou toute autre personne autorisée à en prélever ou recevoir. La présente définition vise notamment :

- a) les recettes de l'État;
- b) les emprunts effectués par le Canada ou les produits de l'émission ou de la vente de titres;
- c) les fonds prélevés ou reçus pour le compte du Canada ou en son nom;
- d) les fonds prélevés ou reçus par un fonctionnaire public sous le régime d'un traité, d'une loi, d'une fiducie, d'un contrat ou d'un engagement et affectés à une fin particulière précisée dans l'acte en question ou conformément à celui-ci.

. . .

17. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les fonds publics sont déposés au crédit du receveur général.

. . .

21. (1) Les fonds visés à l'alinéa d) de la définition de « fonds publics » à l'article 2 et qui sont reçus par Sa Majesté, ou en son nom, à des fins particulières et versés au Trésor peuvent être prélevés à ces fins sur le Trésor sous réserve des lois applicables.

(2) Sous réserve des autres lois fédérales, les fonds visés au paragraphe (1) peuvent être majorés d'intérêts payables sur le Trésor aux taux fixés par le ministre avec l'approbation du gouverneur en conseil.

90. (1) Sauf autorisation donnée par une loi fédérale, il est interdit :

- a) de constituer une personne morale dont une action au moins, lors de la constitution, serait détenue par Sa Majesté, en son nom ou en fiducie pour elle;
- b) d'acquérir des actions d'une personne morale qui, lors de l'acquisition, seraient détenues par Sa Majesté, en son nom ou en fiducie pour elle;
- c) de demander des statuts qui apporteraient une adjonction ou une modification importante aux buts pour lesquels une société d'État mère a été constituée ou aux restrictions à l'égard des activités qu'elle peut exercer, tels qu'ils figurent dans ses statuts;

(d) sell or otherwise dispose of any shares of a parent Crown corporation; or

(e) procure the dissolution or amalgamation of a parent Crown corporation.

Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5

4. (1) A reference in this Act to an Indian does not include any person of the race of aborigines commonly referred to as Inuit.

(2) The Governor in Council may by proclamation declare that this Act or any portion thereof, except sections 5 to 14.3 or sections 37 to 41, shall not apply to

(a) any Indians or any group or band of Indians, or

(b) any reserve or any surrendered lands or any part thereof,

and may by proclamation revoke any such declaration.

61. (1) Indian moneys shall be expended only for the benefit of the Indians or bands for whose use and benefit in common the moneys are received or held, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which Indian moneys are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

(2) Interest on Indian moneys held in the Consolidated Revenue Fund shall be allowed at a rate to be fixed from time to time by the Governor in Council.

62. All Indian moneys derived from the sale of surrendered lands or the sale of capital assets of a band shall be deemed to be capital moneys of the band and all Indian moneys other than capital moneys shall be deemed to be revenue moneys of the band.

63. Notwithstanding the *Financial Administration Act*, where moneys to which an Indian is entitled are paid to a superintendent under any lease or agreement made under this Act, the superintendent may pay the moneys to the Indian.

64. (1) With the consent of the council of a band, the Minister may authorize and direct the expenditure of capital moneys of the band

(a) to distribute per capita to the members of the band an amount not exceeding fifty per cent of the

d) de vendre ou, d'une façon générale, de céder des actions d'une société d'État mère;

e) de dissoudre ou fusionner une société d'État mère.

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5

4. (1) La mention d'un Indien, dans la présente loi, exclut une personne de la race d'aborigènes communément appelés Inuit.

(2) Le gouverneur en conseil peut, par proclamation, déclarer que la présente loi, ou toute partie de celle-ci, sauf les articles 5 à 14.3 et 37 à 41, ne s'applique pas :

a) à des Indiens ou à un groupe ou une bande d'Indiens;

b) à une réserve ou à des terres cédées, ou à une partie y afférente.

Il peut en outre, par proclamation, révoquer toute semblable déclaration.

61. (1) L'argent des Indiens ne peut être dépensé qu'au bénéfice des Indiens ou des bandes à l'usage et au profit communs desquels il est reçu ou détenu, et, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des clauses de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si les fins auxquelles l'argent des Indiens est employé ou doit l'être, est à l'usage et au profit de la bande.

(2) Les intérêts sur l'argent des Indiens détenu au Trésor sont alloués au taux que fixe le gouverneur en conseil.

62. L'argent des Indiens qui provient de la vente de terres cédées ou de biens de capital d'une bande est réputé appartenir au compte en capital de la bande; les autres sommes d'argent des Indiens sont réputées appartenir au compte de revenu de la bande.

63. Par dérogation à la *Loi sur la gestion des finances publiques*, lorsque des sommes d'argent auxquelles un Indien a droit sont versées à un surintendant en vertu d'un bail ou d'une entente passé sous le régime de la présente loi, le surintendant peut remettre ces sommes à l'Indien.

64. (1) Avec le consentement du conseil d'une bande, le ministre peut autoriser et prescrire la dépense de sommes d'argent au compte en capital de la bande :

a) pour distribuer *per capita* aux membres de la bande un montant maximal de cinquante pour cent

capital moneys of the band derived from the sale of surrendered lands;

(b) to construct and maintain roads, bridges, ditches and watercourses on reserves or on surrendered lands;

(c) to construct and maintain outer boundary fences on reserves;

(d) to purchase land for use by the band as a reserve or as an addition to a reserve;

(e) to purchase for the band the interest of a member of the band in lands on a reserve;

(f) to purchase livestock and farm implements, farm equipment or machinery for the band;

(g) to construct and maintain on or in connection with a reserve such permanent improvements or works as in the opinion of the Minister will be of permanent value to the band or will constitute a capital investment;

(h) to make to members of the band, for the purpose of promoting the welfare of the band, loans not exceeding one-half of the total value of

(i) the chattels owned by the borrower, and

(ii) the land with respect to which he holds or is eligible to receive a Certificate of Possession,

and may charge interest and take security therefor;

(i) to meet expenses necessarily incidental to the management of lands on a reserve, surrendered lands and any band property;

(j) to construct houses for members of the band, to make loans to members of the band for building purposes with or without security and to provide for the guarantee of loans made to members of the band for building purposes; and

(k) for any other purpose that in the opinion of the Minister is for the benefit of the band.

(2) The Minister may make expenditures out of the capital moneys of a band in accordance with by-laws made pursuant to paragraph 81(1)(p.3) for the purpose of making payments to any person whose name was deleted from the Band List of the band in an

des sommes d'argent au compte en capital de la bande, provenant de la vente de terres cédées;

b) pour construire et entretenir des routes, ponts, fossés et cours d'eau dans des réserves ou sur des terres cédées;

c) pour construire et entretenir des clôtures de délimitation extérieure sur les réserves;

d) pour acheter des terrains que la bande emploiera comme réserve ou comme addition à une réserve;

e) pour acheter pour la bande les droits d'un membre de la bande sur des terrains sur une réserve;

f) pour acheter des animaux, des instruments ou de l'outillage de ferme ou des machines pour la bande;

g) pour établir et entretenir dans une réserve ou à l'égard d'une réserve les améliorations ou ouvrages permanents qui, de l'avis du ministre, seront d'une valeur permanente pour la bande ou constitueront un placement en capital;

h) pour consentir aux membres de la bande, en vue de favoriser son bien-être, des prêts n'excédant pas la moitié de la valeur globale des éléments suivants :

(i) les biens meubles appartenant à l'emprunteur,

(ii) la terre concernant laquelle il détient ou a le droit de recevoir un certificat de possession,

et percevoir des intérêts et recevoir des gages à cet égard;

i) pour subvenir aux frais nécessairement accessoires à la gestion de terres situées sur une réserve, de terres cédées et de tout bien appartenant à la bande;

j) pour construire des maisons destinées aux membres de la bande, pour consentir des prêts aux membres de la bande aux fins de construction, avec ou sans garantie, et pour prévoir la garantie des prêts consentis aux membres de la bande en vue de la construction;

k) pour toute autre fin qui, d'après le ministre, est à l'avantage de la bande.

(2) Le ministre peut effectuer des dépenses sur les sommes d'argent au compte de capital d'une bande conformément aux règlements administratifs pris en vertu de l'alinéa 81(1)p.3) en vue de faire des paiements à toute personne dont le nom a été retranché de la liste

amount not exceeding one per capita share of the capital moneys.

64.1 (1) A person who has received an amount that exceeds one thousand dollars under paragraph 15(1)(a), as it read immediately prior to April 17, 1985, or under any former provision of this Act relating to the same subject-matter as that paragraph, by reason of ceasing to be a member of a band in the circumstances set out in paragraph 6(1)(c), (d) or (e) is not entitled to receive an amount under paragraph 64(1)(a) until such time as the aggregate of all amounts that the person would, but for this subsection, have received under paragraph 64(1)(a) is equal to the amount by which the amount that the person received under paragraph 15(1)(a), as it read immediately prior to April 17, 1985, or under any former provision of this Act relating to the same subject-matter as that paragraph, exceeds one thousand dollars, together with any interest thereon.

(2) Where the council of a band makes a by-law under paragraph 81(1)(p.4) bringing this subsection into effect, a person who has received an amount that exceeds one thousand dollars under paragraph 15(1)(a), as it read immediately prior to April 17, 1985, or under any former provision of this Act relating to the same subject-matter as that paragraph, by reason of ceasing to be a member of the band in the circumstances set out in paragraph 6(1)(c), (d) or (e) is not entitled to receive any benefit afforded to members of the band as individuals as a result of the expenditure of Indian moneys under paragraphs 64(1)(b) to (k), subsection 66(1) or subsection 69(1) until the amount by which the amount so received exceeds one thousand dollars, together with any interest thereon, has been repaid to the band.

(3) The Governor in Council may make regulations prescribing the manner of determining interest for the purpose of subsections (1) and (2).

65. The Minister may pay from capital moneys

(a) compensation to an Indian in an amount that is determined in accordance with this Act to be payable to him in respect of land compulsorily taken from him for band purposes; and

(b) expenses incurred to prevent or suppress grass or forest fires or to protect the property of Indians in cases of emergency.

66. (1) With the consent of the council of a band, the Minister may authorize and direct the expenditure of revenue moneys for any purpose that in the opinion of the Minister will promote the general progress and welfare of the band or any member of the band.

de la bande pour un montant ne dépassant pas une part *per capita* de ces sommes.

64.1 (1) Une personne qui a reçu un montant supérieur à mille dollars en vertu de l'alinéa 15(1)a), dans sa version antérieure au 17 avril 1985, ou en vertu de toute disposition antérieure de la présente loi portant sur le même sujet que celui de cet alinéa, du fait qu'elle a cessé d'être membre d'une bande dans les circonstances prévues aux alinéas 6(1)c), d) ou e) n'a pas le droit de recevoir de montant en vertu de l'alinéa 64(1)a) jusqu'à ce que le total de tous les montants qu'elle aurait reçus en vertu de l'alinéa 64(1)a), n'eût été le présent paragraphe, soit égal à l'excédent du montant qu'elle a reçu en vertu de l'alinéa 15(1)a), dans sa version antérieure au 17 avril 1985, ou en vertu de toute disposition antérieure de la présente loi portant sur le même sujet que celui de cet alinéa, sur mille dollars, y compris les intérêts.

(2) Lorsque le conseil d'une bande prend, en vertu de l'alinéa 81(1)p.4), des règlements administratifs mettant en vigueur le présent paragraphe, la personne qui a reçu un montant supérieur à mille dollars en vertu de l'alinéa 15(1)a) dans sa version antérieure au 17 avril 1985, ou en vertu de toute autre disposition antérieure de la présente loi portant sur le même sujet que celui de cet alinéa, parce qu'elle a cessé d'être membre de la bande dans les circonstances prévues aux alinéas 6(1)c), d) ou e) n'a le droit de recevoir aucun des avantages offerts aux membres de la bande à titre individuel résultant de la dépense d'argent des Indiens au titre des alinéas 64(1)b) à k), du paragraphe 66(1) ou du paragraphe 69(1) jusqu'à ce que l'excédent du montant ainsi reçu sur mille dollars, y compris l'intérêt sur celui-ci, ait été remboursé à la bande.

(3) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements prévoyant la façon de déterminer les intérêts pour l'application des paragraphes (1) et (2).

65. Le ministre peut payer, sur les sommes d'argent au compte en capital :

a) une indemnité à un Indien, au montant déterminé en conformité avec la présente loi comme lui étant payable à l'égard de terres qui lui ont été enlevées obligatoirement pour les fins de la bande;

b) les dépenses subies afin de prévenir ou maîtriser les incendies d'herbes ou de forêts ou pour protéger les biens des Indiens en cas d'urgence.

66. (1) Avec le consentement du conseil d'une bande, le ministre peut autoriser et ordonner la dépense de sommes d'argent du compte de revenu à toute fin qui, d'après lui, favorisera le progrès général et le bien-être de la bande ou d'un de ses membres.

(2) The Minister may make expenditures out of the revenue moneys of the band to assist sick, disabled, aged or destitute Indians of the band, to provide for the burial of deceased indigent members of the band and to provide for the payment of contributions under the *Employment Insurance Act* on behalf of employed persons who are paid in respect of their employment out of moneys of the band.

(2.1) The Minister may make expenditures out of the revenue moneys of a band in accordance with by-laws made pursuant to paragraph 81(1)(p.3) for the purpose of making payments to any person whose name was deleted from the Band List of the band in an amount not exceeding one per capita share of the revenue moneys.

(3) The Minister may authorize the expenditure of revenue moneys of the band for all or any of the following purposes, namely,

(a) for the destruction of noxious weeds and the prevention of the spreading or prevalence of insects, pests or diseases that may destroy or injure vegetation on Indian reserves;

(b) to prevent, mitigate and control the spread of diseases on reserves, whether or not the diseases are infectious or communicable;

(c) to provide for the inspection of premises on reserves and the destruction, alteration or renovation thereof;

(d) to prevent overcrowding of premises on reserves used as dwellings;

(e) to provide for sanitary conditions in private premises on reserves as well as in public places on reserves; and

(f) for the construction and maintenance of boundary fences.

67. Where money is expended by Her Majesty for the purpose of raising or collecting Indian moneys, the Minister may authorize the recovery of the amount so expended from the moneys of the band.

68. Where the Minister is satisfied that an Indian

(2) Le ministre peut dépenser l'argent du compte de revenu de la bande en vue d'aider les Indiens malades, invalides, âgés ou indigents de la bande et pour pourvoir aux funérailles des membres indigents de celle-ci, de même qu'en vue de pourvoir au versement des contributions sous le régime de la *Loi sur l'assurance-emploi* pour le compte de personnes employées qui sont payées, à l'égard de leur emploi, sur l'argent de la bande.

(2.1) Le ministre peut effectuer des dépenses sur les sommes d'argent de revenu de la bande conformément aux règlements administratifs visés à l'alinéa 81(1)p.3) en vue d'effectuer des paiements à une personne dont le nom a été retranché de la liste de bande jusqu'à concurrence d'un montant n'excédant pas une part *per capita* de ces sommes.

(3) Le ministre peut autoriser la dépense de sommes d'argent du compte de revenu de la bande pour l'ensemble ou l'un des objets suivants :

a) la destruction des herbes nuisibles et la prévention de la propagation ou de la présence généralisée des insectes, parasites ou maladies susceptibles de ruiner ou d'endommager la végétation dans les réserves indiennes;

b) la prophylaxie des maladies infectieuses ou contagieuses, ou non, sur les réserves;

c) l'inspection des locaux sur les réserves et la destruction, la modification ou la rénovation de ces locaux;

d) l'adoption de mesures préventives contre le surpeuplement des locaux utilisés comme logements sur les réserves;

e) la salubrité dans les locaux privés comme dans les endroits publics, sur les réserves;

f) la construction et l'entretien de clôtures de délimitation.

67. Lorsqu'une somme d'argent est dépensée par Sa Majesté pour procurer ou percevoir des sommes d'argent destinées aux Indiens, le ministre peut autoriser le recouvrement du montant ainsi dépensé sur l'argent de la bande.

68. Le ministre peut ordonner que les paiements de rentes ou d'intérêts auxquels un Indien a droit soient appliqués au soutien de l'époux ou conjoint de fait ou de la famille de celui-ci, ou des deux, lorsqu'il est convaincu que cet Indien, selon le cas :

- (a) has deserted his spouse or common-law partner or family without sufficient cause,
- (b) has conducted himself in such a manner as to justify the refusal of his spouse or common-law partner or family to live with him, or
- (c) has been separated by imprisonment from his spouse or common-law partner and family,

- a) a abandonné son époux ou conjoint de fait ou sa famille sans raison suffisante;
- b) s'est conduit de façon à justifier le refus de son époux ou conjoint de fait ou de sa famille de vivre avec lui;
- c) a été séparé de son époux ou conjoint de fait et de sa famille par emprisonnement.

the Minister may order that payments of any annuity or interest money to which that Indian is entitled shall be applied to the support of the spouse or common-law partner or family or both the spouse or common-law partner and family of that Indian.

. . .

. . .

69. (1) The Governor in Council may by order permit a band to control, manage and expend in whole or in part its revenue moneys and may amend or revoke any such order.

69. (1) Le gouverneur en conseil peut, par décret, permettre à une bande de contrôler, administrer et dépenser la totalité ou une partie de l'argent de son compte de revenu; il peut aussi modifier ou révoquer un tel décret.

(2) The Governor in Council may make regulations to give effect to subsection (1) and may declare therein the extent to which this Act and the *Financial Administration Act* shall not apply to a band to which an order made under subsection (1) applies.

(2) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements pour donner effet au paragraphe (1) et y déclarer dans quelle mesure la présente loi et la *Loi sur la gestion des finances publiques* ne s'appliquent pas à une bande visée par un décret pris sous le régime du paragraphe (1).

Indian Oil and Gas Act, R.S.C. 1985, c. I-7

Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, L.R.C. 1985, ch. I-7

4. (1) Notwithstanding any term or condition in any grant, lease, permit, licence or other disposition or any provision in any regulation respecting oil or gas or both oil and gas or the terms and conditions of any agreement respecting royalties in relation to oil or gas or both oil and gas, whether granted, issued, made or entered into before or after December 20, 1974, but subject to subsection (2), all oil and gas obtained from Indian lands after April 22, 1977 is subject to the payment to Her Majesty in right of Canada, in trust for the Indian bands concerned, of the royalties prescribed from time to time by the regulations.

4. (1) Nonobstant les modalités d'une concession, d'un bail, d'un permis, d'une licence ou d'un autre acte d'aliénation, les dispositions d'un règlement sur le pétrole ou sur le gaz ou les modalités d'un accord sur les redevances applicables au pétrole ou au gaz, qu'ils soient ou non survenus avant le 20 décembre 1974, mais sous réserve du paragraphe (2), le pétrole et le gaz tirés des terres indiennes après le 22 avril 1977 sont assujettis au paiement à Sa Majesté du chef du Canada, en fiducie pour les bandes indiennes concernées, des redevances réglementaires.

Indian Oil and Gas Regulations, 1995, SOR/94-753

Règlement de 1995 sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, DORS/94-753

33. . . .

33. . . .

(5) At any time after giving reasonable notice in writing to the operator and giving due consideration to any obligations that the operator may have in respect of the sale of oil or gas, the Executive Director may, with

(5) Avec l'autorisation du conseil de bande, le directeur exécutif peut, en tout temps après avoir donné un avis écrit raisonnable à l'exploitant et après avoir étudié les obligations de ce dernier quant à la vente du pétrole

the approval of the band council, direct that all or a part of the oil or gas that is a royalty payable under this section be paid in kind for a specified or indefinite period or until the Executive Director directs otherwise.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellants Chief John Ermineskin et al.: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitors for the appellants Chief Victor Buffalo et al.: O'Reilly & Associés, Montréal.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

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

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Saddle Lake Indian Band and the Stoney Indian Band: Rae and Company, Calgary.

Solicitor for the intervener the Lac Seul First Nation: Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

et du gaz, ordonner que tout ou partie du pétrole ou du gaz qui constitue la redevance payable en vertu du présent article soit payé en nature pour une période spécifiée ou indéterminée ou jusqu'à ce qu'il en ordonne autrement.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs des appelants Chef John Ermineskin et autres : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs des appelants Chef Victor Buffalo et autres : O'Reilly & Associés, Montréal.

Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Pitblado, Winnipeg.

Procureurs des intervenantes la bande indienne de Saddle Lake et la bande indienne de Stoney : Rae and Company, Calgary.

Procureur de l'intervenante la Première Nation du Lac Seul : Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

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://publication.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2009 Vol. 1

2^e cahier, 2009 Vol. 1

Cited as [2009] 1 S.C.R. 295-578

Renvoi [2009] 1 R.C.S. 295-578

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

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
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	TIMOTHY WILSON
	MARY JANE SINCLAIR	

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

Jurilinguists / Jurilinguistes	
STEPHEN BALOGH	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	PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
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

B.M.P. Global Distribution Inc. v. Bank of Nova Scotia 504

Financial institutions — Banks and banking operations — Fraudulent cheque — Banks' rights to recover money paid under mistake of fact and to trace funds — Collecting bank releasing funds in customer's account after drawee bank cleared cheque — Customer transferring portion of funds in its account to related accounts — Drawee bank later finding cheque to be fraudulent and requesting assistance of collecting bank to recover funds — Collecting bank restraining funds in customer's account and related accounts under its control and transferring funds back to drawee bank — Whether drawee bank can recover payment made under mistake of fact — Whether collecting bank had right to claim funds in customer's account and to trace funds in related accounts.

Restitution — Mistake of fact — Fraudulent cheque — Whether money paid by bank recoverable from payee.

Commercial law — Bills of exchange — Fraudulent cheque — Whether money paid by bank recoverable from payee.

Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa 339

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Immigration Appeal Division denying special relief on "humanitarian and compassionate grounds" from removal order — Standard of review applicable to Immigration Appeal Division decision — Whether common law of judicial review displaced by s. 18.1 of Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 67(1)(c).

Canada Post Corp. v. Lépine 549

Private international law — Foreign or external judgments — Recognition procedure — Parallel class proceedings commenced in different provinces — Whether Quebec court hearing application for recognition of judgment can take account of doctrine of forum non conveniens in determining whether foreign authority had jurisdiction — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3135, 3155(1), 3164.

Private international law — Foreign or external judgments — Recognition procedure — Parallel class proceedings commenced in different provinces — Notice procedure for Ontario judgment certifying class proceeding and approving settlement agreement — Quebec residents bound by settlement agreement — Whether notice procedure for Ontario judgment entailed contravention of fundamental principles of procedure that precluded recognition

SOMMAIRE

B.M.P. Global Distribution Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse 504

Institutions financières — Banques et opérations bancaires — Faux chèque — Droits des banques de recouvrer l'argent payé par erreur de fait et de suivre des fonds — Versement de fonds par la banque d'encaissement dans le compte d'une cliente après compensation du chèque par la banque tirée — Transfert par la cliente d'une partie des fonds de son compte aux comptes connexes — Banque tirée découvrant par la suite qu'il s'agit d'un faux chèque et demandant l'assistance de la banque d'encaissement pour le recouvrement des fonds — Blocage par la banque d'encaissement des fonds détenus dans le compte de la cliente et les comptes connexes ouverts chez elle et retransfert des fonds à la banque tirée — La banque tirée a-t-elle le droit de recouvrer un paiement effectué par erreur de fait? — La banque d'encaissement avait-elle le droit de réclamer des fonds dans le compte de la cliente et de suivre les fonds dans les comptes connexes?

Restitution — Erreur de fait — Faux chèque — Est-il possible de recouvrer auprès du preneur l'argent payé par la banque?

Droit commercial — Lettres de change — Faux chèque — Est-il possible de recouvrer auprès du preneur l'argent payé par la banque?

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa 339

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Refus de la Section d'appel de l'immigration de prendre des mesures spéciales pour des « motifs d'ordre humanitaires » relativement à une mesure de renvoi — Norme de contrôle applicable à la décision de la Section d'appel de l'immigration — L'article 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, écarte-t-il la common law en matière de contrôle judiciaire? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 67(1)c.

R. c. Royz 423

Droit criminel — Exposé au jury — Caractère suffisant de l'examen de la preuve effectué par le juge du procès — Exposé adéquat — Les directives aux jurés ont suffisamment expliqué la preuve et précisé son lien avec les questions soulevées par la défense.

R. c. S.J.L. 426

Droit criminel — Adolescents — Procédure — Acte de mise en accusation directe — Procès conjoints — Adolescents et adultes arrêtés ensemble en relation avec

CONTENTS (Continued)

of Ontario judgment in Quebec — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3155(3).

Private international law — Foreign or external judgments — Recognition procedure — Lis pendens — Parallel class proceedings commenced in different provinces — Whether Quebec and Ontario proceedings gave rise to situation of lis pendens — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3155(4).

R. v. Royz 423

Criminal law — Trial — Charge to jury — Adequacy of trial judge's review of evidence — Charge adequate — Jury instruction conveying sufficient understanding of evidence and how it related to issues raised by defence.

R. v. S.J.L. 426

Criminal law — Youths — Procedure — Direct indictment — Joint trials — Young persons and adults arrested together in relation to drug trafficking activities by criminal organization — Crown preferring direct indictment against all accused, both adults and young persons — Whether Crown may proceed by direct indictment in case of young persons — Whether young persons can be tried jointly with adults — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 536(4), 577 — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 67(7), (9), 140.

Rick v. Brandsema 295

Family law — Family assets — Separation agreements — Unconscionability — Husband knowingly exploiting wife's mental fragility and giving misleading financial information, resulting in negotiated equalization payment that fails to reflect objectives of governing legislation or parties' intention to divide assets equally — Whether separation agreement unconscionable — Role of professional assistance in compensating for vulnerabilities.

Family law — Separation agreements — Duty to make full and honest disclosure of relevant financial information in negotiating separation agreements.

Contracts — Unconscionability — Remedy — Equitable compensation.

Teck Cominco Metals Ltd. v.

Lloyd's Underwriters 321

Private international law — Choice of forum — Forum conveniens — Pollution produced by mining company in Canada but environmental damage alleged to occur in U.S. — Environmental action against company commenced in U.S. court — Company suing insurers for coverage in relation to environmental damage in that court — Insurers commencing parallel proceedings in British Columbia —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

des activités de trafic de stupéfiants mettant en cause une organisation criminelle — Dépôt par le ministère public d'un acte de mise en accusation directe regroupant tous les accusés tant adultes qu'adolescents — Le ministère public peut-il procéder par acte de mise en accusation directe dans le cas des adolescents? — Les adolescents peuvent-ils subir leur procès conjointement avec des adultes? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 536(4), 577 — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 67(7), (9), 140.

Rick c. Brandsema 295

Droit de la famille — Biens familiaux — Accords de séparation — Caractère abusif — Versement d'un paiement d'égalisation négocié ne reflétant ni les objectifs de la loi applicable ni l'intention des parties de se diviser les biens en parts égales en raison de l'exploitation délibérée par l'époux de la fragilité mentale de l'épouse et de la communication délibérée par le premier de renseignements financiers trompeurs — L'accord de séparation avait-il un caractère abusif? — Rôle de l'aide professionnelle pour contrebalancer la vulnérabilité d'une partie.

Droit de la famille — Accords de séparation — Obligation de communication franche et complète de l'information lors de la négociation des accords de séparation.

Contrats — Caractère abusif — Réparation — Indemnisation en equity.

Société canadienne des postes c. Lépine 549

Droit international privé — Jugements étrangers ou externes — Procédure de reconnaissance — Recours collectifs parallèles intentés dans des provinces différentes — Le tribunal québécois saisi d'une demande de reconnaissance de jugement peut-il prendre en compte la doctrine du forum non conveniens pour établir la compétence de l'autorité étrangère? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3135, 3155(1), 3164.

Droit international privé — Jugements étrangers ou externes — Procédure de reconnaissance — Recours collectifs parallèles intentés dans des provinces différentes — Procédure de notification du jugement ontarien certifiant un recours collectif et entérinant une transaction — Résidants du Québec liés par la transaction — La procédure de notification du jugement ontarien constituait-elle une violation des principes essentiels de la procédure qui empêchait la reconnaissance judiciaire du jugement ontarien au Québec? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3155(3).

Droit international privé — Jugements étrangers ou externes — Procédure de reconnaissance — Litispendance — Recours collectifs parallèles intentés dans des provinces différentes — Existait-il une situation de litispendance

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Assertion of jurisdiction by U.S. court — Whether British Columbia proceedings should be stayed given prior assertion of jurisdiction — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11.

SOMMAIRE (Fin)

entre les recours québécois et ontarien? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3155(4).

Teck Cominco Metals Ltd. c.

Lloyd's Underwriters 321

Droit international privé — Choix du tribunal — Forum conveniens — Une compagnie minière a causé de la pollution au Canada, mais le dommage environnemental serait survenu aux États-Unis — Une action environnementale a été intentée contre la compagnie devant une cour américaine — La compagnie poursuit les assureurs devant cette cour pour être indemnisée quant au dommage environnemental — Les assureurs ont intenté des recours parallèles en Colombie-Britannique — La cour américaine s'est déclarée compétente — Les recours intentés en Colombie-Britannique devraient-ils être suspendus compte tenu de la déclaration de compétence antérieure? — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, ch. 28, art. 11.

Nancy Rick also known as Nanc Rick *Appellant*

v.

Berend Brandsema also known as Ben Brandsema and Brandy Farms Inc. *Respondents*

and

Women's Legal Education and Action Fund *Intervener*

INDEXED AS: RICK v. BRANDSEMA

Neutral citation: 2009 SCC 10.

File No.: 32098.

2008: October 14; 2009: February 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Family law — Family assets — Separation agreements — Unconscionability — Husband knowingly exploiting wife's mental fragility and giving misleading financial information, resulting in negotiated equalization payment that fails to reflect objectives of governing legislation or parties' intention to divide assets equally — Whether separation agreement unconscionable — Role of professional assistance in compensating for vulnerabilities.

Family law — Separation agreements — Duty to make full and honest disclosure of relevant financial information in negotiating separation agreements.

Contracts — Unconscionability — Remedy — Equitable compensation.

The parties married in 1973 and separated in 2000. During their 29 years together, they had five children and acquired a dairy farm in which they were equal shareholders, as well as other real property, vehicles and RRSPs. The parties were intermittently represented

Nancy Rick aussi connue sous le nom de Nanc Rick *Appelante*

c.

Berend Brandsema aussi connu sous le nom de Ben Brandsema et Brandy Farms Inc. *Intimés*

et

Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : RICK c. BRANDSEMA

Référence neutre : 2009 CSC 10.

N^o du greffe : 32098.

2008 : 14 octobre; 2009 : 19 février.

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 COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit de la famille — Biens familiaux — Accords de séparation — Caractère abusif — Versement d'un paiement d'égalisation négocié ne reflétant ni les objectifs de la loi applicable ni l'intention des parties de se diviser les biens en parts égales en raison de l'exploitation délibérée par l'époux de la fragilité mentale de l'épouse et de la communication délibérée par le premier de renseignements financiers trompeurs — L'accord de séparation avait-il un caractère abusif? — Rôle de l'aide professionnelle pour contrebalancer la vulnérabilité d'une partie.

Droit de la famille — Accords de séparation — Obligation de communication franche et complète de l'information lors de la négociation des accords de séparation.

Contrats — Caractère abusif — Réparation — Indemnisation en equity.

Les parties se sont mariées en 1973 et se sont séparées en 2000. Pendant leurs 29 années de vie commune, les parties ont eu cinq enfants et acquis une ferme laitière dont elles étaient actionnaires à parts égales. Elles ont aussi acquis des véhicules et des biens immeubles,

by lawyers and also used the services of mediators during their negotiation of a separation agreement. Approximately a year after their divorce, the wife sought to set aside the agreement on the grounds of unconscionability or, in the alternative, a reapportionment order under s. 65 of British Columbia's *Family Relations Act*. The trial judge found that the agreement was unconscionable because the husband had exploited the wife's mental instability during negotiations and had deliberately concealed or under-valued assets. This resulted in the wife receiving significantly less than her entitlement under the Act, despite the fact that it was the parties' express intention to divide their assets equally. As a result, the trial judge made an order awarding the wife an amount representing the difference between the negotiated equalization payment and the amount she was entitled to under the Act. The Court of Appeal disagreed with the trial judge's conclusions about the extent of the wife's vulnerabilities and concluded that, in any event, they were effectively compensated for by the availability of counsel.

Held: The appeal should be allowed.

The singularly emotional environment that follows the disintegration of a spousal relationship means that the negotiation of separation agreements takes place in a uniquely difficult and vulnerable context. Special care must therefore be taken to ensure that the assets of the former relationship are distributed through a process that is, to the extent possible, free from informational and psychological exploitation. Where exploitation results in an agreement that deviates substantially from the objectives of the governing legislation, the resulting agreement may be found to be unconscionable and, as a result, unenforceable. [1] [44] [47]

While parties are generally free to decide for themselves what bargain they are prepared to make, decisions about what constitutes an acceptable settlement can only authoritatively be made if both parties come to the negotiating table with the information they need to consider what concessions to accept or offer. This requires that there be a duty on separating spouses to provide full and honest disclosure of all relevant financial information in order to help protect the integrity of the negotiating process. This duty not only anchors the ability of separating spouses to genuinely decide for themselves what constitutes an acceptable bargain, it helps ensure the finality of agreements. An agreement

en plus de cotiser à des REÉR. Les parties ont été représentées de façon intermittente par des avocats et ont également fait appel à des médiateurs durant la négociation d'un accord de séparation. Environ un an après le divorce, l'épouse a demandé l'annulation de l'accord, invoquant son caractère abusif. À défaut de l'annulation, elle demandait au tribunal d'ordonner une nouvelle répartition des biens en vertu de l'art. 65 de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique. Le juge du procès a conclu que l'accord était abusif, parce que le mari avait exploité l'instabilité mentale de son épouse lors des négociations et avait délibérément caché ou sous-évalué certains biens. L'épouse a en conséquence reçu une somme nettement inférieure à celle à laquelle elle avait droit en vertu de la loi pertinente, malgré l'intention expresse des parties de se diviser leurs biens en parts égales. Le juge du procès a donc ordonné au mari de verser à l'épouse une somme correspondant à la différence entre le paiement d'égalisation négocié et la somme à laquelle l'épouse avait droit en vertu de la loi. La Cour d'appel n'a pas souscrit aux conclusions du juge du procès quant au degré de vulnérabilité de l'épouse et a conclu que, quoi qu'il en soit, cette vulnérabilité avait été contrebalancée par la possibilité qu'avait eue cette dernière de recourir aux services d'avocats.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Vu le contexte particulièrement émotionnel qui caractérise la rupture du lien conjugal, la négociation des accords de séparation se déroule dans des circonstances de vulnérabilité particulièrement difficiles. Il importe donc de veiller à ce que, dans la mesure du possible, le partage des biens des conjoints résulte d'un processus d'où sont absentes l'exploitation psychologique et l'exploitation liée au déficit d'information. Lorsque de telles situations d'exploitation entraînent la conclusion d'un accord dérogeant dans une mesure importante aux objectifs du texte de loi régissant la question, cet accord peut être jugé abusif et, de ce fait, inapplicable. [1] [44] [47]

Bien que les parties soient en général libres de décider elles-mêmes de l'accord qu'elles sont disposées à conclure, ce n'est que si les deux parties abordent les négociations avec les renseignements nécessaires pour envisager l'acceptation ou l'offre de concessions qu'elles sont alors en mesure de décider de façon concluante ce qui constitue un accord acceptable. Ainsi, la protection de l'intégrité du processus de négociation suppose une obligation pour les époux en instance de séparation de communiquer franchement et complètement tous les renseignements financiers pertinents. Cette obligation permet non seulement aux époux en instance de séparation de véritablement décider par eux-mêmes de ce

negotiated with full and honest disclosure and without exploitative tactics will likely survive judicial scrutiny. [45-49]

Whether defective disclosure will justify judicial intervention, however, will depend on the circumstances of each case, including the extent of the misinformation and the degree to which it may have been deliberately generated. [49]

There is no reason to disturb the trial judge's conclusion that the separation agreement was unconscionable. His findings about the husband's defective disclosure and exploitation of his wife's known mental vulnerabilities, support the conclusion. Although in some cases professional assistance will effectively compensate for vulnerabilities, in this case the trial judge concluded that the wife's mental instability left her unable to make use of such assistance. [2] [6] [27-28] [31] [36] [58-60] [62]

The husband's failure to make full and honest disclosure, his knowledge that the negotiations were based on erroneous financial information, as well as his exploitation of what he knew to be his wife's profound mental instability, resulted in a negotiated equalization payment that was \$649,680 less than the wife's entitlement under the *Family Relations Act*. In these circumstances, the trial judge was entitled to award this amount to compensate the wife for the loss caused by the unconscionable bargain. [6] [27-28] [31] [53] [63] [69]

Cases Cited

Applied: *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; **referred to:** *Davidson v. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442; *T. (T.L.A.) v. T. (W.W.)* (1996), 24 R.F.L. (4th) 51; *Chen v. Liu*, 2008 BCSC 928, [2008] B.C.J. No. 1354 (QL); *W. (C.E.) v. W. (G.D.)*, 2007 BCSC 550, 31 E.T.R. (3d) 101; *Zhu v. Li*, 2007 BCSC 1117, 33 E.T.R. (3d) 281; *Elliott v. Elliott*, 2007 BCSC 98, [2007] B.C.J. No. 108 (QL); *Chepil v. Chepil*, 2006 BCSC 15, [2006] B.C.J. No. 15 (QL); *Hartshorne v. Hartshorne*, 2004 SCC 22, [2004] 1 S.C.R. 550; *Leopold v. Leopold* (2000), 51 O.R. (3d)

qui constitue un accord acceptable, mais contribue également au caractère définitif des accords. Un accord négocié dans un climat de communication franche et complète de l'information et sans qu'il y ait eu recours à des tactiques relevant de l'exploitation survivra vraisemblablement à l'examen des tribunaux. [45-49]

Cependant, la question de savoir si une communication défectueuse de l'information justifiera l'intervention d'un tribunal dépendra des circonstances propres à chaque espèce — notamment l'ampleur de la communication de renseignements qui induisent en erreur et la mesure dans laquelle cette communication est jugée avoir été commise de façon délibérée. [49]

Rien ne justifie de modifier la conclusion du juge du procès selon laquelle l'accord de séparation était abusif. Ses constatations selon lesquelles le mari a procédé à une communication défectueuse et exploité la vulnérabilité mentale de son épouse, état qui était connu, appuient cette conclusion. Bien que, dans certains cas, l'aide de professionnels contrebalance effectivement la vulnérabilité, en l'espèce, le juge du procès a conclu que l'instabilité mentale de l'épouse avait rendu celle-ci incapable d'utiliser cette aide professionnelle. [2] [6] [27-28] [31] [36] [58-60] [62]

Le fait que le mari n'ait pas communiqué l'information de manière franche et complète, qu'il ait su que les négociations étaient fondées sur des renseignements financiers erronés et qu'il ait profité de la profonde instabilité mentale de son épouse, état qu'il connaissait, a entraîné la négociation d'un paiement d'égalisation inférieur de 649 680 \$ à ce que l'épouse était en droit de recevoir en vertu de la *Family Relations Act*. Dans ces circonstances, le juge du procès était fondé à accorder cette somme afin d'indemniser l'épouse pour la perte causée par l'entente abusive. [6] [27-28] [31] [53] [63] [69]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; **arrêts mentionnés :** *Davidson c. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442; *T. (T.L.A.) c. T. (W.W.)* (1996), 24 R.F.L. (4th) 51; *Chen c. Liu*, 2008 BCSC 928, [2008] B.C.J. No. 1354 (QL); *W. (C.E.) c. W. (G.D.)*, 2007 BCSC 550, 31 E.T.R. (3d) 101; *Zhu c. Li*, 2007 BCSC 1117, 33 E.T.R. (3d) 281; *Elliott c. Elliott*, 2007 BCSC 98, [2007] B.C.J. No. 108 (QL); *Chepil c. Chepil*, 2006 BCSC 15, [2006] B.C.J. No. 15 (QL); *Hartshorne c. Hartshorne*, 2004 CSC 22, [2004] 1 R.C.S. 550; *Leopold c. Leopold* (2000), 51

275; *Leskun v. Leskun*, 2006 SCC 25, [2006] 1 S.C.R. 920; *Russell v. Russell*, 2002 BCSC 1233, [2002] B.C.J. No. 1983 (QL); *Dowling v. Dowling* (1997), 43 B.C.L.R. (3d) 59; *Starkman v. Starkman* (1990), 75 O.R. (2d) 19; *Sengmueller v. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208; *McCowan v. McCowan* (1995), 14 R.F.L. (4th) 325; *Thomsett v. Thomsett*, 2001 BCSC 546, 16 R.F.L. (5th) 427; *Shackleton v. Shackleton*, 1999 BCCA 704, 1 R.F.L. (5th) 459; *Schlenker v. Schlenker* (1999), 1 R.F.L. (5th) 436; *McGregor v. Van Tilborg*, 2003 BCSC 918, [2003] B.C.J. No. 1427 (QL); *Huddersfield Banking Co. v. Henry Lister & Son Ltd.*, [1895] 2 Ch. 273; *Monarch Construction Ltd. v. Buildevco Ltd.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 164; *R.L.S. v. D.C.M.*, 2002 BCSC 1794, [2002] B.C.J. No. 2890 (QL); *Dusik v. Newton* (1985), 62 B.C.L.R. 1; *S-244 Holdings Ltd. v. Seymour Building Systems Ltd.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 34; *Treadwell v. Martin* (1976), 13 N.B.R. (2d) 137; *Paris v. Machnick* (1972), 32 D.L.R. (3d) 723; *Junkin v. Junkin* (1978), 20 O.R. (2d) 118; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834.

Statutes and Regulations Cited

Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15.2.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 56, 65, 66(2)(c).

Authors Cited

Bryan, Penelope Eileen. "Women's Freedom to Contract at Divorce: A Mask for Contextual Coercion" (1999), 47 *Buff. L. Rev.* 1153.
 Fraser, Peter, John W. Horn, and Susan A. Griffin. *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia*, vol. 2, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2007 (loose-leaf ed. updated May 2008, release 2).
 Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004.
 Martin, Craig. "Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law" (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 135.
 McCamus, John D. "Equitable Compensation and Restitutionary Remedies: Recent Developments" in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1995: Law of Remedies*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, 295.
 McCamus, John D. *The Law of Contracts*. Toronto: Irwin Law, 2005.
 Neave, Marcia. "Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law'" (1994), 44 *U.T.L.J.* 97.
 Shaffer, Martha, and Carol Rogerson. "Contracting Spousal Support: Thinking Through *Miglin*" (2003-2004), 21 *C.F.L.Q.* 49.

O.R. (3d) 275; *Leskun c. Leskun*, 2006 CSC 25, [2006] 1 R.C.S. 920; *Russell c. Russell*, 2002 BCSC 1233, [2002] B.C.J. No. 1983 (QL); *Dowling c. Dowling* (1997), 43 B.C.L.R. (3d) 59; *Starkman c. Starkman* (1990), 75 O.R. (2d) 19; *Sengmueller c. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208; *McCowan c. McCowan* (1995), 14 R.F.L. (4th) 325; *Thomsett c. Thomsett*, 2001 BCSC 546, 16 R.F.L. (5th) 427; *Shackleton c. Shackleton*, 1999 BCCA 704, 1 R.F.L. (5th) 459; *Schlenker c. Schlenker* (1999), 1 R.F.L. (5th) 436; *McGregor c. Van Tilborg*, 2003 BCSC 918, [2003] B.C.J. No. 1427 (QL); *Huddersfield Banking Co. c. Henry Lister & Son Ltd.*, [1895] 2 Ch. 273; *Monarch Construction Ltd. c. Buildevco Ltd.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 164; *R.L.S. c. D.C.M.*, 2002 BCSC 1794, [2002] B.C.J. No. 2890 (QL); *Dusik c. Newton* (1985), 62 B.C.L.R. 1; *S-244 Holdings Ltd. c. Seymour Building Systems Ltd.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 34; *Treadwell c. Martin* (1976), 13 N.B.R. (2d) 137; *Paris c. Machnick* (1972), 32 D.L.R. (3d) 723; *Junkin c. Junkin* (1978), 20 O.R. (2d) 118; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834.

Lois et règlements cités

Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 56, 65, 66(2)c.
Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2.

Doctrine citée

Bryan, Penelope Eileen. « Women's Freedom to Contract at Divorce : A Mask for Contextual Coercion » (1999), 47 *Buff. L. Rev.* 1153.
 Fraser, Peter, John W. Horn, and Susan A. Griffin. *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia*, vol. 2, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2007 (loose-leaf ed. updated May 2008, release 2).
 Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2004.
 Martin, Craig. « Unequal Shadows : Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law » (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 135.
 McCamus, John D. « Equitable Compensation and Restitutionary Remedies : Recent Developments » in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1995 : Law of Remedies*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1995, 295.
 McCamus, John D. *The Law of Contracts*. Toronto : Irwin Law, 2005.
 Neave, Marcia. « Resolving the Dilemma of Difference : A Critique of "The Role of Private Ordering in Family Law" » (1994), 44 *U.T.L.J.* 97.
 Shaffer, Martha, and Carol Rogerson. « Contracting Spousal Support : Thinking Through *Miglin* » (2003-2004), 21 *C.F.L.Q.* 49.

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 (Thackray, Lowry and Chiasson J.J.A.), 2007 BCCA 217, 37 R.F.L. (6th) 352, 281 D.L.R. (4th) 517, 240 B.C.A.C. 31, 69 B.C.L.R. (4th) 56, [2007] B.C.J. No. 767 (QL), 2007 CarswellBC 778, allowing the appeal and dismissing the cross-appeal from a decision of Slade J., 2006 BCSC 595, 26 R.F.L. (6th) 293, [2006] B.C.J. No. 850 (QL), 2006 CarswellBC 934. Appeal allowed.

Philip Epstein, Q.C., Jack Hittrich and Janette Kovacs, for the appellant.

Georgiale A. Lang, Benjamin J. Ingram and Heather M. Dale, for the respondents.

Nitya Iyer and Joanna Radbord, for the intervenor.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — This Court has frequently recognized that negotiations following the disintegration of a spousal relationship take place in a uniquely difficult context. The reality of this singularly emotional negotiating environment means that special care must be taken to ensure that, to the extent possible, the assets of the former relationship are distributed through negotiations that are free from informational and psychological exploitation.

[2] After a long and difficult marriage, the parties in this case negotiated and signed a separation agreement. Based on the test outlined by this Court in *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303, the trial judge determined that the agreement was unconscionable because the negotiation process was severely flawed and the resulting settlement deviated substantially from the objectives of the governing legislation. He found that the wife was mentally unstable at the time the agreement was negotiated and executed, and that the husband took advantage of this “very significant” vulnerability by agreeing to a bargain he knew was based

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 Thackray, Lowry et Chiasson), 2007 BCCA 217, 37 R.F.L. (6th) 352, 281 D.L.R. (4th) 517, 240 B.C.A.C. 31, 69 B.C.L.R. (4th) 56, [2007] B.C.J. No. 767 (QL), 2007 CarswellBC 778, qui a accueilli l’appel et rejeté l’appel incident formés contre une décision du juge Slade, 2006 BCSC 595, 26 R.F.L. (6th) 293, [2006] B.C.J. No. 850 (QL), 2006 CarswellBC 934. Pourvoi accueilli.

Philip Epstein, c.r., Jack Hittrich et Janette Kovacs, pour l’appelante.

Georgiale A. Lang, Benjamin J. Ingram et Heather M. Dale, pour les intimés.

Nitya Iyer et Joanna Radbord, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Notre Cour a à maintes reprises reconnu que les négociations consécutives à la rupture du lien conjugal ont lieu dans des circonstances particulièrement difficiles. En raison de ce contexte particulièrement émotionnel, il importe de veiller à ce que, dans la mesure du possible, le partage des biens des conjoints résulte de négociations d’où sont absentes l’exploitation psychologique et l’exploitation liée au déficit d’information.

[2] Après un long et difficile mariage, les parties ont négocié et signé un accord de séparation. Appliquant le critère énoncé par notre Cour dans *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303, le juge du procès a estimé que l’accord était abusif : le processus de négociation était grave-ment vicié et l’entente qui en avait résulté dérogeait considérablement aux objectifs du texte de loi régissant la question. Le juge a conclu que l’épouse était mentalement instable lors de la négociation et de la signature de l’accord. Il a également conclu que le mari avait profité de cette [TRADUCTION] « très grande vulnérabilité » en donnant son accord

on misleading financial information, due in part to his own deliberate non-disclosure.

[3] The Court of Appeal reversed most of the trial judge's findings, concluding instead that the wife's vulnerabilities were effectively compensated for by the availability of professional assistance, and that the husband had no obligation to refrain from agreeing to an equalization payment for his wife that was in his own best interests.

[4] This appeal, therefore, attracts a spotlight to the duties owed by separating spouses during the process of negotiating and executing a separation agreement for the division of matrimonial assets. In *Miglin*, based on the inherent vulnerability of spouses during negotiations, this Court stated that in order to safeguard a separation agreement from judicial intervention, a spouse must refrain from using exploitative tactics. It held that the failure to do so, particularly if the agreement fails to materially comply with the objectives of the governing legislation, could well result in the agreement being set aside.

[5] The circumstances of this case move us to consider the implications flowing from *Miglin* for the deliberate failure of a spouse to provide all the relevant financial information in negotiations for the division of assets. In my view, it is a corollary to the realities addressed by this Court in *Miglin* that there be a duty to make full and honest disclosure of such information when negotiating separation agreements.

[6] The husband's exploitative conduct, both in failing to make full and honest disclosure and in taking advantage of what he knew to be his wife's mental instability, resulted in a finding of unconscionability. The trial judge accordingly ordered that the wife be compensated in an amount representing the difference between her negotiated equalization payment and her entitlement under British Columbia's *Family Relations Act*, R.S.B.C.

à une entente qu'il savait fondée sur des renseignements financiers qui étaient trompeurs, en partie parce qu'il avait lui-même délibérément dissimulé certains faits.

[3] La Cour d'appel a infirmé la plupart des conclusions du juge du procès. Elle a plutôt jugé que la vulnérabilité de l'épouse avait été contrebalancée par la possibilité qu'avait eue cette dernière d'obtenir de l'aide professionnelle, et que le mari n'avait pas l'obligation de s'abstenir de donner son accord au versement à sa femme d'un paiement d'égalisation qui était à son avantage à lui.

[4] Ce pourvoi appelle donc l'attention sur les obligations des époux pendant le processus de négociation et de signature d'un accord de séparation concernant le partage des biens matrimoniaux. Dans *Miglin*, notre Cour a statué que, en raison de la vulnérabilité inhérente des conjoints pendant de telles négociations, ceux-ci doivent éviter de recourir à des tactiques relevant de l'exploitation s'ils veulent mettre l'accord de séparation à l'abri de l'intervention des tribunaux. Faute de quoi l'accord risque d'être invalidé, surtout s'il ne respecte pas pour l'essentiel les objectifs des dispositions législatives en la matière.

[5] Les faits de la présente affaire nous amènent à examiner les implications de l'arrêt *Miglin* lorsque, délibérément, un époux ne fournit pas tous les renseignements financiers pertinents pendant les négociations sur le partage des biens. À mon avis, les réalités abordées par notre Cour dans *Miglin* ont pour corollaire l'existence d'une obligation de communication franche et complète des renseignements de cette nature lors de la négociation des accords de séparation.

[6] Le juge du procès a conclu au caractère abusif de l'accord, parce que le mari avait exploité son épouse, d'une part en ne lui communiquant pas l'information de manière franche et complète, et, d'autre part, en profitant de l'instabilité mentale de cette dernière, état qu'il connaissait. Le juge a par conséquent ordonné que soit versée à l'épouse, à titre d'indemnisation, une somme correspondant à la différence entre le paiement d'égalisation négocié

1996, c. 128. On the facts and law, I see no reason to disturb his conclusion.

Background

[7] Nancy Rick and Berend Brandsema were married in 1973. She was 18 and he was 19. They separated in February 2000 but lived in the same house until late summer or early fall of that year. They were divorced in January 2002. In December 2001, they signed a separation agreement, the validity of which is the subject of this case.

[8] Over the course of their 29 years together, they acquired land and established a dairy farm, Brandy Farms Inc., of which they were equal shareholders. They also acquired vehicles, RRSPs and real property, all of which were part of the family assets. They had five children, one of whom died in early childhood, and two of whom were under the age of 19 at the date of separation. During their lives together, the wife was primarily a homemaker, but also contributed to the operation of the farm.

[9] After their separation, Brandy Farms Inc. provided funds to the wife to purchase a home for \$188,000. The husband facilitated this transaction on condition that the wife resign her position as director and officer of the company. Both parties had continued access to funds held by the company until they entered into the separation agreement.

[10] After the separation, the wife retained a lawyer who commenced divorce proceedings on October 17, 2000. Four months later, in February 2001, the parties engaged the services of a mediator. In the course of the mediation, conducted without lawyers, a schedule of Brandy Farms Inc.'s assets and liabilities was provided by the husband.

en sa faveur et ce qu'elle était en droit de recevoir en vertu de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128 (« *Loi sur les relations familiales* »). En fait et en droit, je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion.

Contexte

[7] Nancy Rick et Berend Brandsema se sont mariés en 1973. Elle avait alors 18 ans, lui 19. Ils se sont séparés en février 2000, mais ont vécu dans la même maison jusqu'à la fin de l'été ou au début de l'automne de la même année. Ils ont divorcé en janvier 2002. En décembre 2001, ils ont conclu un accord de séparation dont la validité fait l'objet du présent pourvoi.

[8] Pendant les 29 années qu'ils ont passées ensemble, ils ont acquis des terres et mis sur pied une ferme laitière, Brandy Farms Inc., dont ils étaient actionnaires à parts égales. Ils ont aussi acheté des véhicules et des biens immeubles et cotisé à des REÉR, tous ces biens faisant partie des biens familiaux. Le couple a eu cinq enfants, dont l'un est mort en bas âge et deux étaient âgés de moins de 19 ans à la date de la séparation. Pendant les années où ils ont vécu ensemble, l'épouse s'est principalement consacrée à son rôle de femme au foyer, mais elle a aussi participé à l'exploitation de la ferme.

[9] Après leur séparation, Brandy Farms Inc. a versé de l'argent à l'épouse pour l'acquisition d'une maison au prix de 188 000 \$. Le mari a acquiescé à cette opération, en posant comme condition que son épouse démissionne de son poste d'administratrice et de dirigeante de la société. Les deux parties ont eu constamment accès aux fonds détenus par la société jusqu'à la conclusion de l'accord de séparation.

[10] Après la séparation, l'épouse a retenu les services d'un avocat, qui a engagé une action en divorce le 17 octobre 2000. Quatre mois plus tard, en février 2001, les parties ont fait appel à un médiateur. Pendant la médiation, qui s'est déroulée sans la présence d'avocats, le mari a fourni un état de l'actif et du passif de Brandy Farms Inc.

[11] It was the parties' undisputed intention to divide their assets equally.

[12] The mediator prepared a memorandum of understanding, stating that the husband would keep Brandy Farms Inc. and another dairy farm business, while the wife would retain the house she had purchased and receive the sum of \$750,000 "in order to equalize the parties' net family property and assets".

[13] The memorandum also stated that there would be no spousal support.

[14] In May 2001, the wife asked the lawyer she had retained to start the divorce proceedings to review the unsigned memorandum prepared as a result of this first set of negotiations. Between May and August 2001, he made repeated requests of the husband's lawyer for the production of a Form 89 financial statement.

[15] The parties entered into discussions with a new mediator in the fall of 2001, again without lawyers. The husband's Form 89 was provided in late September 2001. The net value for the assets of Brandy Farms Inc. listed by the husband on the Form 89 was approximately \$300,000 more than the value he had presented during the February mediation that had resulted in the wife seeking a \$750,000 equalization payment.

[16] A second memorandum of understanding was agreed to and signed on October 10, 2001. With the exception of a provision dealing with child support, it was substantially the same as the memorandum negotiated in February 2001, including the equalization payment to the wife of \$750,000.

[17] After this memorandum of understanding was signed, the second mediator put the wife in touch with another lawyer, who obtained the first lawyer's file. The wife informed the second mediator that her intention had been to proceed in two phases: first to sign a separation agreement to meet her basic needs, and then to obtain "justice".

[11] Les parties ont toutes deux reconnu avoir eu l'intention de se diviser leurs biens en parts égales.

[12] Le médiateur a préparé un protocole d'entente stipulant que le mari demeurerait propriétaire de Brandy Farms Inc. et d'une autre ferme laitière, tandis que l'épouse conserverait la maison qu'elle avait achetée et recevrait la somme de 750 000 \$ [TRADUCTION] « pour l'égalisation de la valeur nette des biens familiaux des parties ».

[13] Le protocole stipulait également qu'aucune pension alimentaire ne serait versée.

[14] En mai 2001, l'épouse a demandé à l'avocat dont elle avait retenu les services pour l'action en divorce d'examiner le protocole non signé issu des premières négociations. De mai à août 2001, l'avocat de l'épouse a demandé à plusieurs reprises à celui du mari de produire un état financier conforme au formulaire 89.

[15] Les parties ont amorcé des discussions avec un nouveau médiateur à l'automne 2001, cette fois encore sans la présence d'avocats. Le mari a remis le formulaire 89 à la fin du mois de septembre 2001. La valeur nette des actifs de Brandy Farms Inc. énumérés par le mari dans le formulaire 89 dépassait d'environ 300 000 \$ la valeur qu'il avait mentionnée au cours de la médiation du mois de février, à l'issue de laquelle l'épouse avait demandé un paiement d'égalisation de 750 000 \$.

[16] Les parties se sont entendues sur un deuxième protocole d'entente, qu'elles ont signé le 10 octobre 2001. À l'exception d'une clause concernant la pension alimentaire pour enfants, ce protocole correspondait en gros à celui négocié en février 2001, y compris en ce qui a trait au paiement d'égalisation de 750 000 \$ à l'épouse.

[17] Après la signature de ce protocole d'entente, le deuxième médiateur a dirigé l'épouse vers un autre avocat, qui s'est procuré le dossier de son prédécesseur. L'épouse a indiqué au deuxième médiateur qu'elle avait eu l'intention de procéder en deux étapes : d'abord signer un accord de séparation qui lui permettrait de subvenir à ses besoins essentiels, puis obtenir « justice ».

[18] The trial judge surmised that the second lawyer saw his responsibilities as extending only to seeing that the terms of the memorandum of understanding were incorporated into a binding agreement and that the terms of that agreement were implemented.

[19] Before the signing of the separation agreement, the husband hired accountants to structure the transfer of shares in Brandy Farms Inc. in a way that minimized tax consequences. The resulting transaction involved the transfer by both the wife and the husband of all of their shares to a new company, which was to be indirectly controlled by the husband. The wife was to receive the \$750,000 equalization payment less \$19,000 for her one-half share of the cost of the accountants' services.

[20] The separation agreement was signed on December 13, 2001. By mutual agreement, the wife's lump sum payment of \$750,000 was not mentioned in the agreement. The trial judge found that this payment was most likely omitted because its inclusion would compromise the ability to claim that the share purchase transaction was at arm's length.

[21] On January 17, 2002, the parties were divorced and a consent order, prepared by the wife's lawyer, was granted dismissing the wife's claims against the husband. In February 2002, the paperwork to effect the tax plan and terms of the separation agreement was completed.

[22] On March 6, 2003, the wife sought to set aside the separation agreement and related share transfer agreement on the grounds of unconscionability and misrepresentation. In the alternative, she sought relief under s. 65 of the *Family Relations Act*.

[23] The husband's argument had been that his wife's negotiating tactics were deliberate and manipulative. The trial judge, Slade J., rejected this view (2006 BCSC 595, 26 R.F.L. (6th) 293). After

[18] Le juge du procès a présumé que, aux yeux du deuxième avocat, son mandat se limitait à s'assurer que les conditions énoncées dans le protocole d'entente soient incorporées dans un accord liant les parties et que les clauses de celui-ci soient mises en œuvre.

[19] Avant la signature de l'accord de séparation, le mari a confié à des comptables la tâche d'organiser le transfert des actions de Brandy Farms Inc. de manière à en diminuer le plus possible les conséquences fiscales. L'opération a entraîné le transfert de toutes les actions de l'épouse et du mari à une nouvelle société, qui serait contrôlée indirectement par le mari. Il était prévu que l'épouse recevrait le paiement d'égalisation de 750 000 \$, moins la somme de 19 000 \$ pour couvrir la moitié des honoraires des comptables.

[20] L'accord de séparation a été signé le 13 décembre 2001. D'un commun accord, la somme forfaitaire de 750 000 \$ destinée à l'épouse n'y était pas mentionnée. Le juge du procès a conclu que ce silence tenait très probablement à ce que la mention de ce paiement aurait compromis la possibilité de soutenir que l'opération d'acquisition des actions était effectuée entre des parties sans lien de dépendance.

[21] Le 17 janvier 2002, les parties ont divorcé et une ordonnance sur consentement rejetant les demandes de l'épouse — ordonnance préparée par l'avocat de celle-ci — a été prononcée. En février 2002, les documents donnant effet à l'opération fiscale et à l'accord de séparation ont été finalisés.

[22] Le 6 mars 2003, l'épouse a demandé l'annulation de l'accord de séparation et de la convention connexe sur le transfert d'actions, invoquant leur caractère abusif et la communication de faux renseignements. À défaut, elle demandait réparation en vertu de l'art. 65 de la *Loi sur les relations familiales*.

[23] Le mari a soutenu que les tactiques de négociation de son épouse revêtaient un caractère délibéré et manipulateur. En première instance, le juge Slade a rejeté cet argument (2006 BCSC 595,

17 days of trial, he found that at the time of the separation, the wife was a “deeply troubled person”, and that her “perception of reality [was] very significantly affected by an unhealthy condition of the mind” (para. 27). In arriving at this conclusion, the trial judge relied in part on the opinion of a psychiatrist that the wife had a “long-standing psychiatric disorder” (para. 26). He found that her “mental condition rendered her vulnerable” during the negotiating process. He concluded that her conduct, including her evidence that she had a two-stage litigation strategy (to secure funds to meet her basic needs and then later to obtain “justice”), was evidence of her “misguided understanding of the legal processes available to her” (para. 112).

[24] The husband himself informed his lawyer of his wife’s mental instability, describing her as “paranoid and delusional” (para. 87). The wife’s brother also testified that the wife had been “acting differently” for the past four or five years, and that her mental state “was quite a big question mark at times” (para. 86).

[25] It was revealed at trial that a week before the wife vacated the matrimonial home, the husband had written a cheque to himself from the parties’ joint account for the sum of \$79,954.36. He did not deposit this amount into the account of Brandy Farms Inc. until February 2002, a month after the parties were divorced. He had also advanced \$154,000 to the wife’s brother, a close friend of his. This money was deposited into term deposits in the brother’s name in July and August 2001, then redeemed by the husband and deposited into his own personal bank account in November 2001.

[26] These additional funds totalled almost a quarter of a million dollars. There was no mention of them in the husband’s sworn Form 89, nor was their existence ever disclosed to the wife during any of the negotiations.

26 R.F.L. (6th) 293). Après 17 jours de procès, il a conclu qu’à l’époque de la séparation l’épouse était [TRADUCTION] « une personne profondément perturbée », dont la « perception de la réalité [était] considérablement altérée par des problèmes psychologiques » (par. 27). Pour arriver à cette conclusion, le juge du procès s’est notamment fondé sur l’opinion d’un psychiatre selon qui l’épouse présentait [TRADUCTION] « depuis longtemps un trouble psychique » (par. 26). Il a estimé que son [TRADUCTION] « état mental la rendait vulnérable » pendant les négociations. Il a conclu que son comportement, notamment sa déclaration selon laquelle elle avait une stratégie judiciaire en deux étapes (obtenir d’abord les fonds nécessaires pour subvenir à ses besoins essentiels, puis obtenir « justice »), témoignait de sa [TRADUCTION] « compréhension erronée des recours juridiques à sa disposition » (par. 112).

[24] Le mari avait lui-même informé son avocat de l’instabilité mentale de son épouse, qui selon lui était [TRADUCTION] « paranoïaque et avait des idées délirantes » (par. 87). Le frère de l’épouse a témoigné et dit lui aussi que, depuis quatre ou cinq ans, cette dernière [TRADUCTION] « se comportait différemment » et qu’on pouvait « parfois s’interroger sérieusement » (par. 86) sur son état mental.

[25] Il a été révélé, pendant le procès, qu’une semaine avant que l’épouse quitte le foyer conjugal, le mari avait tiré sur leur compte conjoint, à son propre nom, un chèque de 79 954,36 \$. Ce n’est qu’en février 2002, un mois après le prononcé du divorce, qu’il avait déposé cette somme dans le compte de Brandy Farms Inc. Il avait également avancé la somme de 154 000 \$ au frère de son épouse, dont il était un ami proche. L’argent avait été placé dans des dépôts à terme au nom du frère de l’épouse en juillet et en août 2001, puis retiré par le mari et déposé dans son propre compte bancaire personnel en novembre 2001.

[26] Ces fonds additionnels totalisaient environ un quart de million de dollars. Le mari n’en avait pas fait état dans le formulaire 89 produit sous serment, et leur existence n’avait jamais été portée à la connaissance de l’épouse pendant les négociations.

[27] The trial judge concluded that the husband knowingly presented misleading financial information to his wife at the outset of negotiations by placing values on the assets of Brandy Farms Inc. that were not based on independent valuations; by exaggerating the company's corporate debt figure; by claiming an inappropriate tax liability in connection with the company; by significantly underrepresenting the value of two additional properties in which the parties had a one-half interest; and by failing to divulge either the \$154,000 temporarily transferred to the wife's brother or the cheque for almost \$80,000 drawn on the parties' joint account and eventually deposited to Brandy Farms Inc.'s account after the completion of the settlement transactions.

[28] He also found that the husband, whom he described as an "astute and experienced businessman", was, throughout the negotiations, "well aware of [his wife's] disordered thinking" and "impetuous behaviours" (para. 113). He concluded that the husband knowingly took advantage of these vulnerabilities by accepting an agreement based on what he alone knew to be erroneous financial information, resulting in an "equalization payment" that fell \$649,680 short of the wife's entitlement under British Columbia's matrimonial property legislation, despite the parties' undisputed intention that the family assets be divided equally, stating:

In the unique legal context of the negotiations to settle interests in family assets, where there is a presumptive principle of equality, the seizing of an advantage that will lead to the unequal allocation of asset values offends the conscience. [para. 113]

[29] The Court of Appeal reversed most of the trial judge's findings of fact and credibility (2007 BCCA 217, 37 R.F.L. (6th) 352). While conceding that the wife was a troubled woman, the court rejected the trial judge's finding that her mental instability impeded her ability to understand the

[27] Le juge du procès a conclu que le mari avait sciemment présenté des renseignements financiers trompeurs à son épouse au début des négociations en attribuant aux éléments d'actif de Brandy Farms Inc. des valeurs non basées sur des évaluations indépendantes; en gonflant le montant des dettes de la société; en alléguant sans justification une dette fiscale liée à la société; en sous-estimant nettement la valeur de deux autres propriétés appartenant pour moitié aux parties; en omettant de mentionner tant la somme de 154 000 \$ temporairement transférée au frère de l'épouse, que le chèque de près de 80 000 \$ tiré sur le compte conjoint des parties, puis déposé dans le compte de Brandy Farms Inc. une fois complétées les opérations relatives à l'accord.

[28] Le juge de première instance a en outre conclu que le mari — qu'il a décrit comme un [TRADUCTION] « homme d'affaires habile et expérimenté » — était, tout au long des négociations, [TRADUCTION] « bien au fait des pensées désordonnées [de son épouse] » et de son « comportement impétueux » (par. 113). De l'avis du juge, le mari avait sciemment profité de la vulnérabilité de son épouse en acceptant un accord fondé sur ce que lui seul savait être des renseignements financiers erronés et qui s'était traduit par un [TRADUCTION] « paiement d'égalisation » de 649 680 \$ inférieur à ce que l'épouse était en droit de recevoir en vertu de la législation de la Colombie-Britannique sur les biens matrimoniaux, malgré l'intention commune incontestée des parties de se diviser les biens familiaux en parts égales. Le juge a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans le cadre juridique tout à fait particulier des négociations visant à concilier les intérêts des parties dans les biens familiaux, où le principe d'égalité est présumé s'appliquer, voir une partie se donner un avantage qui entraînera un partage inégal de la valeur des biens heurte la conscience. [par. 113]

[29] La Cour d'appel a infirmé la plupart des conclusions du juge première instance touchant les faits et la crédibilité (2007 BCCA 217, 37 R.F.L. (6th) 352). Tout en concédant que l'épouse était une femme perturbée, la cour a rejeté la conclusion du juge du procès selon laquelle son instabilité mentale

negotiation process or the legal processes available to her, concluding instead that “it [was] clear that she knew what she was doing” (para. 52). It also concluded that any vulnerability the wife had was adequately addressed and compensated for by the availability of professional assistance. Since the husband was not responsible for the wife’s failure to make effective use of the services available to her, he had no “inchoate obligation” to refrain from accepting a proposal that was in his best interests (para. 61). The court accordingly allowed the husband’s appeal.

Analysis

[30] It is inherent in disputes generally, and matrimonial conflicts in particular, that parties have inconsistent versions of the underlying events. It is the trial judge’s job as judicial historian to sift through the record, watch and listen to the parties, and determine which version of disputed events is the most reliable. Findings of fact and factual inferences made at trial, as a result, are not to be reversed unless there is “palpable and overriding error”, or a fundamental mischaracterization or misappreciation of the evidence (*Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10-18; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at paras. 52-76).

[31] The trial judge in this case concluded that the wife’s “perception of reality” was “very significantly” affected by an “unhealthy condition of the mind” and that she was a “deeply troubled person”. He found that her mental instability was not only manifest at the time of separation, but also persisted throughout the negotiation, execution and implementation of the separation agreement. This led him to conclude that the husband, by accepting a settlement offer he knew was based on misleading financial information, knowingly exploited his

la rendait moins apte à comprendre le processus de négociation ou les recours juridiques à sa disposition, jugeant plutôt qu’[TRADUCTION] « il [était] clair qu’elle savait ce qu’elle faisait » (par. 52). Elle a également conclu que, même en supposant l’existence d’une certaine vulnérabilité de l’épouse, cette vulnérabilité avait été adéquatement contrebalancée par l’aide professionnelle à laquelle elle avait accès. Comme le mari n’était pas responsable du fait que son épouse n’utilisait pas efficacement les services auxquels elle avait accès, il n’avait aucune [TRADUCTION] « obligation inchoative » de s’abstenir d’accepter une proposition qui lui était avantageuse (par. 61). Pour ces motifs, la cour a fait droit à l’appel interjeté par le mari.

Analyse

[30] Il est de la nature même des conflits en général, et des conflits conjugaux en particulier, que les parties n’aient pas la même version des faits à l’origine du différend. Il appartient au juge du procès, en tant qu’historien judiciaire, de passer au crible le dossier, d’observer et d’écouter les parties et de déterminer quelle version des faits est la plus digne de foi. Pour cette raison, les conclusions de fait et les inférences factuelles tirées pendant le procès ne sauraient être écartées que si une « erreur manifeste ou dominante » a été commise, ou si le juge du procès a commis des erreurs fondamentales dans la qualification ou l’appréciation de la preuve (*Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, p. 808; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10-18; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, par. 52-76).

[31] En l’espèce, le juge du procès a conclu que l’épouse avait une [TRADUCTION] « perception de la réalité » qui était « considérablement » altérée par des « problèmes psychologiques » et que cette dernière était une « personne profondément perturbée ». Il a jugé que l’instabilité mentale de l’épouse était non seulement évidente au moment de la séparation, mais avait persisté tout au long des négociations, de la signature et de la mise en œuvre de l’accord de séparation. Ce qui l’a amené à conclure que le mari, en acceptant une offre de règlement

wife's mental instability at the time the agreement was negotiated and executed.

[32] The Court of Appeal disregarded or rejected the factual underpinnings for the trial judge's legal analysis. In its view, "the extent to which there was a power imbalance . . . [was] questionable" (para. 47), and the wife's vulnerabilities either did not rise to the level of "mental incapacity" or were effectively compensated for by the availability of counsel and other professionals. As previously noted, its opinion was that the wife "was a troubled woman, but it is clear she knew what she was doing" (para. 52).

[33] These are appellate findings based on a theory of events that had been addressed and squarely rejected by the trial judge in his reasons as follows:

Counsel for the defendant argues that the facts reveal the plaintiff's plan to separate from the defendant, take what she could in an expedited settlement, then level false charges against him in an effort to have the matter reopened. I reject the defence theory. The plaintiff was, at the time of separation, a deeply troubled person. The evidence before me suggests that she remains so. Her behaviours in the course of the trial did not establish a basis for a contrary opinion. [para. 146]

[34] The trial judge's findings of fact are fully supported by the record. In analysing the legal issues in this case, therefore, I propose to rely on them.

[35] As previously noted, the wife's claim was that the agreement was unconscionable and therefore unenforceable under the common law of contract. No one challenged the availability in British Columbia of the contractual defence of unconscionability. If it was found to be enforceable, the wife's alternative claim was that the agreement was "unfair" pursuant to the lower threshold set out in

qu'il savait fondée sur des renseignements financiers trompeurs, avait sciemment exploité l'instabilité mentale de son épouse lors de la négociation et de la signature de l'accord.

[32] La Cour d'appel a rejeté l'assise factuelle de l'analyse juridique du juge du procès ou n'en a tenu aucun compte. À son avis, [TRADUCTION] « la mesure dans laquelle il y avait un déséquilibre des forces [. . .] [était] discutable » (par. 47), et la vulnérabilité de l'épouse, soit n'atteignait pas le niveau de « l'incapacité mentale », soit avait été effectivement contrebalancée par l'aide professionnelle — juridique ou autre — à laquelle elle pouvait recourir. Comme je l'ai indiqué, la cour était d'avis que l'épouse [TRADUCTION] « était une femme perturbée, mais [qu']il [était] clair qu'elle savait ce qu'elle faisait » (par. 52).

[33] Ces conclusions de la Cour d'appel se fondent sur une thèse que le juge du procès avait examinée mais rejetée sans ambages dans ses motifs :

[TRADUCTION] Selon l'avocat du défendeur, la preuve démontre que la demanderesse avait conçu le plan de se séparer du défendeur et d'obtenir ce qu'elle pourrait d'un règlement rapide, pour ensuite porter des accusations mensongères contre lui en vue de faire rouvrir le dossier. Je rejette la thèse de la défense. La demanderesse était, au moment de la séparation, une personne profondément perturbée. La preuve présentée devant moi porte à croire qu'elle l'est toujours. Son comportement pendant le procès ne permet pas d'affirmer le contraire. [par. 146]

[34] Les conclusions de fait du juge du procès sont entièrement étayées par la preuve au dossier. Je me propose donc de m'appuyer sur ces conclusions pour procéder à l'analyse des questions juridiques que soulève la présente affaire.

[35] Comme je l'ai signalé précédemment, l'épouse faisait valoir que l'accord était abusif et, de ce fait, inapplicable selon les règles de common law régissant les contrats. Personne n'a contesté la possibilité d'invoquer, devant les tribunaux de la Colombie-Britannique, le moyen de défense fondé sur le caractère abusif d'un contrat. Dans le cas où l'accord serait jugé valide, l'épouse soutenait, à titre

s. 65 of the *Family Relations Act* and should be varied accordingly.

[36] The trial judge found that the agreement was unconscionable. He was not, therefore, required to address s. 65. This is consistent with the approach taken by British Columbia courts, which have generally proceeded on the basis that s. 65 presupposes the existence of a valid contract. Only if the agreement is found to be enforceable, is its “fairness” assessed under s. 65 (see, e.g., *Davidson v. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442 (B.C.C.A.), at para. 29; *T. (T.L.A.) v. T. (W.W.)* (1996), 24 R.F.L. (4th) 51 (B.C.C.A.), at paras. 10-12; *Chen v. Liu*, 2008 BCSC 928, [2008] B.C.J. No. 1354 (QL), at paras. 55-56; *W. (C.E.) v. W. (G.D.)*, 2007 BCSC 550, 31 E.T.R. (3d) 101, at paras. 109-10; *Zhu v. Li*, 2007 BCSC 1117, 33 E.T.R. (3d) 281, at para. 105; *Elliott v. Elliott*, 2007 BCSC 98, [2007] B.C.J. No. 108 (QL), at para. 30; *Chepil v. Chepil*, 2006 BCSC 15, [2006] B.C.J. No. 15 (QL), at para. 47; *Hartshorne v. Hartshorne*, 2004 SCC 22, [2004] 1 S.C.R. 550, at para. 17).

[37] The issue before us therefore revolves around the trial judge’s conclusion that, based on the husband’s conduct in this case, the negotiated agreement was unconscionable and the wife should be compensated by an amount representing the difference between the negotiated “equalization payment” and her entitlement under the *Family Relations Act*.

[38] The trial judge relied on this Court’s decision in *Miglin*. The issue in that case was whether a divorced wife could seek spousal support under s. 15.2 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), several years after signing a separation agreement in which she had released all claims to support.

[39] While *Miglin* dealt with spousal support agreements in the context of a divorce, it nonetheless

subsidaire, qu’il était [TRADUCTION] « inéquitable » au regard du critère moins exigeant énoncé à l’art. 65 de la *Loi sur les relations familiales* et qu’il devait être modifié en conséquence.

[36] Le juge du procès a conclu que l’accord était abusif. Il n’avait donc pas à examiner l’argument fondé sur l’art. 65. Cette démarche est conforme à celle suivie par les tribunaux de la Colombie-Britannique, qui considèrent de façon générale que l’application de l’art. 65 présuppose l’existence d’un contrat valide. Ce n’est que dans les cas où l’accord est jugé applicable que son « caractère équitable » est apprécié au regard de l’art. 65 (voir, par exemple, *Davidson c. Davidson* (1986), 2 R.F.L. (3d) 442 (C.A.C.-B.), par. 29; *T. (T.L.A.) c. T. (W.W.)* (1996), 24 R.F.L. (4th) 51 (C.A.C.-B.), par. 10-12; *Chen c. Liu*, 2008 BCSC 928, [2008] B.C.J. No. 1354 (QL), par. 55-56; *W. (C.E.) c. W. (G.D.)*, 2007 BCSC 550, 31 E.T.R. (3d) 101, par. 109-110; *Zhu c. Li*, 2007 BCSC 1117, 33 E.T.R. (3d) 281, par. 105; *Elliott c. Elliott*, 2007 BCSC 98, [2007] B.C.J. No. 108 (QL), par. 30; *Chepil c. Chepil*, 2006 BCSC 15, [2006] B.C.J. No. 15 (QL), par. 47; *Hartshorne c. Hartshorne*, 2004 CSC 22, [2004] 1 R.C.S. 550, par. 17).

[37] La question dont nous sommes saisis tourne donc autour de la conclusion du juge du procès selon laquelle, étant donné le comportement du mari en l’espèce, l’accord négocié était abusif et l’épouse devait par conséquent se voir accorder à titre d’indemnisation une somme correspondant à la différence entre le « paiement d’égalisation » qui avait été négocié et la somme à laquelle elle avait droit en vertu de la *Loi sur les relations familiales* de la Colombie-Britannique.

[38] Le juge du procès s’est appuyé sur la décision rendue par notre Cour dans *Miglin*. Dans cette affaire, il s’agissait de déterminer si une épouse divorcée pouvait, en vertu de l’art. 15.2 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), demander des aliments plusieurs années après avoir signé un accord de séparation par lequel elle avait renoncé à toute créance alimentaire.

[39] Bien que l’arrêt *Miglin* concerne les ententes sur les aliments entre époux dans le contexte

offers guidance for the conduct of negotiations for separation agreements generally, including negotiations for the division of matrimonial assets.

[40] There is no doubt that separation agreements are negotiated between spouses on the fault line of one of the most emotionally charged junctures of their relationship — when it unravels. The majority in *Miglin* concluded that because of the uniqueness of this negotiating environment, bargains entered into between spouses on marriage breakdown are not, and should not be seen to be, subject to the same rules as those applicable to commercial contracts negotiated between two parties of equal strength:

The test should ultimately recognize the particular ways in which separation agreements generally and spousal support arrangements specifically are vulnerable to a risk of inequitable sharing at the time of negotiation and in the future. . . .

Negotiations in the family law context of separation or divorce are conducted in a unique environment . . . [at] a time of intense personal and emotional turmoil, in which one or both of the parties may be particularly vulnerable. [paras. 73-74]

[41] LeBel J., in his dissenting reasons in *Miglin*, additionally observed that the law must be sensitive to the “social and socio-economic realities” that shape parties’ roles in spousal relationships and have the potential to negatively impact settlement negotiations upon marriage breakdown. Wilson J. too noted these inherent vulnerabilities in *Leopold v. Leopold* (2000), 51 O.R. (3d) 275 (S.C.J.), where she said:

[F]or parties negotiating a separation agreement, one party may have power and dominance financially, or may possess power through influence over the children. . . . The reality . . . is that often both contracting parties are vulnerable emotionally, with their judgment and ability to plan diminished, without the other spouse preying upon or influencing the other. The complex

d’un divorce, il donne des indications quant à la façon de mener les négociations relatives aux accords de séparation en général, y compris les négociations sur le partage des biens matrimoniaux.

[40] Il ne fait aucun doute que les accords de séparation sont négociés par les époux à l’une des étapes les plus chargées d’émotions de leur relation, soit au moment où elle se défait. Dans *Miglin*, les juges de la majorité ont conclu que, en raison du cadre tout à fait particulier de ce type de négociations, les ententes conclues par des époux lors de la rupture du mariage ne sont pas et ne devraient pas être considérées comme régies par les règles applicables aux contrats commerciaux négociés par deux parties de force égale :

Le critère devrait reconnaître en définitive la façon particulière dont les accords de séparation, en général, et les arrangements en matière d’aliments entre époux, en particulier, comportent un risque de partage inéquitable lors de la négociation et plus tard. . . .

Les négociations dans le contexte juridique d’une séparation ou d’un divorce se déroulent dans un cadre particulier [. . .] une période d’intenses bouleversements personnels et émotifs au cours de laquelle les parties, ou l’une d’elles, peuvent se sentir particulièrement vulnérables. [par. 73-74]

[41] Dans ses motifs de dissidence dans l’arrêt *Miglin*, le juge LeBel a en outre signalé que le droit doit être sensible aux « réalités sociales et socio-économiques » qui façonnent les rôles des parties dans les relations conjugales et qui sont susceptibles d’avoir des incidences négatives sur la négociation d’un accord au moment de la rupture. La juge Wilson a elle aussi évoqué cette vulnérabilité inhérente dans *Leopold c. Leopold* (2000), 51 O.R. (3d) 275 (C.S.J.) :

[TRADUCTION] [P]our les parties qui négocient un accord de séparation, l’une peut avoir un pouvoir financier prédominant ou peut jouir d’un certain pouvoir grâce à son influence sur les enfants. [. . .] La réalité [. . .] est que souvent les deux parties contractantes sont vulnérables sur le plan émotif, leur jugement et leur capacité de planification diminués, sans que l’une cherche à nuire

marital relationship is full of potential power imbalance. [para. 128]

(See also M. Shaffer and C. Rogerson, “Contracting Spousal Support: Thinking Through *Miglin*” (2003-2004), 21 *C.F.L.Q.* 49, at p. 70.)

[42] Based on these realities, the Court in *Miglin* stated that judicial intervention would be justified where agreements were found to be procedurally and substantively flawed:

[W]here the parties have executed a pre-existing agreement, the court should look first to the circumstances of negotiation and execution to determine whether the applicant has established a reason to discount the agreement. The court would inquire whether one party was vulnerable and the other party took advantage of that vulnerability. The court also examines whether the substance of the agreement, at formation, complied substantially with the general objectives of the Act. [para. 4]

[43] *Miglin* represented a reformulation and tailoring of the common law test for unconscionability to reflect the uniqueness of matrimonial bargains:

[W]e are not suggesting that courts must necessarily look for “unconscionability” as it is understood in the common law of contract. There is a danger in borrowing terminology rooted in other branches of the law and transposing it into what all agree is a unique legal context. There may be persuasive evidence brought before the court that one party took advantage of the vulnerability of the other party in separation or divorce negotiations that would fall short of evidence of the power imbalance necessary to demonstrate unconscionability in a commercial context between, say, a consumer and a large financial institution. [para. 82]

[44] Where, therefore, “there were any circumstances of oppression, pressure, or other vulnerabilities”, and if one party’s exploitation of such vulnerabilities during the negotiation process resulted in a separation agreement that deviated substantially from the legislation, the Court in *Miglin*

ou à influencer l’autre. La relation conjugale complexe recèle de nombreux déséquilibres potentiels des forces. [par. 128]

(Voir également M. Shaffer et C. Rogerson, « Contracting Spousal Support : Thinking Through *Miglin* » (2003-2004), 21 *C.F.L.Q.* 49, p. 70.)

[42] En se fondant sur ces réalités, la Cour a déclaré dans *Miglin* que l’intervention du tribunal serait justifiée lorsqu’il conclut que l’accord comporte des défauts sur le plan de la procédure et du fond :

[E]n présence d’un accord préexistant, le tribunal doit examiner d’abord les circonstances de la négociation et de la conclusion de l’accord afin de décider si le demandeur a établi un motif pour l’écarter. Le tribunal examine si l’une des parties était vulnérable et si l’autre a profité de sa vulnérabilité. Le tribunal détermine également si les dispositions de l’accord, au moment où il a été conclu, étaient essentiellement conformes aux objectifs généraux de la Loi. [par. 4]

[43] Dans *Miglin*, la Cour a reformulé et adapté le critère de la common law en matière de situation abusive pour tenir compte du caractère particulier des ententes matrimoniales :

[N]ous ne voulons pas laisser entendre que les tribunaux doivent nécessairement rechercher une situation « abusive » au sens de la common law en matière contractuelle. Il est dangereux d’emprunter la terminologie d’autres branches du droit et de la transposer à ce que nous reconnaissons tous être un contexte juridique très particulier. Il peut être présenté au tribunal des preuves convaincantes qu’une partie a profité de la vulnérabilité de l’autre dans les négociations en matière de séparation ou de divorce qui seraient insuffisantes pour démontrer le déséquilibre des forces permettant de conclure à l’existence d’une situation abusive dans un contexte commercial mettant en présence, par exemple, un consommateur et une importante institution financière. [par. 82]

[44] Par conséquent, la Cour a conclu dans *Miglin* que, lorsqu’il y a eu « présence d’oppression, de pression ou autres sources de vulnérabilité » et que, du fait de l’exploitation de cette vulnérabilité par une partie durant le processus de négociation, l’accord de séparation dérogeait dans une mesure

concluded that the agreement need not be enforced (paras. 81-83).

[45] Notably, the Court also stressed the importance of respecting the “parties’ right to decide for themselves what constitutes for them, in the circumstances of their marriage, mutually acceptable equitable sharing” (para. 73). Parties should generally be free to decide for themselves what bargain they are prepared to make. And it is true that most separating spouses appear to determine their agreements without judicial participation (Craig Martin, “Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law” (1998), 56 *U. T. Fac. L. Rev.* 135, at p. 137).

[46] This contractual autonomy, however, depends on the integrity of the bargaining process. Decisions about what constitutes an acceptable bargain can only authoritatively be made if both parties come to the negotiating table with the information needed to consider what concessions to accept or offer. Informational asymmetry compromises a spouse’s ability to do so (*Leskun v. Leskun*, 2006 SCC 25, [2006] 1 S.C.R. 920, at para. 34; Marcia Neave, “Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of “The Role of Private Ordering in Family Law”” (1994), 44 *U.T.L.J.* 97, at p. 117; Penelope E. Bryan, “Women’s Freedom to Contract at Divorce: A Mask for Contextual Coercion” (1999), 47 *Buff. L. Rev.* 1153, at p. 1177).

[47] In my view, it flows from the observations and principles set out in *Miglin* that a duty to make full and honest disclosure of all relevant financial information is required to protect the integrity of the result of negotiations undertaken in these uniquely vulnerable circumstances. The deliberate failure to make such disclosure may render the agreement vulnerable to judicial intervention where the result is a negotiated settlement that is substantially at variance from the objectives of the governing legislation.

[48] Such a duty in matrimonial negotiations anchors the ability of separating spouses to

importante au texte législatif, le tribunal n’est pas tenu de le valider (par. 81-83).

[45] Il convient de souligner que, dans *Miglin*, la Cour a également insisté sur l’importance de respecter le « droit des parties de décider elles-mêmes ce qui constitue pour elles, dans les circonstances de leur mariage, un partage équitable » (par. 73). Les parties devraient en règle générale être libres de décider elles-mêmes de l’accord qu’elles sont disposées à conclure. Et il est vrai que dans la majeure partie des cas les conjoints qui se séparent semblent arrêter leurs accords sans la participation des tribunaux (Craig Martin, « Unequal Shadows : Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law » (1998), 56 *U. T. Fac. L. Rev.* 135, p. 137).

[46] Cette autonomie contractuelle suppose toutefois l’intégrité du processus de négociation. Ce n’est que si les deux parties abordent les négociations avec les renseignements nécessaires pour envisager l’acceptation ou l’offre de concessions qu’elles sont alors en mesure de décider de façon concluante ce qui constitue un accord acceptable. L’asymétrie d’information compromet la capacité d’un des conjoints d’en juger (*Leskun c. Leskun*, 2006 CSC 25, [2006] 1 R.C.S. 920, par. 34; Marcia Neave, « Resolving the Dilemma of Difference : A Critique of “The Role of Private Ordering in Family Law” » (1994), 44 *U.T.L.J.* 97, p. 117; Penelope E. Bryan, « Women’s Freedom to Contract at Divorce : A Mask for Contextual Coercion » (1999), 47 *Buff. L. Rev.* 1153, p. 1177).

[47] À mon avis, il découle des observations et des principes énoncés dans l’arrêt *Miglin* que la protection de l’intégrité du résultat de négociations menées dans ces contextes de vulnérabilité particulière suppose une obligation de communication franche et complète de tous les renseignements financiers pertinents. Le non-respect délibéré de cette obligation peut rendre l’accord vulnérable à une intervention judiciaire s’il en résulte une entente négociée dérogeant dans une mesure importante aux objectifs de la loi régissant la question.

[48] C’est sur cette obligation de communication que repose, dans le cadre des négociations

genuinely decide for themselves what constitutes an acceptable bargain. It also helps protect the possibility of finality in agreements. An agreement based on full and honest disclosure is an agreement that, *prima facie*, is based on the informed consent of both parties. It is, as a result, an agreement that courts are more likely to respect. Where, on the other hand, an agreement is based on misinformation, it cannot be said to be a true bargain which is entitled to judicial deference.

[49] Whether a court will, in fact, intervene will clearly depend on the circumstances of each case, including the extent of the defective disclosure and the degree to which it is found to have been deliberately generated. It will also depend on the extent to which the resulting negotiated terms are at variance from the goals of the relevant legislation. As *Miglin* confirmed, the more an agreement complies with the statutory objectives, the less the risk that it will be interfered with. Imposing a duty on separating spouses to provide full and honest disclosure of all assets, therefore, helps ensure that each spouse is able to assess the extent to which his or her bargain is consistent with the equitable goals in modern matrimonial legislation, as well as the extent to which he or she may be genuinely prepared to deviate from them.

[50] In other words, the best way to protect the finality of any negotiated agreement in family law is to ensure both its procedural and substantive integrity in accordance with the relevant legislative scheme.

[51] In British Columbia, the operative legislative presumption for the division of family assets is an equal division, as set out in s. 56 of the *Family Relations Act*:

56 (1) Subject to this Part and Part 6, each spouse is entitled to an interest in each

matrimoniales, la possibilité pour les époux en instance de séparation de véritablement décider par eux-mêmes de ce qui constitue un accord acceptable. Elle contribue par ailleurs au caractère définitif des accords intervenus. Comme un accord basé sur une communication franche et complète est à première vue fondé sur le consentement éclairé des deux parties, les tribunaux seront davantage enclins à le reconnaître. À l'inverse, dans les cas où l'accord est fondé sur la communication de renseignements qui induisent en erreur, il ne saurait être considéré comme une entente véritable, devant être respectée par les tribunaux.

[49] L'intervention d'un tribunal dépendra nettement des circonstances propres à chaque espèce — notamment l'ampleur de la communication défectueuse et la mesure dans laquelle cette communication est jugée avoir été commise de façon délibérée. Elle dépendra également de la mesure dans laquelle les clauses négociées s'écartent des objectifs de la loi applicable. L'arrêt *Miglin* l'a confirmé : plus un accord est conforme aux objectifs énoncés par le législateur, moins il risque d'être l'objet d'une intervention judiciaire. Imposer aux conjoints en instance de séparation l'obligation de révéler de manière franche et complète l'existence de tous les biens contribue donc à faire en sorte que l'un et l'autre puissent déterminer dans quelle mesure l'accord correspond aux objectifs d'équité de la législation moderne en matière matrimoniale, ainsi que la mesure dans laquelle ils sont le cas échéant vraiment disposés à s'en écarter.

[50] Autrement dit, en droit de la famille, la meilleure façon de protéger le caractère définitif d'une entente négociée est de veiller à son intégrité à la fois sur les plans procédural et substantiel, conformément au régime législatif applicable.

[51] En Colombie-Britannique, une présomption de division en parts égales des biens familiaux a été instaurée par le législateur, comme l'indique l'art. 56 de la *Loi sur les relations familiales* :

[TRADUCTION]

56 (1) Sous réserve de la présente partie et de la partie 6, à compter du 31 mars 1979, chacun

family asset on or after March 31, 1979 when

- (a) a separation agreement,
- (b) a declaratory judgment under section 57,
- (c) an order for dissolution of marriage or judicial separation, or
- (d) an order declaring the marriage null and void

respecting the marriage is first made.

- (2) The interest under subsection (1) is an undivided half interest in the family asset as a tenant in common.
- (3) An interest under subsection (1) is subject to
 - (a) an order under this Part or Part 6, or
 - (b) a marriage agreement or a separation agreement.
- (4) This section applies to a marriage entered into before or after March 31, 1979.

[52] Section 65 of the Act empowers the court to make orders that depart from this presumption where it can be shown, having regard to all the circumstances, that an equal division would be “unfair”:

- 65** (1) If the provisions for division of property between spouses under section 56 . . . or their marriage agreement . . . would be unfair having regard to
- (a) the duration of the marriage,
 - (b) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart,
 - (c) the date when property was acquired or disposed of,
 - (d) the extent to which property was acquired by one spouse through inheritance or gift,

des conjoints a droit à un intérêt dans chaque bien familial lorsque intervient pour la première fois, selon le cas :

- a) un accord de séparation;
- b) un jugement déclaratoire fondé sur l'article 57;
- c) une ordonnance de dissolution du mariage ou de séparation judiciaire;
- d) une ordonnance déclarant le mariage nul et sans effet.

- (2) L'intérêt visé au paragraphe (1) correspond à une moitié indivise d'un bien familial détenu à titre de tenant commun.
- (3) L'intérêt visé au paragraphe (1) est attribué sous réserve des dispositions :
 - a) soit d'une ordonnance fondée sur la présente partie ou la partie 6;
 - b) soit d'un contrat de mariage ou d'un accord de séparation.
- (4) Le présent article s'applique aux mariages célébrés avant ou après le 31 mars 1979.

[52] L'article 65 de la Loi confère au tribunal le pouvoir de rendre des ordonnances dérogeant à cette présomption dans les cas où il est possible de démontrer, eu égard à l'ensemble des circonstances, qu'une division en parts égales serait « inéquitable » :

[TRADUCTION]

- 65** (1) La Cour suprême peut, sur demande, ordonner le partage des biens visés [. . .] au contrat de mariage [. . .] dans les proportions qu'elle fixe, lorsque le partage des biens entre les conjoints conformément à l'article 56 [. . .] ou à leur contrat de mariage [. . .] serait inéquitable compte tenu des éléments suivants :
- a) la durée du mariage;
 - b) la durée de la séparation de fait;
 - c) la date d'acquisition ou d'aliénation d'un bien;
 - d) la mesure dans laquelle un bien a été acquis par l'un des conjoints par voie de succession ou de donation;

- (e) the needs of each spouse to become or remain economically independent and self sufficient, or
- (f) any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse,

the Supreme Court, on application, may order that the property covered by . . . the marriage agreement . . . be divided into shares fixed by the court.

[53] The trial judge found that the agreement was unconscionable for a number of reasons. It represented a significant departure from the relevant legislative objectives and from the parties' undisputed intention to have an equal division of assets, resulting in an amount for the wife that was \$649,680 less than her presumptive entitlement under the *Family Relations Act*. He also found that by accepting a settlement amount that he alone knew was based on the misleading financial information he had provided at the very outset of negotiations, the husband had taken advantage of a mental instability of which he was "well aware". This was "compounded" by the husband's complete non-disclosure of the \$233,000 he had temporarily advanced to the wife's brother and had drawn on the parties' joint account. Finally, the trial judge concluded that the "presumptive equality" of the deal was further undermined "by the implementation of a plan to avoid the very tax consequences that were initially presented to support a reduction in his initial estimate of the value of the company" (para. 117).

[54] Before this Court, the husband disputed the trial judge's finding in connection with the effects of the tax plan. There was considerable disagreement between the parties about whether a deduction for contingent tax should have been made from the value of Brandy Farms Inc. and, if so, the appropriate amount of the deduction. The husband contended that the deduction for tax in his initial valuation of Brandy Farms Inc. was entirely appropriate, and that he should not have been faulted

- e) les besoins de chaque conjoint pour devenir ou demeurer autonome financièrement;
- f) toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'utilisation d'un bien, ou aux moyens ou obligations d'un conjoint.

[53] Le juge du procès a conclu que l'accord était abusif pour un certain nombre de raisons. Il dérogeait de façon marquée aux objectifs inscrits dans les dispositions législatives pertinentes et à l'intention incontestée des parties de se diviser les biens en parts égales, avec pour résultat que la somme attribuée à l'épouse était inférieure de 649 680 \$ à celle à laquelle elle était présumée avoir droit selon la *Loi sur les relations familiales*. Il a en outre conclu que, en acceptant à titre de règlement une somme que lui seul savait fondée sur les renseignements financiers trompeurs qu'il avait lui-même fournis au tout début des négociations, le mari avait profité d'une instabilité mentale dont il était [TRADUCTION] « bien au fait ». Cette conduite a été [TRADUCTION] « aggravée » par l'absence totale de mention, par le mari, de la somme de 233 000 \$ qu'il avait temporairement avancée au frère de l'épouse et prélevée sur le compte conjoint des parties. Enfin, le juge du procès a conclu que la [TRADUCTION] « présomption de partage égal des biens » attachée à l'accord était également sapée par « l'exécution d'un plan visant à éviter les incidences fiscales [que le mari] avait justement invoquées pour justifier la réduction, dans son estimation initiale, de la valeur de la société » (par. 117).

[54] Devant notre Cour, le mari a contesté la conclusion du juge ayant trait aux conséquences du plan fiscal. Les parties étaient en profond désaccord sur le point de savoir s'il aurait fallu réduire la valeur de Brandy Farms Inc. pour tenir compte d'une dette fiscale éventuelle et, dans l'affirmative, sur le montant de la déduction. Le mari a soutenu que la déduction d'une somme à payer au fisc dans son évaluation initiale de Brandy Farms Inc. était tout à fait appropriée et que le juge du procès

by the trial judge for claiming the tax liability. Further, he claimed that when contingent taxes are taken into account, as they should have been, the wife did in fact receive an equal share of the value of the business.

[55] In my view, the trial judge was entitled to exercise his discretion by not making the deduction. In circumstances where it is not clear when, if ever, a property will be sold and taxes incurred, courts have held that entirely speculative disposition costs need not be taken into account in calculating an equalization payment. This was explained by Davies J. in *Russell v. Russell*, 2002 BCSC 1233, [2002] B.C.J. No. 1983 (QL), at para. 107: “[A spouse] should not suffer a present diminution of [his or] her asset base in circumstances where [the other spouse] may never suffer a corresponding and quantifiable loss” (see also *Dowling v. Dowling* (1997), 43 B.C.L.R. (3d) 59 (C.A.); *Starkman v. Starkman* (1990), 75 O.R. (2d) 19 (C.A.); *Sengmueller v. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208 (C.A.)).

[56] Both the deduction made by the husband in his initial valuation of Brandy Farms Inc. and the one presented by his expert witness at trial reflected the high tax consequences of an immediate sale, a sale which was not contemplated at the time. In fact, the husband tendered *no* evidence as to the likelihood or date of an eventual sale. While it is true that at some point capital gains tax may become payable, in the absence of evidence from the husband of an imminent or eventual sale so as to justify *any* deduction, the trial judge’s decision not to make a deduction was completely supportable.

[57] However, it is not clear that the husband’s projected deduction should have been part of the package of conduct the trial judge included in his “unconscionability” finding. At trial, both the husband’s and the wife’s experts made deductions for disposition costs in connection with Brandy Farms

n’aurait pas dû lui faire grief d’avoir déduit une somme à cet égard. En outre, il a plaidé que si l’on prend en compte, comme il se doit, les dettes fiscales éventuelles, l’épouse a dans les faits reçu une part égale de la valeur de l’entreprise.

[55] À mon avis, le juge du procès pouvait à bon droit exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser la déduction. Lorsqu’il est impossible de savoir avec certitude à quel moment un bien sera vendu (ou même s’il le sera jamais) et des sommes seront dues au fisc, les tribunaux ont jugé qu’il n’est pas nécessaire de tenir compte de coûts d’aliénation tout à fait hypothétiques dans le calcul d’un paiement d’égalisation. Le juge Davies a expliqué pourquoi dans *Russell c. Russell*, 2002 BCSC 1233, [2002] B.C.J. No. 1983 (QL), par. 107 : [TRADUCTION] « [Un conjoint] ne devrait pas subir une diminution immédiate de son patrimoine dans des circonstances où [l’autre conjoint] pourrait ne jamais subir une perte correspondante et quantifiable » (voir aussi *Dowling c. Dowling* (1997), 43 B.C.L.R. (3d) 59 (C.A.); *Starkman c. Starkman* (1990), 75 O.R. (2d) 19 (C.A.); *Sengmueller c. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208 (C.A.)).

[56] La déduction effectuée par le mari dans son estimation initiale de la valeur de Brandy Farms Inc. et celle dont a fait état son témoin expert lors du procès prenaient toutes deux en compte les importantes incidences fiscales d’une vente immédiate, une vente qui n’était pas envisagée à l’époque. En fait, le mari n’avait présenté *aucun* élément de preuve concernant la probabilité ou la date d’une éventuelle vente. Certes, il devra sans doute payer un impôt sur le gain en capital à un certain moment; mais comme il n’avait produit aucune preuve relative à l’imminence ou à l’éventualité d’une vente pour justifier *quelque* déduction *que ce soit*, la décision du juge du procès de ne pas effectuer de déduction était tout à fait défendable.

[57] Cependant, il n’est pas évident que la déduction projetée par le mari aurait dû faire partie des faits retenus par le juge du procès pour conclure au caractère abusif de l’accord. Lors du procès, autant les experts du mari que ceux de l’épouse ont déduit certaines sommes pour le coût d’aliénation

Inc. The estimated cost by the wife's expert was \$252,500. The husband's expert's estimate was \$601,230, almost the same amount the husband had deducted in his initial valuation. But even if it can be said that the deduction by the husband should not, in fairness, be characterized as misleading information, there remain the \$233,000 in hidden cheques and the \$195,000 by which the husband undervalued two additional properties, totaling almost half a million dollars.

[58] Moreover, it is worth remembering that in addition to the husband's failure to provide his wife with the information she needed to decide what bargain would best reflect their mutual intention to divide their assets equally, the trial judge also based his finding of unconscionability on the fact that the husband deliberately exploited his wife's known mental fragility.

[59] The Court of Appeal overturned these findings about exploitative conduct. It relied on *Miglin* in concluding that the wife's access in this case to professional advice and assistance cured her vulnerabilities:

Miglin tells us that where vulnerabilities effectively are compensated by the availability of professional assistance of which a party does not take advantage, "the court should consider the agreement as a genuine mutual desire to finalize the terms of the parties' separation and as indicative of their substantive intentions". (Para. 83). Although the judge correctly declined to blame the husband for the wife's failure to take advantage of available professional assistance, he did not consider the legal effect of her conduct on her vulnerability. In my view, it was an error for him not to do so and this led directly to his conclusion that the husband's acceptance of the wife's offer offended the conscience.

This was not a case of mental incapacity, undue influence or duress. The wife was a troubled woman, but it is clear that she knew what she was doing. [paras. 50 and 52]

relié à Brandy Farms Inc. L'expert de l'épouse a estimé ce coût à 252 500 \$. Celui du mari l'a estimé à 601 230 \$, soit presque exactement le montant déduit par le mari dans son évaluation initiale. Mais même s'il est possible de dire que la déduction faite par le mari ne devrait pas, en toute équité, être qualifiée de renseignement trompeur, il reste la dissimulation de chèques d'un montant de 233 000 \$ et la sous-évaluation de 195 000 \$ de deux autres propriétés par le mari — ce qui fait en tout près d'un demi-million de dollars.

[58] Il faut aussi rappeler que, pour conclure au caractère abusif de l'accord, le juge du procès s'est appuyé non seulement sur le fait que le mari n'avait pas fourni à son épouse les renseignements dont elle avait besoin pour décider de l'accord le plus susceptible de refléter leur intention mutuelle de se diviser leurs biens à parts égales, mais aussi sur le fait qu'il avait délibérément exploité la fragilité mentale de son épouse, état qui était connu.

[59] La Cour d'appel a rejeté ces conclusions relatives à l'exploitation. Elle s'est appuyée sur l'arrêt *Miglin* pour conclure que, en l'espèce, le fait que l'épouse avait accès à de l'aide professionnelle avait remédié à sa vulnérabilité :

[TRADUCTION] L'arrêt *Miglin* nous enseigne que lorsque la vulnérabilité est effectivement compensée par la disponibilité de services professionnels dont une partie ne profite par ailleurs pas, « le tribunal doit considérer l'accord comme traduisant le désir mutuel sincère des parties d'arrêter de manière définitive les modalités de leur séparation et comme révélant concrètement leurs intentions ». (Par. 83). Bien que le juge ait à juste titre refusé d'imputer au mari le fait que l'épouse n'avait pas profité de l'aide professionnelle disponible, il n'a pas tenu compte des conséquences juridiques de la conduite de l'épouse sur sa vulnérabilité. Selon moi, il a commis une erreur en ne le faisant pas, erreur qui l'a directement amené à conclure que l'acceptation par le mari de l'offre présentée par son épouse heurtait la conscience.

Il ne s'agissait pas d'un cas d'incapacité mentale, d'abus d'influence ou de contrainte. L'épouse était une femme perturbée, mais il est clair qu'elle savait ce qu'elle faisait. [par. 50 et 52]

[60] It may well be that in a particular case, professional assistance will effectively compensate for vulnerabilities. But the Court of Appeal appears to have assumed that the mere presence of professional assistance automatically neutralized vulnerabilities in this case. This interpretation does not, with respect, accord with a plain reading of para. 83 of *Miglin*, which states:

Where vulnerabilities are not present, or are effectively compensated by the presence of counsel or other professionals or both, or have not been taken advantage of, the court should consider the agreement as a genuine mutual desire to finalize the terms of the parties' separation and as indicative of their substantive intentions.

[61] This passage indicates that when vulnerabilities have been compensated for by the presence of professionals, the agreement should be respected. This is an important observation. Given that vulnerabilities are almost always present in these negotiations, the parties' genuine wish to finalize their arrangements should, absent psychological exploitation or misinformation, be respected. One way to help attenuate the possibility of such negotiating abuses is undoubtedly through professional assistance. But exploitation is not rendered anodyne merely because a spouse has access to professional advice. It is a question of fact in each case.

[62] In this case, the trial judge found that the wife's vulnerabilities were *not* compensated for. On the contrary, he concluded that her emotional and mental condition left her unable to make use of the professional assistance available to her. Moreover, and significantly, he found that her mental instability was well known to her husband.

[63] The combination in this case, therefore, of misleading informational deficits and psychologically exploitative conduct led the trial judge to conclude that the resulting, significant deviation from the wife's statutory entitlement rendered the agreement unconscionable and therefore unenforceable.

[60] Il se peut très bien que, dans un cas donné, la vulnérabilité soit effectivement compensée par l'assistance de professionnels. Mais la Cour d'appel semble avoir tenu pour acquis que, en l'espèce, la simple présence d'une aide professionnelle neutralisait automatiquement la vulnérabilité. Or, cette interprétation me semble incompatible avec le langage clair du par. 83 de *Miglin* :

En l'absence de vulnérabilité, ou lorsque la vulnérabilité est effectivement compensée par la présence d'un avocat, d'un autre professionnel ou des deux, ou lorsqu'il n'a pas été tiré parti de la vulnérabilité, le tribunal doit considérer l'accord comme traduisant le désir mutuel sincère des parties d'arrêter de manière définitive les modalités de leur séparation et comme révélant concrètement leurs intentions.

[61] Ce passage indique que, lorsque la vulnérabilité a effectivement été compensée par la présence de professionnels, l'accord devrait être respecté. Cette observation est importante. Puisque la vulnérabilité est presque toujours présente dans ces négociations, il convient, à moins qu'il y ait eu exploitation psychologique ou communication de faux renseignements, de respecter la volonté véritable des parties de mettre au point leurs arrangements. Le recours à l'aide de professionnels constitue certes une façon d'atténuer la possibilité de tels abus. Mais l'exploitation n'est pas rendue anodine par le simple fait qu'un conjoint peut bénéficier des conseils de professionnels. Il s'agit dans chaque cas d'une question de fait.

[62] Or, en l'espèce, le juge du procès a conclu que la vulnérabilité de l'épouse *n'avait pas* été contrebalancée. Au contraire, il a jugé que l'état psychique et affectif de cette dernière l'avait rendue incapable d'utiliser l'aide professionnelle à laquelle elle avait accès. Autre facteur, important de surcroît, le juge a estimé que le mari était bien au fait de l'instabilité mentale de son épouse.

[63] Par conséquent, la conjugaison dans le présent cas de déficits informationnels trompeurs et d'exploitation psychologique a amené le juge du procès à conclure que la dérogation importante causée par ces facteurs aux droits reconnus à l'épouse par le texte législatif avait pour effet de rendre l'accord

This conclusion is amply supported by the evidence.

[64] This makes it unnecessary to deal with the effect of the consent order since, as Osborne J.A. observed in *McCowan v. McCowan* (1995), 14 R.F.L. (4th) 325 (Ont. C.A.), at para. 19, “it is well established that a consent judgment may be set aside on the same grounds as the agreement giving rise to the judgment”. This approach was explained by James G. McLeod as follows:

This rule reflects the reality that a consent judgment is not a judicial determination on the merits of a case but only an agreement elevated to an order on consent. The basis for the order is the parties’ agreement, not a judge’s determination of what is fair and reasonable in the circumstances.

(Annotation to *Thomsett v. Thomsett*, 2001 BCSC 546, 16 R.F.L. (5th) 427, at pp. 428-29)

(See also *Shackleton v. Shackleton*, 1999 BCCA 704, 1 R.F.L. (5th) 459, at para. 12; *Schlenker v. Schlenker* (1999), 1 R.F.L. (5th) 436 (B.C.S.C.), at para. 21; *McGregor v. Van Tilborg*, 2003 BCSC 918, [2003] B.C.J. No. 1427 (QL), at para. 16; *T. (T.L.A.) v. T. (W.W.)*, at para. 18; *Huddersfield Banking Co. v. Henry Lister & Son, Ltd.*, [1895] 2 Ch. 273 (C.A.), at p. 280; *Monarch Construction Ltd. v. Buildevco Ltd.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 164 (Ont. C.A.), at pp. 165-66; Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2nd ed. 2004), at p. 329; *R.L.S. v. D.C.M.*, 2002 BCSC 1794, [2002] B.C.J. No. 2890 (QL), at para. 43; and G. Peter Fraser, John W. Horn and Susan A. Griffin, *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia* (loose-leaf), vol. 2, at p. 32-11.)

[65] The trial judge’s remedy for unconscionability was to order the husband to pay the wife an amount representing the difference between the negotiated “equalization payment” and the wife’s entitlement under the *Family Relations Act*.

abusif et, de ce fait, inapplicable. Cette conclusion est amplement appuyée par la preuve.

[64] Pour cette raison, il est inutile de statuer sur l’effet de l’ordonnance sur consentement, puisque, comme l’a observé le juge d’appel Osborne dans *McCowan c. McCowan* (1995), 14 R.F.L. (4th) 325 (C.A. Ont.), par. 19, [TRADUCTION] « il est bien établi qu’un jugement sur consentement peut être cassé pour les mêmes motifs que l’entente à l’origine du jugement ». Voici les explications données par James G. McLeod à ce sujet :

[TRADUCTION] Cette règle découle du fait qu’un jugement sur consentement ne constitue pas une décision judiciaire sur le fond même d’une affaire, mais seulement une entente érigée au rang d’ordonnance avec le consentement des parties. Le fondement de l’ordonnance réside dans l’entente intervenue entre les parties, non dans la décision d’un juge sur ce qui est juste et raisonnable dans les circonstances.

(Annotation relative à *Thomsett c. Thomsett*, 2001 BCSC 546, 16 R.F.L. (5th) 427, p. 428-429)

(Voir aussi *Shackleton c. Shackleton*, 1999 BCCA 704, 1 R.F.L. (5th) 459, par. 12; *Schlenker c. Schlenker* (1999), 1 R.F.L. (5th) 436 (C.S.C.-B.), par. 21; *McGregor c. Van Tilborg*, 2003 BCSC 918, [2003] B.C.J. No. 1427 (QL), par. 16; *T. (T.L.A.) c. T. (W.W.)*, par. 18; *Huddersfield Banking Co. c. Henry Lister & Son, Ltd.*, [1895] 2 Ch. 273 (C.A.), p. 280; *Monarch Construction Ltd. c. Buildevco Ltd.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 164 (C.A. Ont.), p. 165-166; Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2^e éd. 2004), p. 329; *R.L.S. c. D.C.M.*, 2002 BCSC 1794, [2002] B.C.J. No. 2890 (QL), par. 43; et G. Peter Fraser, John W. Horn et Susan A. Griffin, *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia* (feuilles mobiles), vol. 2, p. 32-11.)

[65] La réparation accordée par le juge du procès en raison du caractère abusif de l’accord a consisté à ordonner au mari de verser à l’épouse une somme correspondant à la différence entre le [TRADUCTION] « paiement d’égalisation » négocié et la somme à laquelle l’épouse avait droit en vertu de la *Loi sur les relations familiales*.

[66] Historically, rescission was the remedy when a contract was found to be unenforceable because of unconscionability. Increasingly, however, when rescission is unavailable because restitution, as a practical matter, cannot be made, damages in the form of “equitable compensation” are imposed to provide relief to the wronged party. This is because, as the British Columbia Court of Appeal said in *Dusik v. Newton* (1985), 62 B.C.L.R. 1: “Where rescission is impossible or inappropriate, it would be inequitable for the defendant to retain the benefits of the unconscionable bargain” (p. 47).

[67] Professor John D. McCamus noted in *The Law of Contracts* (2005), at p. 403, that Canadian and other Commonwealth courts have approached the concept of “equitable compensation” with “renewed vitality” in recent years (see also J. D. McCamus, “Equitable Compensation and Restitutionary Remedies: Recent Developments” in *L.S.U.C. Special Lectures 1995: Law of Remedies* (1995), 295; *S-244 Holdings Ltd. v. Seymour Building Systems Ltd.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 34 (C.A.); *Treadwell v. Martin* (1976), 13 N.B.R. (2d) 137 (S.C.); *Paris v. Machnick* (1972), 32 D.L.R. (3d) 723 (N.S.S.C.); *Junkin v. Junkin* (1978), 20 O.R. (2d) 118 (H.C.J.); *Dusik*).

[68] Professor S. M. Waddams explained the basis for this development as follows:

[A] rational legal system should surely permit the party complaining to receive a financial adjustment in lieu of rescission

. . . The search for appropriate remedies, as for justice in other matters, requires a flexible and developing system.

(*The Law of Contracts* (5th ed. 2005), at p. 302; see also pp. 391-92; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at pp. 847-48, *per* Dickson J.)

[69] The trial judge’s award in the amount of \$649,680 was made as damages or, in the alternative,

[66] Traditionnellement, le tribunal qui arrivait à la conclusion qu’un contrat était inapplicable parce qu’abusif en prononçait l’annulation. Mais lorsque cette mesure de réparation est exclue, parce que, dans la pratique, la restitution n’est pas possible, la solution réside de plus en plus souvent dans l’attribution à la partie lésée de dommages-intérêts sous la forme d’une « indemnisation en equity ». Il en est ainsi parce que, comme l’a expliqué la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *Dusik c. Newton* (1985), 62 B.C.L.R. 1 : [TRADUCTION] « Quand l’annulation est impossible ou non souhaitable, il ne serait pas équitable que le défendeur conserve les avantages tirés d’une entente abusive » (p. 47).

[67] Dans *The Law of Contracts* (2005), p. 403, le professeur John D. McCamus a souligné que les tribunaux du Canada et d’autres pays du Commonwealth ont abordé le concept de l’[TRADUCTION] « indemnisation en equity » avec une « vitalité nouvelle » au cours des dernières années (voir également J. D. McCamus, « Equitable Compensation and Restitutionary Remedies : Recent Developments » dans *L.S.U.C. Special Lectures 1995 : Law of Remedies* (1995), 295; *S-244 Holdings Ltd. c. Seymour Building Systems Ltd.* (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 34 (C.A.); *Treadwell c. Martin* (1976), 13 N.B.R. (2d) 137 (C.S.); *Paris c. Machnick* (1972), 32 D.L.R. (3d) 723 (C.S.N.-É.); *Junkin c. Junkin* (1978), 20 O.R. (2d) 118 (H.C.J.); *Dusik*).

[68] Le professeur S. M. Waddams a expliqué ainsi les raisons de ce nouvel intérêt :

[TRADUCTION] [U]n système juridique rationnel devrait accorder un redressement pécuniaire à la partie demanderesse en remplacement de la résolution du contrat . . .

. . . La recherche de recours légaux appropriés, comme la quête de justice dans d’autres domaines, requiert un système de droit souple et en constante évolution.

(*The Law of Contracts* (5^e éd. 2005), p. 302; voir aussi p. 391-392; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, p. 847-848, le juge Dickson.)

[69] La somme de 649 680 \$ accordée par le juge du procès consistait dans des dommages-intérêts

as a compensation order under s. 66(2)(c) of the *Family Relations Act*. Given the conclusion that damages are appropriate as equitable compensation, it is unnecessary to comment on the availability of a remedy under s. 66(2)(c) in this case.

[70] I would therefore allow the appeal with costs throughout and restore the trial judge's order.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Hittrich Lessing, Surrey.

Solicitors for the respondents: Georgiale Lang & Associates, Vancouver.

Solicitors for the intervener: Heenan Blaikie, Vancouver.

ou, subsidiairement, dans une ordonnance d'indemnisation rendue en vertu de l'al. 66(2)c) de la *Loi sur les relations familiales*. Vu la conclusion que l'attribution de dommages-intérêts constitue une indemnisation en equity appropriée, je n'ai pas à me prononcer sur la possibilité d'octroyer en l'espèce la réparation prévue à l'al. 66(2)c).

[70] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Hittrich Lessing, Surrey.

Procureurs des intimés : Georgiale Lang & Associates, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant : Heenan Blaikie, Vancouver.

Teck Cominco Metals Ltd. *Appellant*

v.

Lloyd's Underwriters and Seaton Insurance Company *Respondents*

- and -

Teck Cominco Metals Ltd. *Appellant*

v.

Lombard General Insurance Co. of Canada *Respondent*

INDEXED AS: TECK COMINCO METALS LTD. v. LLOYD'S UNDERWRITERS

Neutral citation: 2009 SCC 11.

File No.: 32116.

2008: November 17; 2009: February 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Private international law — Choice of forum — Forum conveniens — Pollution produced by mining company in Canada but environmental damage alleged to occur in U.S. — Environmental action against company commenced in U.S. court — Company suing insurers for coverage in relation to environmental damage in that court — Insurers commencing parallel proceedings in British Columbia — Assertion of jurisdiction by U.S. court — Whether British Columbia proceedings should be stayed given prior assertion of jurisdiction — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11.

Teck sued its insurers in the U.S. for coverage in relation to environmental damage alleged to have occurred in the U.S., downstream from its British Columbia smelter site. The insurers commenced parallel proceedings in British Columbia seeking declaratory orders regarding their obligation (or lack thereof)

Teck Cominco Metals Ltd. *Appelante*

c.

Lloyd's Underwriters et Seaton Insurance Company *Intimées*

- et -

Teck Cominco Metals Ltd. *Appelante*

c.

Compagnie canadienne d'assurances générales Lombard *Intimée*

RÉPERTORIÉ : TECK COMINCO METALS LTD. c. LLOYD'S UNDERWRITERS

Référence neutre : 2009 CSC 11.

N° du greffe : 32116.

2008 : 17 novembre; 2009 : 20 février.

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

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

Droit international privé — Choix du tribunal — Forum conveniens — Une compagnie minière a causé de la pollution au Canada, mais le dommage environnemental serait survenu aux États-Unis — Une action environnementale a été intentée contre la compagnie devant une cour américaine — La compagnie poursuit les assureurs devant cette cour pour être indemnisée quant au dommage environnemental — Les assureurs ont intenté des recours parallèles en Colombie-Britannique — La cour américaine s'est déclarée compétente — Les recours intentés en Colombie-Britannique devraient-ils être suspendus compte tenu de la déclaration de compétence antérieure? — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, ch. 28, art. 11.

Teck a intenté une poursuite aux États-Unis contre ses assureurs par laquelle elle cherche à être indemnisée quant à un dommage environnemental qui serait survenu aux États-Unis, en aval de sa fonderie située en Colombie-Britannique. Les assureurs ont engagé des recours parallèles en Colombie-Britannique sollicitant

to defend or indemnify Teck. The parties each took various steps to obtain jurisdictional rulings in order to have the insurance coverage matter adjudicated in their preferred court: the insurers filed a motion in the U.S. District Court seeking an order to dismiss Teck's claims against them, and Teck filed similar motions in British Columbia seeking orders staying the British Columbia proceedings. The U.S. District Court denied the insurers' applications to dismiss Teck's claims against them on the basis of *forum non conveniens*. The British Columbia Supreme Court refused to grant the stays sought by Teck, and the Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

British Columbia's *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* creates a comprehensive regime that applies to all cases where a stay of proceedings is sought on the ground that the action should be pursued in a different jurisdiction (*forum non conveniens*). It requires that in every case, including cases where a foreign judge has asserted jurisdiction in parallel proceedings, all the relevant factors listed in s. 11 be considered in order to determine if a stay of proceedings is warranted. This includes the desirability of avoiding multiplicity of legal proceedings. Section 11 is a complete codification of the common law test for *forum non conveniens* admitting of no exceptions. [21-22]

The prior assertion of jurisdiction by a foreign court does not oust the s. 11 inquiry. The usual multifactored test under s. 11 need not give way to a "comity-based" test when a foreign court positively asserts jurisdiction. Section 11 is itself a comity-based approach and gives due comity to foreign courts. Comity is not necessarily served by an automatic deferral to the first court asserting jurisdiction. The assertion of jurisdiction by the foreign court is also not an overriding and determinative factor in the s. 11 analysis. The avoidance of multiplicity of proceedings is only one factor, among many, to be considered. Furthermore, the jurisprudence and policy considerations do not support a conclusion that a foreign court's prior assertion of jurisdiction is an overriding and determinative factor in the *forum non conveniens* analysis. To adopt such an approach would be to encourage a first-to-file system where considerations having little or nothing to do with where an action is most conveniently or appropriately heard would carry the day. Lastly, the exercise of jurisdiction

le prononcé d'ordonnances déclaratoires quant à l'obligation qui leur incombe (ou l'absence d'obligation) de défendre et d'indemniser Teck. Les parties ont chacune eu recours à diverses procédures visant l'obtention de décisions en matière de compétence afin que la question de la garantie d'assurance soit tranchée par leur cour préférée : les assureurs ont déposé une requête devant la Cour de district des États-Unis sollicitant ainsi le rejet des demandes formulées par Teck contre eux, et Teck a déposé des requêtes similaires en Colombie-Britannique en vue de faire suspendre les recours intentés dans cette province. La Cour de district a rejeté les demandes des assureurs visant le rejet pour cause de *forum non conveniens* des réclamations de Teck formulées contre eux. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté les requêtes en suspension présentées par Teck. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* de la Colombie-Britannique met en place un régime exhaustif qui s'applique dans tous les cas où une suspension de procédure est sollicitée au motif que l'action devrait être instruite dans un autre ressort (*forum non conveniens*). Selon ce régime, il faut, dans tous les cas, y compris lorsqu'un juge étranger s'est déclaré compétent dans une instance parallèle, que chacun des facteurs énumérés à l'art. 11 soit pris en compte pour déterminer s'il est justifié d'ordonner le sursis des procédures. Ainsi, il faut tenir compte de l'opportunité d'éviter la multiplicité des instances. L'article 11 codifie entièrement la règle du *forum non conveniens* de la common law. Il n'admet aucune exception. [21-22]

La déclaration de compétence antérieure par un tribunal étranger ne fait pas obstacle à l'examen prévu à l'art. 11. Le test multifactoriel usuel énoncé à l'art. 11 n'a pas à céder le pas à un « test fondé sur le principe de la courtoisie » lorsqu'un tribunal étranger s'est formellement déclaré compétent. L'article 11 est, en soi, une approche fondée sur la courtoisie faisant preuve du respect voulu à l'égard des tribunaux étrangers. Le renvoi automatique au premier tribunal qui s'est déclaré compétent n'équivaut pas nécessairement à de la courtoisie. La déclaration de compétence par le tribunal étranger n'est pas non plus un facteur dominant et déterminant dans le contexte de l'analyse fondée sur l'art. 11. L'opportunité d'éviter la multiplicité des instances n'est qu'un facteur, parmi plusieurs, devant être pris en compte. En outre, la jurisprudence et les considérations de politique générale ne justifient pas une conclusion selon laquelle la déclaration de compétence antérieure d'un tribunal étranger est un facteur dominant et déterminant dans l'analyse relative au *forum non conveniens*.

differs on an international level: a distinction should be made between situations involving a uniform and shared approach to the exercise of jurisdiction, such as interprovincial conflicts, and those, such as here, which do not. Blind acceptance of a foreign court's prior assertion of jurisdiction carries with it the risk of declining jurisdiction in favour of a jurisdiction which is not more appropriate. A holistic approach, in which the avoidance of a multiplicity of proceedings is one factor among others to be considered, better serves the purpose of fair resolution of the *forum non conveniens* issue with due comity to foreign courts. [21] [23-25] [29-30]

In this case, the chambers judge carefully considered all of the factors mentioned in s. 11 and did not err in dismissing Teck's motions to stay the British Columbia proceedings. While a court should strive to avoid parallel proceedings, the desire to avoid them cannot overshadow the objective of the *forum non conveniens* analysis which is to ensure, if possible, that the action is tried in the jurisdiction that has the closest connection with the action and the parties. [32] [38]

Cases Cited

Distinguished: *472900 B.C. Ltd. v. Thrifty Canada, Ltd.* (1998), 168 D.L.R. (4th) 602; *Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.*, 1999 BCCA 243, 67 B.C.L.R. (3d) 278; *Ingenium Technologies Corp. v. McGraw-Hill Cos.*, 2005 BCCA 358, 49 B.C.L.R. (4th) 120; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897.

Statutes and Regulations Cited

Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act, 42 U.S.C. §§ 9601-9675.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11.

Authors Cited

Black, Vaughan, and John Swan. "Concurrent Judicial Jurisdiction: A Race to the Court House or to Judgment?" (2008), 46 *Can. Bus. L.J.* 292.
Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Law Conference of Canada — Commercial Law Strategy*.

Adopter cette approche aurait pour effet d'encourager un système axé sur la date du dépôt où prévaudraient des considérations ayant peu ou rien à voir avec la question de savoir quel ressort est plus commode et plus approprié pour entendre une action. Finalement, les approches diffèrent à l'échelle internationale quant à la compétence : il faut établir une distinction entre les situations où prévaut une approche uniforme et commune quant à la compétence comme dans les litiges interprovinciaux de celles où il n'en est rien. En acceptant aveuglément la déclaration de compétence antérieure d'un tribunal étranger, un tribunal national court le risque de décliner compétence en faveur d'un ressort qui n'est pas plus approprié. Une démarche globale — dans le cadre de laquelle le souci d'éviter la multiplicité des instances est un facteur qui doit être considéré parmi d'autres — est davantage compatible avec l'objectif de résoudre équitablement la question du *forum non conveniens* tout en faisant preuve de courtoisie à l'égard des tribunaux étrangers. [21] [23-25] [29-30]

En l'espèce, le juge en cabinet a soigneusement examiné chacun des facteurs mentionnés à l'art. 11 et n'a pas commis d'erreur en rejetant les requêtes de Teck visant la suspension des procédures intentées en Colombie-Britannique. Même si les tribunaux devraient s'efforcer d'éviter les recours parallèles, ce souci ne peut éclipser l'objectif de la règle du *forum non conveniens* qui consiste à faire en sorte, si possible, que le procès soit instruit dans le ressort qui a les liens les plus étroits avec le litige et les parties. [32] [38]

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *472900 B.C. Ltd. c. Thrifty Canada, Ltd.* (1998), 168 D.L.R. (4th) 602; *Westec Aerospace Inc. c. Raytheon Aircraft Co.*, 1999 BCCA 243, 67 B.C.L.R. (3d) 278; *Ingenium Technologies Corp. c. McGraw-Hill Cos.*, 2005 BCCA 358, 49 B.C.L.R. (4th) 120; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897.

Lois et règlements cités

Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act, 42 U.S.C. §§ 9601-9675.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, ch. 28, art. 11.

Doctrine citée

Black, Vaughan, and John Swan. « Concurrent Judicial Jurisdiction : A Race to the Court House or to Judgment? » (2008), 46 *Rev. can. dr. comm.* 292.
Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*

Ottawa: The Conference, 2005 (loose-leaf updated 2008).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Mackenzie and Kirkpatrick J.J.A.), 2007 BCCA 249, 67 B.C.L.R. (4th) 101, 279 D.L.R. (4th) 257, [2007] 7 W.W.R. 281, 240 B.C.A.C. 218, 48 C.C.L.I. (4th) 1, 28 C.E.L.R. (3d) 191, 39 C.P.C. (6th) 20, [2007] B.C.J. No. 841 (QL), 2007 CarswellBC 864, affirming a decision of Davies J., 2006 BCSC 1276, 60 B.C.L.R. (4th) 261, [2006] 12 W.W.R. 486, 40 C.C.L.I. (4th) 182, 24 C.E.L.R. (3d) 1, 31 C.P.C. (6th) 34, [2006] B.C.J. No. 1917 (QL), 2006 CarswellBC 2083. Appeal dismissed.

Gordon C. Weatherill, Craig A. B. Ferris and Lisa A. Peters, for the appellant.

Graeme Mew and Anna Casemore, for the respondent Lloyd's Underwriters.

Written submissions only by *Gary M. Nijman*, for the respondent Seaton Insurance Company.

James H. MacMaster, Michael J. Sobkin and Christopher A. Rhone, for the respondent Lombard General Insurance Co. of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Teck Cominco Metals Ltd. (“Teck”) sued the Lombard General Insurance Co. of Canada (“Lombard”), Lloyd's Underwriters (“Lloyd's”) and Seaton Insurance Co. (“Seaton”) (collectively referred to as the “Insurers”) for coverage in relation to environmental damage alleged to have occurred in the United States, downstream from Teck's British Columbia smelter. Teck commenced its action in Washington State. The Insurers commenced parallel coverage proceedings in British Columbia. The issue on this appeal is whether the British Columbia proceedings should be stayed. The courts below ruled they should not be stayed. I agree with that result, and would dismiss the appeal.

— *Stratégie du droit commercial*. Ottawa : La Conférence, 2005 (feuilles mobiles mises à jour 2008).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Mackenzie et Kirkpatrick), 2007 BCCA 249, 67 B.C.L.R. (4th) 101, 279 D.L.R. (4th) 257, [2007] 7 W.W.R. 281, 240 B.C.A.C. 218, 48 C.C.L.I. (4th) 1, 28 C.E.L.R. (3d) 191, 39 C.P.C. (6th) 20, [2007] B.C.J. No. 841 (QL), 2007 CarswellBC 864, qui a confirmé une décision du juge Davies, 2006 BCSC 1276, 60 B.C.L.R. (4th) 261, [2006] 12 W.W.R. 486, 40 C.C.L.I. (4th) 182, 24 C.E.L.R. (3d) 1, 31 C.P.C. (6th) 34, [2006] B.C.J. No. 1917 (QL), 2006 CarswellBC 2083. Pourvoi rejeté.

Gordon C. Weatherill, Craig A. B. Ferris et Lisa A. Peters, pour l'appelante.

Graeme Mew et Anna Casemore, pour l'intimée Lloyd's Underwriters.

Argumentation écrite seulement par *Gary M. Nijman*, pour l'intimée Seaton Insurance Company.

James H. MacMaster, Michael J. Sobkin et Christopher A. Rhone, pour l'intimée la Compagnie canadienne d'assurances générales Lombard.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Teck Cominco Metals Ltd. (« Teck ») a intenté une poursuite contre la Compagnie canadienne d'assurances générales Lombard (« Lombard »), Lloyd's Underwriters (« Lloyd's ») et Seaton Insurance Co. (« Seaton ») (collectivement appelés les « assureurs »). Elle cherchait ainsi à être indemnisée quant à un dommage environnemental qui serait survenu aux États-Unis, en aval de sa fonderie située en Colombie-Britannique. L'action a été intentée dans l'État de Washington. Les assureurs ont engagé, en Colombie-Britannique, des recours parallèles concernant la garantie d'assurance. Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés à juger s'il y a lieu de suspendre ces procédures introduites en Colombie-Britannique. Les tribunaux d'instance inférieure ont répondu par la négative. Je souscris à ce résultat et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Facts

[2] Teck has various mining and smelting operations in British Columbia. In 2002 and 2003 it gave notice to the Insurers of four claims or potential claims in respect of environmental damage arising from activities of a predecessor company, Cominco Ltd. The claims or potential claims arose from Cominco's operations in four British Columbia sites: Port McNeill, Pinchi Lake, Vancouver and Trail.

[3] The largest claim arises from the discharge of waste material known as "slag" into the Columbia River adjacent to Teck's smelter in Trail. Allegedly, the discharge accumulated in the Upper Columbia River and Lake Roosevelt in Washington State. In an action filed in the U.S. District Court in 2004 (the "U.S. Environmental Action"), numerous private citizens and the State of Washington seek to hold Teck liable under a U.S. statute (the *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, 42 U.S.C. §§ 9601-9675) for environmental property damage allegedly caused by the contamination.

[4] Teck takes the position that the Insurers are required to defend and indemnify it in the U.S. Environmental Action. In the period of 1958 to 1985, Cominco Ltd. purchased general and excess liability insurance policies from the Insurers (the "Policies"). Apart from coverage limits, the Policies provide similar coverage, requiring each insurer to defend and indemnify Teck in the event of any alleged liability resulting from an occurrence of property damage taking place during the period of coverage anywhere in the world. Teck says that the alleged contamination in Washington State is covered by the Policies.

[5] The Insurers deny that they are obligated to compensate Teck on various grounds.

I. Les faits

[2] Teck exploite plusieurs mines et des hauts fourneaux en Colombie-Britannique. En 2002 et 2003, elle a avisé les assureurs de l'existence de quatre réclamations actuelles ou éventuelles concernant un dommage environnemental résultant des activités de Cominco Ltd., une société qu'elle a absorbée. Les réclamations en question ont découlé des opérations que menait Cominco sur quatre sites se trouvant en Colombie-Britannique : Port McNeill, Pinchi Lake, Vancouver et Trail.

[3] La réclamation la plus importante résulte du rejet de déchets — appelés les « laitiers » — dans le fleuve Columbia, adjacent à la fonderie de Teck située à Trail. Ces laitiers se seraient accumulés dans l'État de Washington, plus précisément dans le cours supérieur du fleuve Columbia et dans le lac Roosevelt. Dans le cadre d'une action intentée devant la Cour de district en 2004 (l'« action environnementale intentée aux États-Unis »), de nombreux particuliers ainsi que l'État de Washington cherchent à faire déclarer Teck responsable, sous le régime d'une loi américaine (la *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, 42 U.S.C. §§ 9601-9675), d'avoir causé des dommages matériels environnementaux à la suite de la contamination.

[4] Teck soutient que les assureurs ont l'obligation de la défendre et de l'indemniser dans le cadre de l'action environnementale intentée aux États-Unis. De 1958 à 1985, Cominco Ltd. a souscrit des polices d'assurance de responsabilité générale et complémentaire auprès des assureurs (les « polices »). Sauf pour ce qui est des plafonds de garantie, les polices fournissent des protections similaires, chacun des assureurs devant tenir Teck indemne et à couvert de toute responsabilité lui étant imputée pour des dommages matériels causés pendant la période de garantie où que ce soit dans le monde. Teck allègue que la contamination qui serait survenue dans l'État de Washington est un risque couvert par les polices.

[5] Les assureurs soutiennent, pour divers motifs, qu'ils ne sont pas tenus d'indemniser Teck.

[6] The extent of the damages faced by Teck in the U.S. Environmental Action is not known; however, it is expected to exceed the limits underlying each of the policies, which collectively total over \$779 million. (See motions judgment, 2006 BCSC 1276, 60 B.C.L.R. (4th) 261, at paras. 35 and 63, and Court of Appeal judgment, 2007 BCCA 249, 67 B.C.L.R. (4th) 101, at paras. 16-17.)

[7] On November 23, 2005, Teck commenced an action in the Washington State Superior Court seeking a declaratory judgment regarding its right to insurance coverage under the Policies in respect of the U.S. Environmental Action (the “U.S. Coverage Action”). On that same day, Lloyd’s commenced an action in the Supreme Court of British Columbia seeking declaratory orders regarding their obligation (or lack thereof) to defend or indemnify Teck in respect of the claims or potential claims concerning the four British Columbia sites. Seaton, a defendant in the Lloyd’s action, also filed a counterclaim. Lombard subsequently filed a similar action to Lloyd’s. (The Insurers’ actions are collectively referred to as the “B.C. Coverage Action”.)

[8] The parties have each taken various steps to obtain jurisdictional rulings in order to have the insurance coverage matter adjudicated in their preferred court. As a result, the U.S. Coverage Action was moved from the Washington State Superior Court to the United States District Court for the Eastern District of Washington (“U.S. District Court”). The Insurers filed a motion in the U.S. District Court seeking an order to dismiss Teck’s claims against them in the U.S. Coverage Action. Teck filed similar motions in the British Columbia Supreme Court seeking orders staying the B.C. Coverage Action.

[6] Le montant des dommages-intérêts dont Teck pourrait être tenue responsable dans l’action environnementale intentée aux États-Unis n’est pas connu, mais on s’attend à ce qu’il excède les limites de couverture de chacune des polices, qui, ensemble, fournissent une couverture s’élevant à plus de 779 millions de dollars. (Voir le jugement sur les requêtes, 2006 BCSC 1276, 60 B.C.L.R. (4th) 261, par. 35 et 63, et le jugement de la Cour d’appel, 2007 BCCA 249, 67 B.C.L.R. (4th) 101, par. 16-17.)

[7] Le 23 novembre 2005, Teck a intenté une poursuite devant la Cour supérieure de l’État de Washington sollicitant le prononcé d’un jugement déclaratoire quant à la protection que lui offrent les polices à l’égard de l’action environnementale intentée aux États-Unis (l’« action américaine relative à la garantie d’assurance »). Le même jour, Lloyd’s a intenté une poursuite devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique sollicitant le prononcé d’ordonnances déclaratoires quant à l’obligation qui lui incombe (ou l’absence d’obligation) de défendre et d’indemniser Teck par suite des réclamations actuelles ou éventuelles relatives aux quatre sites se trouvant en Colombie-Britannique. En outre, Seaton, une partie défenderesse dans l’action intentée par Lloyd’s, a déposé une demande reconventionnelle. Par la suite, Lombard a intenté une action semblable à celle de Lloyd’s. (Les poursuites engagées par les assureurs sont collectivement appelées l’« action britanno-colombienne relative à la garantie d’assurance ».)

[8] Les parties ont chacune eu recours à diverses procédures visant l’obtention de décisions en matière de compétence afin que la question de la garantie d’assurance soit tranchée par leur cour préférée. Ainsi, l’action américaine relative à la garantie d’assurance dont était saisie la Cour supérieure de l’État de Washington a été renvoyée à la Cour de district des États-Unis pour le district est de Washington (« Cour de district »). Par la suite, les assureurs ont déposé une requête devant cette Cour sollicitant ainsi le rejet des demandes formulées par Teck contre eux dans cette action. Quant à elle, Teck a déposé des requêtes similaires devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vue de faire suspendre l’action britanno-colombienne relative à la garantie d’assurance.

[9] On May 1, 2006, Suko J. of the U.S. District Court denied the Insurers' applications to dismiss Teck's claims against them on the basis of *forum non conveniens*.

[10] By agreement of the parties, the U.S. District Court temporarily stayed the proceedings in the U.S. Coverage Action pending this Court's disposition of the appeal.

II. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia (Davies J.)*, 2006 BCSC 1276, 60 B.C.L.R. (4th) 261

[11] The chambers judge held that s. 11 of the *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28 (“*CJPTA*”), is “part of a comprehensive remedial statutory scheme that is intended to codify the determination of jurisdictional issues in British Columbia” (para. 102). He denied the stay of the B.C. Coverage Action on the grounds that:

- The convenience and expense of the parties and potential witnesses favoured litigation in British Columbia rather than Washington State, having regard to: the residence of the parties and where each carries on business; the fact that the issues in the coverage actions (disclosure, risk assessment and interpretation issues related to coverage and exclusions) have little, if any, connection to Washington State; and the fact that the overall cost of litigation would be greater if the coverage action proceeded in Washington State.
- The law to be applied to issues in the action would likely be British Columbia law. Washington law would not apply because: the potential Washington victims are not beneficiaries to the Policies; the Insurers' obligations are only to Teck; the coverage action involves declarations in relation to British Columbia sites; and all of

[9] Le 1^{er} mai 2006, le juge Suko de la Cour de district a rejeté les demandes des assureurs visant le rejet pour cause de *forum non conveniens* des réclamations de Teck formulées contre eux.

[10] Sur consentement des parties, la Cour de district a temporairement suspendu l'action américaine relative à la garantie d'assurance en attendant l'issue du présent pourvoi.

II. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Davies)*, 2006 BCSC 1276, 60 B.C.L.R. (4th) 261

[11] Le juge en cabinet a conclu que l'art. 11 de la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, ch. 28 (« *CJPTA* »), [TRADUCTION] « fait partie d'un régime légal de réparation global visant à codifier les règles applicables à la détermination des questions de compétence judiciaire en Colombie-Britannique » (par. 102). Il a refusé de suspendre l'action britanno-colombienne relative à la garantie d'assurance pour les motifs suivants :

- Le critère de la commodité et des coûts pour les parties et les témoins potentiels militait en faveur de la tenue d'un procès en Colombie-Britannique plutôt que dans l'État de Washington, compte tenu : du lieu de résidence des parties et de l'endroit où elles exploitent leurs entreprises; du fait que les questions soulevées dans les actions relatives à la garantie d'assurance (divulgaration, évaluation du risque et question d'interprétation des polices quant à la garantie et aux exclusions) ont peu de lien, voire aucun, avec l'État de Washington; et du fait qu'il serait plus onéreux de tenir le litige relatif à la garantie d'assurance dans l'État de Washington.
- Les questions en litige seraient vraisemblablement régies par les lois de la Colombie-Britannique. Les lois de l'État de Washington ne seraient pas applicables pour les raisons suivantes : les victimes potentielles résidant dans l'État de Washington ne sont pas bénéficiaires des polices; les assureurs n'ont d'obligations

Teck's alleged wrongful actions, while affecting foreign residents, occurred solely in British Columbia.

- The desirability of avoiding multiplicity of legal proceedings and avoiding conflicting decisions in different courts requires a multi-factored analysis, in which the prior assertion of jurisdiction by the U.S. District Court is an important but not determinative factor.
- Any damage award ordered by the U.S. District Court would be enforceable in British Columbia. While enforcement of any declaratory judgment could be more problematic, as a practical matter, it was unlikely that Teck would have to resort to execution proceedings to obtain satisfaction from the Insurers.
- The fair and efficient working of the Canadian legal system as a whole favoured litigation in British Columbia, as it would not be efficient to have contracts of insurance interpreted in accordance with more than one system of law.

[12] Considering all the factors in s. 11 of the *CJPTA*, the chambers judge found that British Columbia was the jurisdiction with the closest connection to Teck and the subject matter of the coverage action (the Policies). Consequently, on August 21, 2006, he refused to grant the stays sought by Teck in the B.C. Coverage Action.

B. *Court of Appeal for British Columbia (Newbury, Mackenzie and Kirkpatrick J.J.A.)*, 2007 BCCA 249, 67 B.C.L.R. (4th) 101

[13] Newbury J.A., writing for the court, found that the chambers judge properly considered and weighed each factor in s. 11(2) of the *CJPTA*. She

qu'envers Teck; les conclusions de l'action relative à la garantie d'assurance concernent des sites qui se trouvent en Colombie-Britannique; et tous les actes prétendument répréhensibles reprochés à Teck, bien qu'ils aient des incidences sur des résidents étrangers, se sont produits uniquement en Colombie-Britannique.

- L'opportunité d'éviter la multiplicité des instances et le prononcé de décisions contradictoires par différents tribunaux suppose qu'il faut procéder à une analyse de plusieurs facteurs dans le cadre de laquelle la déclaration de compétence antérieure de la Cour de district est un facteur important, sans toutefois être déterminant.
- Une condamnation à des dommages-intérêts par la Cour de district serait exécutoire en Colombie-Britannique. L'exécution d'un jugement déclaratoire pourrait poser davantage problème, mais il est peu probable, en pratique, que Teck soit obligée de recourir à une procédure d'exécution pour que les assureurs s'y conforment.
- L'équité et l'efficacité du système judiciaire canadien dans son ensemble militent en faveur de la tenue du litige en Colombie-Britannique puisqu'il serait inefficace que des contrats d'assurance soient interprétés à la lumière de plus d'un système juridique.

[12] Après avoir examiné tous les facteurs énoncés à l'art. 11 de la *CJPTA*, le juge en cabinet a statué que la Colombie-Britannique était le ressort avec lequel Teck et l'objet de la poursuite relative à la garantie d'assurance (les polices) avaient les liens les plus étroits. Pour ces motifs, le 21 août 2006, il a rejeté les requêtes en suspension présentées par Teck dans le cadre de l'action britannico-colombienne relative à la garantie d'assurance.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Mackenzie et Kirkpatrick)*, 2007 BCCA 249, 67 B.C.L.R. (4th) 101

[13] La juge Newbury, qui s'exprimait au nom de la cour, a conclu que le juge en cabinet avait correctement examiné et soupesé chacun des facteurs

agreed with Davies J. that the principle of comity did not require deference to the first court to assert jurisdiction. Finding no error in Davies J.'s conclusion that British Columbia was the more appropriate forum for the trial of the coverage action, Newbury J.A. dismissed Teck's appeal.

III. Relevant Statutory Provisions

[14] Section 11 of the *CJPTA* provides that:

- 11** (1) After considering the interests of the parties to a proceeding and the ends of justice, a court may decline to exercise its territorial competence in the proceeding on the ground that a court of another state is a more appropriate forum in which to hear the proceeding.
- (2) A court, in deciding the question of whether it or a court outside British Columbia is the more appropriate forum in which to hear a proceeding, must consider the circumstances relevant to the proceeding, including
- (a) the comparative convenience and expense for the parties to the proceeding and for their witnesses, in litigating in the court or in any alternative forum,
 - (b) the law to be applied to issues in the proceeding,
 - (c) the desirability of avoiding multiplicity of legal proceedings,
 - (d) the desirability of avoiding conflicting decisions in different courts,
 - (e) the enforcement of an eventual judgment, and
 - (f) the fair and efficient working of the Canadian legal system as a whole.

IV. Issues

[15] The only issue on this appeal is whether the coverage proceedings commenced in British Columbia should be stayed, in view of the prior

énumérés au par. 11(2) de la *CJPTA*. Elle partageait le point de vue du juge Davies selon lequel le principe de courtoisie ne commandait pas de faire preuve de retenue envers le premier tribunal s'étant déclaré compétent. N'ayant relevé aucune erreur dans la conclusion du juge Davies portant que la Colombie-Britannique était le ressort le plus approprié pour la tenue du procès relatif à la garantie d'assurance, la juge Newbury a rejeté l'appel de Teck.

III. Dispositions législatives pertinentes

[14] L'article 11 de la *CJPTA* est libellé comme suit :

[TRADUCTION]

- 11** (1) Après avoir pris en considération l'intérêt des parties à une instance et les fins de la justice, le tribunal peut refuser d'exercer sa compétence territoriale à l'égard de l'instance si, à son avis, il conviendrait mieux qu'un tribunal d'un autre État soit saisi de l'affaire.
- (2) Le tribunal qui détermine si c'est lui ou un tribunal de l'extérieur de la Colombie-Britannique qui constitue le ressort le plus approprié pour entendre l'affaire doit prendre en considération les circonstances pertinentes à l'instance, notamment :
- a) le coût et la commodité pour les parties à l'instance et leurs témoins d'être entendus dans ce ressort ou dans un autre;
 - b) la loi à appliquer aux questions en litige;
 - c) l'opportunité d'éviter la multiplicité des instances;
 - d) l'opportunité d'éviter le prononcé de décisions contradictoires par différents tribunaux;
 - e) l'exécution d'un jugement éventuel;
 - f) l'équité et l'efficacité du système judiciaire canadien dans son ensemble.

IV. Questions en litige

[15] La seule question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si l'action britanno-colombienne relative à la garantie

parallel proceedings in Washington State and the assertion of jurisdiction by the U.S. District Court. Resolving this issue requires us to consider the application of s. 11 of the *CJPTA* in circumstances where prior proceedings have been commenced outside British Columbia and the foreign court has refused to stay its action.

[16] The reasons will go on to consider whether the chambers judge acted properly in rejecting the Teck's application to decline jurisdiction and stay the B.C. Coverage Action, having regard to the appropriate test.

V. Analysis

A. *Whether the Section 11 Test Is Trumped by a Comity-Based Test*

[17] Teck submits that where a foreign court has assumed jurisdiction in parallel proceedings, the usual multifactor test under s. 11 of the *CJPTA* must give way to a "comity-based" test that respects the foreign court's decision to take jurisdiction.

[18] In favour of this approach, Teck argues that there is a distinction between a situation where it is submitted that a foreign court *would be* the appropriate forum, and the situation where a foreign court *has in fact asserted jurisdiction*. A foreign court can be said to have asserted jurisdiction when it has been asked to decline its jurisdiction over the matter and has refused to do so, holding that it is the appropriate forum to hear the dispute. Teck argues that where a foreign court has asserted jurisdiction on the basis of factors similar to those found in s. 11 of the *CJPTA*, s. 11 does not apply and the court may decline jurisdiction simply on the basis that the foreign court has asserted jurisdiction, and that comity requires that the domestic court recognize that prior assertion of jurisdiction.

[19] An alternative, slightly softer version of this argument is that assertion of jurisdiction by the foreign court is a factor of overwhelming significance

d'assurance devrait être suspendue compte tenu des poursuites parallèles antérieures ayant été engagées dans l'État de Washington et de la déclaration de compétence de la Cour de district. Pour résoudre cette question, nous devons nous pencher sur l'application de l'art. 11 de la *CJPTA* dans les cas où des poursuites ont d'abord été intentées à l'extérieur de la Colombie-Britannique et où le tribunal étranger a refusé de suspendre l'action dont il est saisi.

[16] Nous nous pencherons ensuite sur la question de savoir si le juge en cabinet a eu raison, compte tenu des critères applicables, de rejeter la demande de Teck pour que le tribunal décline compétence et pour que l'action britanno-colombienne relative à la garantie d'assurance soit suspendue.

V. Analyse

A. *Le test de l'art. 11 est-il supplanté par un test fondé sur le principe de la courtoisie?*

[17] Teck fait valoir que lorsqu'un tribunal étranger s'est déclaré compétent dans une instance parallèle, le test multifactoriel usuel énoncé à l'art. 11 de la *CJPTA* doit céder le pas à un « test fondé sur le principe de la courtoisie » qui respecte la décision du tribunal étranger de s'attribuer compétence.

[18] À l'appui de cette approche, Teck soutient qu'il faut distinguer les cas où le tribunal étranger *serait* le forum approprié de ceux où un tribunal étranger *s'est effectivement déclaré compétent*. On peut affirmer qu'un tribunal étranger s'est déclaré compétent lorsqu'il a été appelé à décliner compétence quant à un litige et qu'il a refusé de le faire, jugeant être la juridiction appropriée pour connaître du litige. Selon Teck, lorsqu'un tribunal étranger s'est déclaré compétent sur le fondement de facteurs s'apparentant à ceux qui sont énoncés à l'art. 11 de la *CJPTA*, cette disposition ne s'applique pas et le tribunal peut décliner compétence simplement du fait de la déclaration de compétence du tribunal étranger et de la courtoisie, qui commande que le tribunal national reconnaisse cette déclaration de compétence antérieure.

[19] Une variante plus modérée de cet argument consisterait à dire que la déclaration de compétence d'un tribunal étranger est un facteur d'une

in the determination of whether the local forum is appropriate (*forum conveniens*) and that, since the U.S. District Court has positively asserted jurisdiction, the British Columbia courts are effectively bound to stay the parallel actions in British Columbia.

[20] I will consider each of these arguments in turn.

[21] The first argument is that s. 11 of the *CJPTA* does not apply where a foreign court has asserted jurisdiction. I cannot agree. The *CJPTA* creates a comprehensive regime that applies to all cases where a stay of proceedings is sought on the ground that the action should be pursued in a different jurisdiction (*forum non conveniens*). It requires that in every case, including cases where a foreign judge has asserted jurisdiction in parallel proceedings, all the relevant factors listed in s. 11 be considered in order to determine if a stay of proceedings is warranted. This includes the desirability of avoiding multiplicity of legal proceedings. But the prior assertion of jurisdiction by a foreign court does not oust the s. 11 inquiry.

[22] Section 11 of the *CJPTA* was intended to codify the *forum non conveniens* test, not to supplement it. The *CJPTA* is the product of the Uniform Law Conference of Canada. In its introductory comments, the Conference identified the main purposes of the proposed Act, which included bringing “Canadian jurisdictional rules into line with the principles laid down by the Supreme Court of Canada in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, and *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897” (*Uniform Law Conference of Canada — Commercial Law Strategy* (loose-leaf), at p. 3). Further, the drafters of the model Act confirmed that s. 11 of the *CJPTA* was intended to codify the common law *forum non conveniens* principles in “comments to section 11”:

importance capitale pour juger du caractère approprié du forum national (*forum conveniens*) et que, comme la Cour de district s’est formellement déclarée compétente, les tribunaux de la Colombie-Britannique sont forcés de suspendre les poursuites parallèles intentées dans cette province.

[20] Je vais examiner chacun de ces arguments à tour de rôle.

[21] Le premier argument consiste à dire que l’art. 11 de la *CJPTA* ne s’applique pas lorsqu’un tribunal étranger s’est déclaré compétent. Je ne peux souscrire à ce point de vue. La *CJPTA* met en place un régime exhaustif qui s’applique dans tous les cas où une suspension de procédure est sollicitée au motif que l’action devrait être instruite dans un autre ressort (*forum non conveniens*). Selon ce régime, il faut, dans tous les cas, y compris lorsqu’un juge étranger s’est déclaré compétent dans une instance parallèle, que chacun des facteurs énumérés à l’art. 11 soit pris en compte pour déterminer s’il est justifié d’ordonner le sursis. Ainsi, il faut tenir compte de l’opportunité d’éviter la multiplicité des instances. La déclaration de compétence antérieure par un tribunal étranger ne fait pas pour autant obstacle à l’examen prévu à l’art. 11.

[22] L’article 11 de la *CJPTA* visait à codifier la règle du *forum non conveniens* et non à la compléter. La *CJPTA* est le fruit du travail de la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada. Dans ses observations préliminaires, cette dernière a exposé les principaux objectifs de la loi proposée, soit notamment celui de « [r]endre les règles relatives à la compétence des tribunaux au Canada conformes aux principes établis par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 et *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897 » (*Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada — Stratégie du droit commercial* (feuilles mobiles), p. 3). En outre, les rédacteurs de la loi type ont confirmé dans leurs observations se rapportant à l’art. 9 de la version française de la *CJPTA* qu’ils ont proposée (art. 11 dans la version anglaise) que cette disposition visait à codifier la règle du *forum non conveniens* de la common law :

11.1 Section 11 is meant to codify the doctrine of *forum non conveniens*, which was most recently confirmed by the Supreme Court of Canada in *Amchem Products Inc. v. British Columbia* (1993). The language of subsection 11(1) is taken from *Amchem* and the earlier cases on which it was based. The factors listed in subsection 11(2) as relevant to the court's discretion are all factors that have been expressly or implicitly considered by courts in the past. [p. 11]

Section 11 of the *CJPTA* thus constitutes a complete codification of the common law test for *forum non conveniens*. It admits of no exceptions.

[23] Teck submits that the usual multifactor test under s. 11 of the *CJPTA* must give way to a "comity-based" test when a foreign court positively asserts jurisdiction. To the extent this argument implies that the usual test does not give due comity to foreign courts, it must be rejected. Section 11 of the *CJPTA* is itself a comity-based approach. As will be discussed, comity is not necessarily served by an automatic deferral to the first court that asserts jurisdiction. It follows that Teck's argument, that s. 11 does not apply where a foreign court has already asserted jurisdiction over the matter, cannot succeed.

[24] Alternatively, it is argued that if s. 11 applies, the assertion of jurisdiction by the foreign court is an overriding and determinative factor in the s. 11 analysis. This argument also must be rejected.

[25] First, had actual assertion of jurisdiction by a foreign court been seen as a factor that should override all others, one would have expected the legislature to have stated this expressly. Rather, avoidance of multiplicity of proceedings is simply listed along with other factors. This suggests that the existence of foreign proceedings is only one factor, among many, to be considered in a *forum non conveniens* analysis.

9.1 L'article 9 vise à codifier la règle relative au tribunal plus commode et plus approprié, qui a été confirmée en 1993 par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (W.C.B.)*. La formulation du paragraphe 9(1) est tirée de l'affaire *Amchem* et des décisions antérieures sur lesquelles elle est fondée. Les facteurs énumérés au paragraphe 9(2), qui concernent le pouvoir discrétionnaire du tribunal, sont tous des facteurs qui ont déjà été expressément ou implicitement pris en considération par les tribunaux. [p. 11]

L'article 11 de la *CJPTA* codifie donc entièrement la règle du *forum non conveniens* de la common law. Il n'admet aucune exception.

[23] Selon Teck, le test multifactoriel usuel énoncé à l'art. 11 de la *CJPTA* doit céder le pas à un « test fondé sur le principe de la courtoisie » lorsqu'un tribunal s'est formellement déclaré compétent. Dans la mesure où cet argument suppose que les tribunaux qui appliquent le critère habituel ne font pas preuve de la courtoisie voulue envers les tribunaux étrangers, il faut le rejeter. L'article 11 de la *CJPTA* est, en soi, une approche fondée sur la courtoisie. Comme nous le verrons, le renvoi automatique au premier tribunal qui s'est déclaré compétent n'équivaut pas nécessairement à de la courtoisie. Ainsi, l'argument de Teck selon lequel l'art. 11 ne s'applique pas lorsqu'un tribunal étranger s'est déjà déclaré compétent à l'égard du litige ne peut être retenu.

[24] Subsidiairement, Teck soutient que, si l'art. 11 s'applique, la déclaration de compétence par le tribunal étranger est un facteur dominant et déterminant dans le contexte de l'analyse fondée sur cette disposition. Cet argument doit également être rejeté.

[25] Premièrement, s'il avait voulu que la déclaration de compétence d'un tribunal étranger soit un facteur qui l'emporte sur tous les autres, on peut supposer que le législateur l'aurait précisé en termes exprès. Or, l'opportunité d'éviter la multiplicité des instances fait simplement partie de l'énumération, au même titre que les autres facteurs. En conséquence, il est permis de penser que l'existence d'une instance à l'étranger n'est qu'un facteur, parmi plusieurs, devant être pris en compte dans l'analyse relative au *forum non conveniens*.

[26] Second, the authorities are against this contention. Teck says *472900 B.C. Ltd. v. Thrifty Canada, Ltd.* (1998), 168 D.L.R. (4th) 602 (B.C.C.A.), *Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.*, 1999 BCCA 243, 67 B.C.L.R. (3d) 278, and *Ingenium Technologies Corp. v. McGraw-Hill Cos.*, 2005 BCCA 358, 49 B.C.L.R. (4th) 120, support the fact that a prior assertion of jurisdiction is a factor of overwhelming significance. In *Thrifty*, the British Columbia Supreme Court declined to stay its proceedings in view of a prior assertion of jurisdiction by the Ontario court over a parallel action. The Court of Appeal allowed the appeal on the basis that the chambers judge erred by giving no weight to the fact the parties had expressly agreed that the contract would be interpreted in accordance with Ontario law and had agreed to attorn to the jurisdiction of the court of Ontario. Ultimately, it was the various connections to Ontario, not simply the prior assertion of jurisdiction by the Ontario court, that warranted the granting of a stay in the British Columbia proceedings.

[27] In *Westec*, the defendant commenced an action in Kansas. Shortly thereafter, the plaintiff sued in British Columbia. The Court of Appeal, in determining whether to grant a stay in the British Columbia action, considered a number of factors, including: place of incorporation, place of business, location of assets and the formation and performance of the contract. (Unlike *Thrifty*, the foreign court had not asserted jurisdiction.) The Court of Appeal concluded that both fora had “a real and substantial connection to the dispute” (para. 46) and ultimately decided to stay the British Columbia action on the basis that the plaintiff had failed to establish a juridical advantage that would be lost if the proceedings were stayed.

[26] Deuxièmement, la jurisprudence ne va pas dans le sens de cette prétention. Teck soutient que les arrêts *472900 B.C. Ltd. c. Thrifty Canada, Ltd.* (1998), 168 D.L.R. (4th) 602 (C.A.C.-B.), *Westec Aerospace Inc. c. Raytheon Aircraft Co.*, 1999 BCCA 243, 67 B.C.L.R. (3d) 278, et *Ingenium Technologies Corp. c. McGraw-Hill Cos.*, 2005 BCCA 358, 49 B.C.L.R. (4th) 120, appuient la thèse voulant qu’une déclaration de compétence antérieure soit un facteur d’une importance primordiale. Dans *Thrifty*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé de suspendre l’instance dont elle était saisie parce qu’un tribunal ontarien s’était antérieurement déclaré compétent à l’égard d’une poursuite parallèle. La Cour d’appel a accueilli le pourvoi ayant conclu que le juge en cabinet avait commis une erreur en n’accordant aucun poids au fait que les parties avaient expressément convenu que le contrat serait interprété conformément aux lois de l’Ontario et avaient convenu d’acquiescer à la compétence du tribunal de ce ressort. En définitive, ce sont les divers liens avec l’Ontario, et non la simple déclaration de compétence antérieure du tribunal ontarien, qui ont amené la Cour d’appel à suspendre l’instance devant le tribunal de la Colombie-Britannique.

[27] Dans *Westec*, la défenderesse a entamé une poursuite au Kansas. Peu de temps après, la demanderesse a intenté une action en Colombie-Britannique. Pour juger s’il y avait lieu de suspendre l’action intentée en Colombie-Britannique, la Cour d’appel a pris en compte un grand nombre de facteurs, dont les suivants : le lieu d’incorporation des sociétés, leur lieu d’affaires, l’endroit où se trouvaient les actifs ainsi que les renseignements relatifs à la formation et à l’exécution du contrat. (Dans cette affaire, contrairement à l’affaire *Thrifty*, le tribunal étranger ne s’était pas déclaré compétent.) La Cour d’appel a conclu que les deux forums avaient un [TRADUCTION] « lien réel et substantiel avec le litige » (par. 46) et a décidé en définitive de suspendre l’action intentée en Colombie-Britannique parce que la demanderesse n’avait pas établi qu’il y aurait perte d’un avantage juridique si l’instance était suspendue.

[28] The final case relied on by Teck is *Ingenium*. In *Ingenium*, the British Columbia Court of Appeal reviewed the chambers judge's decision not to stay the British Columbia action in the face of a positive assertion of jurisdiction by the U.S. District Court for the Southern District of New York over parallel proceedings in New York. The Court of Appeal found that the chambers judge was correct in concluding that "the existence of parallel proceedings does not trump all other factors" (para. 9). However, the court went on to allow the appeal on the basis that the chambers judge erred in attaching no significance to the fact the U.S. District Court had positively asserted jurisdiction in her analysis. I do not consider that *Ingenium* laid down a new test for the determination of *forum non conveniens* in cases where a foreign court has assumed jurisdiction in parallel proceedings.

[29] Finally, policy considerations do not support making a foreign court's prior assertion of jurisdiction an overriding and determinative factor in the *forum non conveniens* analysis. To adopt this approach would be to encourage a first-to-file system, where each party would rush to commence proceedings in the jurisdiction which it thinks will be most favourable to it and try to delay the proceedings in the other jurisdiction in order to secure a prior assertion in their preferred jurisdiction. Technicalities, such as how long it takes a particular judge to assert jurisdiction, might be determinative of the outcome. In short, considerations that have little or nothing to do with where an action is most conveniently or appropriately heard, would carry the day. Such a result is undesirable and inconsistent with the language and purpose of s. 11, discussed above.

[30] Also, the extent to which approaches to the exercise of jurisdiction differ on an international level also weighs in favour of rejecting Teck's

[28] Teck s'appuie enfin sur l'arrêt *Ingenium*, dans lequel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné la décision de la juge en cabinet de refuser de surseoir à une action intentée en Colombie-Britannique en présence d'une déclaration expresse de compétence de la Cour de district des États-Unis pour le district sud de New York à l'égard d'une poursuite parallèle intentée à New York. La Cour d'appel a conclu que la juge en cabinet avait eu raison de décider que [TRADUCTION] « l'existence d'une instance parallèle ne supprime pas tous les autres facteurs » (par. 9). La Cour d'appel a toutefois accueilli le pourvoi parce que la juge en cabinet avait commis une erreur en n'accordant aucune importance au fait que la Cour de district des États-Unis pour le district sud de New York s'était expressément déclarée compétente. Je ne suis pas d'avis que cet arrêt établit un nouveau critère pour choisir le tribunal approprié dans les cas où un tribunal étranger s'est déjà déclaré compétent dans une instance parallèle.

[29] Enfin, les considérations de politique générale ne justifient pas qu'on fasse de la déclaration de compétence antérieure d'un tribunal étranger un facteur dominant et déterminant dans l'analyse relative au *forum non conveniens*. Adopter cette approche aurait pour effet d'encourager un système, axé sur la date du dépôt, incitant les deux parties à se dépêcher d'entamer une poursuite dans le ressort qu'elles estiment leur être le plus favorable et à retarder celle intentée dans l'autre ressort pour s'assurer d'obtenir la première déclaration de compétence dans le ressort qu'elles préfèrent. Les questions de forme, comme celle du temps que mettra un juge à se déclarer compétent à l'égard d'une instance, pourraient avoir un effet déterminant. En somme, cette approche ferait prévaloir des considérations ayant peu ou rien à voir avec la question de savoir quel ressort est plus commode et plus approprié pour entendre une action. Un tel résultat n'est pas souhaitable et n'est pas compatible avec le libellé et l'objet de l'art. 11 dont il a été question précédemment.

[30] En outre, l'importance des différences d'approche adoptées à l'échelle internationale quant à la compétence milite aussi en faveur du rejet de la

approach. A distinction should be made between situations that involve a uniform and shared approach to the exercise of jurisdiction (e.g. inter-provincial conflicts) and those, such as the present, that do not. In the latter, blind acceptance of a foreign court's prior assertion of jurisdiction carries with it the risk of declining jurisdiction in favour of a jurisdiction that is not more appropriate. A holistic approach, in which the avoidance of a multiplicity of proceedings is one factor among others to be considered, better serves the purpose of fair resolution of the *forum non conveniens* issue with due comity to foreign courts.

[31] For the foregoing reasons, I conclude that s. 11 of the *CJPTA* applies to the motions before the British Columbia courts to decline jurisdiction, and that the prior assertion of jurisdiction by the U.S. District Court is merely one factor to be considered, among others.

B. *Applying the Proper Principles, Did the Chambers Judge Err in Permitting the B.C. Coverage Action to Continue?*

[32] As set out earlier, the chambers judge dismissed Teck's motions to stay the B.C. Coverage Action. In arriving at this conclusion, the chambers judge carefully considered all of the factors mandated for consideration by s. 11(2) of the *CJPTA*, namely: the comparative convenience and expense for the parties to the proceeding and for their witnesses, in litigating in the court or in any alternative forum (s. 11(2)(a)); the law to be applied to issues in the proceeding (s. 11(2)(b)); the desirability of avoiding multiplicity of legal proceedings (s. 11(2)(c)); the desirability of avoiding conflicting decisions in different courts (s. 11(2)(d)); the enforcement of an eventual judgment (s. 11(2)(e)); and the fair and efficient working of the Canadian legal system as a whole (s. 11(2)(f)).

thèse préconisée par Teck. Il faut établir une distinction entre les situations où prévaut une approche uniforme et commune quant à la compétence (p. ex. dans les litiges interprovinciaux) de celles où, comme en l'espèce, il n'en est rien. Dans ces derniers cas, en acceptant aveuglément la déclaration de compétence antérieure d'un tribunal étranger, un tribunal national court le risque de décliner compétence en faveur d'un ressort qui n'est pas plus approprié. Une démarche globale — dans le cadre de laquelle le souci d'éviter la multiplicité des instances est un facteur qui doit être considéré parmi d'autres — est davantage compatible avec l'objectif de résoudre équitablement la question du *forum non conveniens* tout en faisant preuve de courtoisie à l'égard des tribunaux étrangers.

[31] Pour les motifs qui précèdent, je conclus, d'une part, que l'art. 11 de la *CJPTA* s'applique aux requêtes demandant aux tribunaux de la Colombie-Britannique de décliner compétence et, d'autre part, que la déclaration de compétence antérieure par la Cour de district n'est qu'un facteur à considérer parmi d'autres.

B. *Compte tenu des principes applicables, le juge en cabinet a-t-il commis une erreur en permettant que l'action britanno-colombienne relative à la garantie d'assurance suive son cours?*

[32] Comme nous l'avons vu, le juge en cabinet a rejeté les requêtes de Teck visant à obtenir la suspension de l'action britanno-colombienne relative à la garantie d'assurance. Pour arriver à cette conclusion, il a soigneusement examiné chacun des facteurs devant être pris en compte en application du par. 11(2) de la *CJPTA*, à savoir : le coût et la commodité pour les parties à l'instance et leurs témoins d'être entendus dans ce ressort ou dans un autre (al. 11(2)a); la loi à appliquer aux questions en litige (al. 11(2)b); l'opportunité d'éviter la multiplicité des instances (al. 11(2)c); l'opportunité d'éviter le prononcé de décisions contradictoires par différents tribunaux (al. 11(2)d); l'exécution d'un jugement éventuel (al. 11(2)e); l'équité et l'efficacité du système judiciaire canadien dans son ensemble (al. 11(2)f)).

[33] Before this Court, Teck argued that the chambers judge erred in disregarding the fact that the insurance coverage sought was in relation to damages claimed in Washington State. Teck submits that the U.S. District Court's assertion of jurisdiction should be respected because the issues in the environmental action brought by Washington residents under U.S. legislation may impact on the issue of insurance coverage in this action.

[34] The difficulty with this submission is that the chambers judge carefully considered these arguments and the totality of the evidence before him. Having done so, he determined that the central issues in the coverage actions (disclosure, risk assessment, and policy interpretation) weighed in favour of British Columbia, and that the only coverage issues properly the substance of the U.S. Environmental Action are inconsequential.

[35] He was alive to the fact that the environmental damage had occurred in Washington State, but held that that fact alone did not lead to the conclusion that foreign law should apply to the coverage action. On the contrary, he concluded that it would be unreasonable to apply Washington law because, *inter alia*, Teck's alleged wrongful actions occurred solely in Canada, the proceedings involved other British Columbia sites with no connection to Washington State, and the Washington residents are not beneficiaries to the Policies.

[36] The chambers judge was also alive to the concern that on a *forum non conveniens* application, the court should strive to avoid a situation where two jurisdictions may be dealing with the same subject matter. While finding the U.S. District Court's prior assertion of jurisdiction to be a factor

[33] Devant notre Cour, Teck a fait valoir que le juge en cabinet a commis une erreur en ne tenant pas compte du fait que c'est à l'égard d'une demande de dommages-intérêts présentée dans l'État de Washington qu'elle cherchait à se prévaloir de la protection offerte par les polices. Selon elle, il faut respecter la déclaration de compétence de la Cour de district parce que les questions soulevées dans l'action environnementale par des citoyens de l'État de Washington sur le fondement de la législation américaine peuvent avoir des incidences sur la question de la garantie d'assurance dans l'action visée par le présent pourvoi.

[34] Cette observation pose problème parce que le juge en cabinet a soigneusement considéré ces arguments et l'ensemble de la preuve qui lui a été soumise. C'est au terme de cet examen qu'il a conclu que les principales questions soulevées dans les actions relatives à la garantie d'assurance (divulgarion, évaluation du risque et interprétation des polices) militaient en faveur de la Colombie-Britannique et que les questions liées à la garantie d'assurance étant à juste titre soulevée dans l'action environnementale intentée aux États-Unis ne portaient pas à conséquence.

[35] Il était conscient du fait que le dommage environnemental s'était produit dans l'État de Washington, mais il a jugé que ce fait, à lui seul, ne permettait pas de conclure que des lois étrangères devraient régir l'action relative à la garantie d'assurance. Au contraire, il a conclu qu'il ne serait pas raisonnable d'appliquer les lois de l'État de Washington notamment parce que les actes répréhensibles reprochés à Teck n'auraient été commis qu'au Canada, parce que l'action concernait d'autres sites se trouvant en Colombie-Britannique sans lien aucun avec l'État de Washington et parce que les résidents de l'État de Washington ne sont pas bénéficiaires des polices.

[36] Le juge en cabinet était également conscient du fait que, dans l'examen d'une demande fondée sur le *forum non conveniens*, les tribunaux devraient s'efforcer d'éviter les situations où deux ressorts sont susceptibles d'avoir à traiter d'un litige portant sur le même sujet. Certes, il a conclu que la déclaration

of high importance, he concluded that it could not prevail in view of the fact British Columbia was the forum most closely connected with Teck and the Policies, and that Washington State, a jurisdiction with at best a tenuous connection to the parties and the Policies, was not an appropriate forum.

[37] I see no error in the reasons or the conclusion of the chambers judge. He considered all the relevant factors under s. 11 of the *CJPTA*. Those factors support his decision to refuse to stay the B.C. Coverage Action.

[38] Teck argues that a refusal to stay the B.C. Coverage Action places the parties in the difficult position of having legal proceedings on the issue of insurance coverage in two separate jurisdictions. While I am sympathetic to the difficulties presented by parallel proceedings, the desire to avoid them cannot overshadow the objective of the *forum non conveniens* analysis, which is “to ensure, if possible, that the action is tried in the jurisdiction that has the closest connection with the action and the parties” (*Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, at p. 912).

[39] Teck also argues that to allow the coverage action to proceed in British Columbia raises problems with regard to the enforcement of any judgment obtained in the U.S. Coverage Action. If the U.S. District Court proceeding (which has been temporarily stayed pending the outcome of this appeal) were to conclude first, the resultant judgment would ordinarily be enforceable in Canada. Would the British Columbia court be bound to recognize the judgment, thus effectively nullifying the British Columbia proceeding? Or would recognition of the foreign judgment be precluded on the basis that there is ongoing litigation on the same subject matter in British Columbia? Professor Black and Mr. Swan suggest the availability of three approaches to this problem: (1) a race where the first judgment handed down prevails; (2) an absolute

de compétence antérieure de la Cour de district était un facteur d’une grande importance. Il a toutefois jugé que ce facteur ne saurait prévaloir compte tenu du fait que la Colombie-Britannique était le forum ayant les liens les plus étroits avec Teck et avec les polices et que l’État de Washington, un ressort ayant tout au plus un lien ténu avec les parties et les polices, n’était pas un forum approprié.

[37] Je ne relève aucune erreur dans les motifs ou dans la conclusion du juge en cabinet. Il a tenu compte de tous les facteurs pertinents énumérés à l’art. 11 de la *CJPTA*. Ces facteurs appuient sa décision de refuser de suspendre l’action britanno-colombienne relative à la garantie d’assurance.

[38] Teck soutient qu’un refus de suspendre l’action britanno-colombienne relative à la garantie d’assurance place les parties dans la situation difficile d’avoir à répondre dans deux ressorts différents à des procédures qui concernent la garantie d’assurance. Bien que je sois consciente des difficultés que soulève l’existence de recours parallèles, le souci d’éviter une telle situation ne peut éclipser l’objectif de la règle du *forum non conveniens* qui consiste à « faire en sorte, si possible, que le procès soit instruit dans le ressort qui a les liens les plus étroits avec le litige et les parties » (*Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, p. 912).

[39] Teck soutient également que permettre à l’action britanno-colombienne relative à la garantie d’assurance de suivre son cours en Colombie-Britannique soulève des problèmes quant à l’exécution d’un éventuel jugement dans l’action américaine relative à la garantie d’assurance. Normalement, si l’instance devant la Cour de district (qui est temporairement suspendue en attendant l’issue du présent pourvoi) devait arriver à son terme en premier, le jugement de cette cour serait exécutoire au Canada. Le tribunal de la Colombie-Britannique serait-il tenu de reconnaître le jugement, ce qui reviendrait dans les faits à annuler l’action intentée en Colombie-Britannique? Ou la reconnaissance du jugement étranger serait-elle impossible parce qu’un litige portant sur le même sujet est en cours en Colombie-Britannique? Le professeur Black et

preference for local proceedings; or (3) a middle ground that adopts a general first-to-judgment rule but affords additional defences to enforcement that may be engaged in some circumstances: V. Black and J. Swan, "Concurrent Judicial Jurisdiction: A Race to the Court House or to Judgment?" (2008), 46 *Can. Bus. L.J.* 292.

[40] I do not propose to answer this question, as it was not fully developed in the courts below or before us; nor is the answer necessary in order to dispose of the appeal. As mentioned above, the enforcement issue was disposed of by the chambers judge on the basis that he was satisfied that it was unlikely that Teck would have to resort to execution proceedings in order to obtain satisfaction from the Insurers.

VI. Conclusion

[41] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal, costs to the respondents.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Lawson Lundell, Vancouver.

Solicitors for the respondent Lloyd's Underwriters: Nicholl, Paskell-Mede, Toronto.

Solicitors for the respondent Seaton Insurance Company: Alexander Holburn Beaudin & Lang, Vancouver.

Solicitors for the respondent Lombard General Insurance Co. of Canada: Branch, MacMaster, Vancouver.

M. Swan envisagent trois approches à cet égard : (1) une course à l'issue de laquelle prévaut le jugement rendu en premier; (2) une préférence absolue pour l'instance locale ou (3) un moyen terme consistant à adopter, à titre de règle générale, le jugement rendu en premier tout en prévoyant des moyens de s'opposer à son exécution dans certaines circonstances : V. Black et J. Swan, « Concurrent Judicial Jurisdiction : A Race to the Court House or to Judgment? » (2008), 46 *Rev. can. dr. comm.* 292.

[40] Je n'entends pas répondre à cette question puisqu'elle n'a pas été pleinement débattue devant les tribunaux d'instance inférieure et devant notre Cour et qu'il n'est pas nécessaire de la résoudre pour trancher le pourvoi. Comme je l'ai déjà signalé, le juge en cabinet a considéré la question de l'exécution et il a conclu qu'il était peu probable que Teck ait à recourir à une procédure d'exécution contre les assureurs.

VI. Conclusion

[41] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur des intimés.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Lawson Lundell, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Lloyd's Underwriters : Nicholl, Paskell-Mede, Toronto.

Procureurs de l'intimée Seaton Insurance Company : Alexander Holburn Beaudin & Lang, Vancouver.

Procureurs de l'intimée la Compagnie canadienne d'assurances générales Lombard : Branch, MacMaster, Vancouver.

Minister of Citizenship and Immigration *Appellant*

v.

Sukhvir Singh Khosa *Respondent*

and

Immigration and Refugee Board *Intervener*

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

Neutral citation: 2009 SCC 12.

File No.: 31952.

2008: March 20; 2009: March 6.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Immigration Appeal Division denying special relief on “humanitarian and compassionate grounds” from removal order — Standard of review applicable to Immigration Appeal Division decision — Whether common law of judicial review displaced by s. 18.1 of Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 67(1)(c).

K, a citizen of India, immigrated to Canada with his family in 1996, at the age of 14. In 2002, he was found guilty of criminal negligence causing death and received a conditional sentence of two years less a day. A valid removal order was issued to return him to India.

K appealed the order, but the majority of the Immigration Appeal Division (“IAD”) of the Immigration and Refugee Board, after considering the *Ribic* factors and the evidence, denied “special relief” on humanitarian and compassionate grounds pursuant

* Bastarache J. took no part in the judgment.

Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration *Appelant*

c.

Sukhvir Singh Khosa *Intimé*

et

Commission de l’immigration et du statut de réfugié *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) c. KHOSA

Référence neutre : 2009 CSC 12.

N° du greffe : 31952.

2008 : 20 mars; 2009 : 6 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Refus de la Section d’appel de l’immigration de prendre des mesures spéciales pour des « motifs d’ordre humanitaires » relativement à une mesure de renvoi — Norme de contrôle applicable à la décision de la Section d’appel de l’immigration — L’article 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, écarte-t-il la common law en matière de contrôle judiciaire? — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 67(1)c).

K, un citoyen de l’Inde, a immigré au Canada avec sa famille en 1996, à l’âge de 14 ans. En 2002, il a été déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort et condamné à une peine d’emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour. Une mesure de renvoi valide a été prise contre lui pour l’obliger à retourner en Inde.

K a interjeté appel de la mesure de renvoi, mais la Section d’appel de l’immigration (« SAI ») de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a décidé à la majorité, compte tenu des facteurs énumérés dans *Ribic* et après examen de la preuve, de ne pas

* Le juge Bastarache n’a pas participé au jugement.

to s. 67(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (“IRPA”). A majority of the Federal Court of Appeal applied a “reasonableness” *simpliciter* standard and set aside the IAD decision. It found that the majority of the IAD had some kind of fixation with the fact that the offence was related to street-racing. On the issue of the “possibility of rehabilitation”, the majority of the IAD merely acknowledged the findings of the criminal courts in that regard, which were favourable to K, and did not explain why it came to the contrary conclusion. In the end, that court concluded that the majority of the IAD had acted unreasonably in denying relief.

Held (Fish J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Abella and Charron JJ.: This Court’s decision in *Dunsmuir*, which was released after the decisions of the lower courts in this case, recognized that, with or without a privative clause, a measure of deference has come to be accepted as appropriate where a particular decision has been allocated to administrative decision-makers in matters that relate to their special role, function and expertise. A measure of deference is appropriate whether or not the court has been given the advantage of a statutory direction, explicit or by necessary implication. These general principles of judicial review are not ousted by s. 18.1 of the *Federal Courts Act* which deals essentially with grounds of review of administrative action, not standards of review. [25]

A legislature has the power to specify a standard of review if it manifests a clear intention to do so. However, where the legislative language permits, the court (a) will not interpret grounds of review as standards of review, (b) will apply *Dunsmuir* principles to determine the appropriate approach to judicial review in a particular situation, and (c) will presume the existence of a discretion to grant or withhold relief based in part on *Dunsmuir* including a restrained approach to judicial intervention in administrative matters. [51]

Resort to the flexibility of the general principle of judicial review is all the more essential in the case of a provision like s. 18.1 of the *Federal Courts Act* which is not limited to particular issues before a particular adjudicative tribunal but covers the full galaxy of federal decision-makers who operate in different

prendre de « mesures spéciales » pour des motifs d’ordre humanitaire en application de l’al. 67(1)c) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (« LIPR »). Les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont appliqué la norme de la « décision raisonnable » *simpliciter* et annulé la décision de la SAI. Ils ont conclu que les membres majoritaires de la SAI avaient été quelque peu obnubilés par le fait que l’infraction était reliée à une course de rue. Concernant la « possibilité de réadaptation », les membres majoritaires de la SAI ont simplement pris acte des constats des juridictions pénales, qui étaient favorables à K, sans expliquer pourquoi ils ont tiré la conclusion opposée. En définitive, la cour a conclu que les membres majoritaires de la SAI avaient agi de façon déraisonnable en refusant de prendre des mesures spéciales.

Arrêt (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Abella et Charron : L’arrêt *Dunsmuir* de notre Cour, rendu après les décisions des juridictions inférieures en l’espèce, a reconnu que, sans égard à l’existence d’une clause privative, il est maintenant admis qu’une certaine déférence s’impose lorsqu’une décision particulière a été confiée à un décideur administratif dans les affaires ayant trait à son rôle, à sa fonction et à son expertise. Une certaine déférence est de mise peu importe que la cour ait eu l’avantage de recevoir ou non une directive législative expresse ou nécessairement implicite. Ces principes généraux de contrôle judiciaire ne sont pas délogés par l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* qui traite essentiellement des motifs de contrôle des mesures administratives, et non des normes de contrôle. [25]

Le législateur a le pouvoir de préciser une norme de contrôle en manifestant clairement son intention. Toutefois, si le texte de la loi le permet, les cours de justice a) n’interpréteront pas les motifs de contrôle comme des normes de contrôle; b) appliqueront les principes établis dans *Dunsmuir* pour déterminer comment procéder au contrôle judiciaire dans une situation donnée et c) présumeront l’existence d’un pouvoir discrétionnaire d’accepter ou de refuser d’accorder réparation compte tenu notamment de l’arrêt *Dunsmuir*, y compris de la retenue judiciaire qu’il préconise en matière administrative. [51]

Le recours à la souplesse du droit général en matière de contrôle judiciaire est d’autant plus essentiel dans le cas d’une disposition comme l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* qui ne se limite pas à des questions particulières soumises à un tribunal administratif précis, mais vise toute la pléiade des décideurs fédéraux

decision-making environments under different statutes with distinct grants of decision-making powers. [28] [33]

The language of s. 18.1 generally sets out threshold grounds which permit but do not require the court to grant relief. Despite a difference in the meaning of the English and French versions in the relevant language of s. 18.1(4), the provision should be interpreted to permit a court to exercise its discretion in matters of remedy depending on the court's appreciation of the respective roles of the courts and the administration as well as the circumstances of each case. The discretion must be exercised judicially, but the appropriate judicial basis for its exercise includes the general principles dealt with in *Dunsmuir*. [36]

Dunsmuir establishes that there are now only two standards of review: correctness and reasonableness. No authority was cited suggesting that a "correctness" standard of review is appropriate for IAD decisions under s. 67(1)(c) of the *IRPA*, and the relevant factors in a standard of review inquiry point to a reasonableness standard. These factors include: (1) the presence of a privative clause; (2) the purpose of the IAD as determined by its enabling legislation — the IAD determines a wide range of appeals under the *IRPA* and its decisions are reviewable only if the Federal Court grants leave to commence judicial review; (3) the nature of the question at issue before the IAD — Parliament has provided in s. 67(1)(c) a power to grant exceptional relief and this provision calls for a fact-dependent and policy-driven assessment by the IAD itself; and (4) the expertise of the IAD dealing with immigration policy. These factors must be considered as a whole, bearing in mind that not all factors will necessarily be relevant for every single case. [53-57]

Where, as here, the reasonableness standard applies, it requires deference. Reviewing courts ought not to reweigh the evidence or substitute their own appreciation of the appropriate solution, but must rather determine if the outcome falls within a range of reasonable outcomes. In this case, the question whether K had established "sufficient humanitarian and compassionate considerations" to warrant relief from his removal order was a decision which Parliament confided to the IAD, not to the courts. [4] [59]

The IAD reasons, both the majority and dissent, disclose with clarity the considerations in support of both points of view, and the reasons for the disagreement

exerçant dans des contextes décisionnels variés les pouvoirs distincts qui leur sont conférés par des lois particulières. [28] [33]

L'article 18.1 énonce en termes généraux les motifs qui autorisent la cour à prendre une mesure, sans lui en imposer l'obligation. Malgré les sens différents des termes pertinents des versions française et anglaise du par. 18.1(4), cette disposition doit recevoir une interprétation qui permet à la cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de réparation, en fonction de son appréciation des rôles respectifs des cours de justice et des organismes administratifs ainsi que des circonstances de chaque cas. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé judiciairement, mais le fondement judiciaire de son exercice inclut les principes généraux traités dans *Dunsmuir*. [36]

Dunsmuir établit qu'il n'existe désormais que deux normes de contrôle : la norme de la décision correcte et celle de la décision raisonnable. On n'a mentionné aucun précédent qui donnerait à croire que la norme de la « décision correcte » est celle qu'il convient d'appliquer aux décisions rendues par la SAI en vertu de l'al. 67(1)c) de la *LIPR*, et les facteurs de détermination de la norme de contrôle font ressortir la norme de la raisonabilité. Ces facteurs incluent : (1) l'existence d'une clause privative; (2) la raison d'être de la SAI suivant sa loi habilitante — la SAI tranche des appels très variés sous le régime de la *LIPR* et ses décisions ne sont susceptibles de contrôle que sur autorisation de la Cour fédérale; (3) la nature de la question en cause devant la SAI — le législateur a prévu un pouvoir de prendre des mesures exceptionnelles à l'al. 67(1)c) et cette disposition exige que la SAI procède elle-même à une évaluation liée aux faits et guidée par des considérations de politique; et (4) l'expertise de la SAI en ce qui concerne la politique d'immigration. Il faut considérer ces facteurs globalement, en gardant à l'esprit qu'ils ne seront pas nécessairement tous pertinents dans tous les cas. [53-57]

Lorsque la norme de la raisonabilité s'applique, comme en l'espèce, elle commande la déférence. Les cours de révision ne peuvent soupeser à nouveau la preuve ni substituer la solution qu'elles jugent elles-mêmes appropriée à celle qui a été retenue, mais doivent plutôt déterminer si celle-ci fait partie des issues possibles acceptables. En l'occurrence, c'est à la SAI et non aux tribunaux judiciaires que le législateur avait confié la tâche de déterminer si K avait établi l'existence de « motifs d'ordre humanitaire justifiant » la levée de la mesure de renvoi le concernant. [4] [59]

Tant les motifs des membres majoritaires de la SAI que ceux de la membre dissidente indiquent clairement les considérations à l'appui de leurs deux points de vue et

as to outcome. At the factual level, the IAD divided in large part over differing interpretations of K's expression of remorse. This is the sort of factual dispute which should be resolved by the IAD not the courts. The majority considered each of the *Ribic* factors, reviewed the evidence and decided that, in the circumstances of this case, discretionary relief should be refused. While the findings of the criminal courts on the seriousness of the offence and possibility of rehabilitation (the first and second of the *Ribic* factors), were properly noted, the IAD had a mandate different from that of the criminal courts. The issue before it was not the potential for rehabilitation for purposes of sentencing, but rather whether the prospects for rehabilitation were such that, alone or in combination with other relevant factors, they warranted special discretionary relief from a valid removal order. The IAD was required to reach its own conclusions based on its own appreciation of the evidence and it did so. [64-66]

In light of the deference properly owed to the IAD under s. 67(1)(c) of the *IRPA*, there was no proper basis for the Federal Court of Appeal to interfere with the IAD decision to refuse special relief in this case. It cannot be said that this decision fell outside the range of reasonable outcomes. [60] [67]

Per Rothstein J.: Where a legislature has expressly or impliedly provided for standards of review, courts must follow that legislative intent, subject to any constitutional challenge. With respect to s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, the language of para. (d) makes clear that findings of fact are to be reviewed on a highly deferential standard. Courts are only to interfere with a decision based on erroneous findings of fact where the federal board, commission or other tribunal's factual finding was "made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it". By contrast with para. (d), there is no suggestion that courts should defer in reviewing a question that raises any of the other criteria in s. 18.1(4). Where Parliament intended a deferential standard of review in s. 18.1(4), it used clear and unambiguous language, as it has in para. (d) regarding facts. The necessary implication is that where Parliament did not provide for deferential review, it intended the reviewing court to apply a correctness standard as it does in the regular appellate context. [70] [72] [113] [117]

les raisons de leur désaccord quant à l'issue. Pour ce qui est des faits, la SAI était principalement divisée quant à l'interprétation de l'expression de remords par K. C'est le genre de litige factuel qui doit être tranché par la SAI et non par les tribunaux judiciaires. Les membres majoritaires ont pris en considération chacun des facteurs énoncés dans *Ribic*, examiné la preuve et décidé que, dans les circonstances, il n'y avait pas lieu d'accorder réparation. Bien que la SAI ait dûment pris acte des constats des juridictions pénales sur la gravité de l'infraction et la possibilité de réadaptation (le premier et le deuxième facteurs énoncés dans *Ribic*), le mandat de la SAI diffère de celui des juridictions pénales. Elle ne devait pas apprécier les possibilités de réadaptation pour les besoins de la détermination de la peine, mais déterminer plutôt si ses possibilités de réadaptation étaient telles que, seules ou combinées à d'autres facteurs pertinents, elles justifiaient la prise de mesures spéciales relativement à une mesure de renvoi valide. La SAI devait tirer ses propres conclusions fondées sur sa propre appréciation de la preuve et c'est ce qu'elle a fait. [64-66]

Vu la déférence dont il faut à juste titre faire preuve envers les décisions rendues par la SAI en vertu de l'al. 67(1)c) de la *LIPR*, rien ne permettait à la Cour d'appel fédérale d'annuler le refus de la SAI de prendre des mesures spéciales en l'espèce. Il est impossible d'affirmer que cette décision ne faisait pas partie de la gamme des issues raisonnables. [60] [67]

Le juge Rothstein : Dans les cas où le législateur a expressément ou implicitement prévu les normes de contrôle applicables, les cours de justice doivent respecter l'intention du législateur, sous réserve des questions touchant la constitutionnalité. En ce qui concerne le par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, il ressort clairement du libellé de l'al. d) que la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait appelle un degré élevé de déférence. Les tribunaux judiciaires ne doivent intervenir à l'égard de la décision d'un office fédéral fondée sur une conclusion de fait erronée que si cette conclusion a été « tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose ». Contrairement à l'al. d), les autres dispositions du par. 18.1(4) n'indiquent pas que les tribunaux judiciaires devraient appliquer une norme de contrôle empreinte de déférence pour l'examen des critères qui y sont énoncés. Lorsqu'il a voulu imposer une norme de contrôle empreinte de déférence au par. 18.1(4), le législateur a utilisé des termes clairs et non équivoques comme il l'a fait à l'al. d) concernant les questions de fait. Il faut nécessairement en déduire que, dans les cas où le législateur n'a pas prévu une norme empreinte de déférence, il voulait que la cour de révision applique la norme de la décision correcte, comme elle le fait normalement en appel. [70] [72] [113] [117]

While recourse to the common law is appropriate where Parliament has employed common law terms or principles without sufficiently defining them, it is not appropriate where the legislative scheme or provisions expressly or implicitly ousts the relevant common law analysis as is the case with s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act*. Courts must give effect to the legislature's words and cannot superimpose on them a duplicative common law analysis. The *Dunsmuir* standard of review should be confined to cases in which there is a strong privative clause. Excepting such cases, it does not apply to s. 18.1(4). The application of *Dunsmuir* outside the strong privative clause context marks a departure from the conceptual and jurisprudential origins of the standard of review analysis. [70] [74] [106] [136]

The deference approach emerged as a means of reconciling Parliament's intent to immunize certain administrative decisions from review with the supervisory role of courts in a rule of law system. The creation of expert administrative decision-makers evidenced a legislative intent to displace or bypass the courts as primary adjudicators in a number of areas, but it was only with the enactment of privative clauses, which marked the area of tribunal expertise that the legislature was satisfied warranted deference, that a legislature indicated an intent to oust, or at the very least restrict, the court's review role. Whereas tribunal expertise was a compelling rationale for imposing a privative clause, it was not a free-standing basis for deference. The approach of judicially imputing expertise which followed, even on questions of law, was a departure from earlier jurisprudence that relied on privative clauses as the manifest signal of the legislature's recognition of relative tribunal expertise. [79] [82-84] [87]

There is no dispute that reviewing courts, whether in the appellate or judicial review contexts, should show deference to lower courts and administrative decision-makers on questions of fact and on questions involving mixed fact and law, where a legal issue cannot be extricated from a factual or policy finding. However, where a legal issue can be extricated from a factual or policy inquiry, it is inappropriate to presume deference where Parliament has not indicated this via a privative clause. It is not for the court to impute tribunal expertise on legal questions, absent a privative clause and, in doing

Bien qu'il convienne d'avoir recours à la common law dans les cas où le législateur a utilisé des expressions ou des principes de common law sans les définir adéquatement, il ne convient pas d'y avoir recours lorsque le régime législatif ou les dispositions législatives écartent, expressément ou implicitement, l'analyse applicable en common law, comme le fait le par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Les cours de justice doivent donner effet au libellé de la loi et ne peuvent y superposer une analyse en common law qui fait double emploi. L'analyse de la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir* devrait s'appliquer uniquement en présence d'une clause privative rigoureuse. En l'absence d'une telle clause, elle ne s'applique pas dans le contexte du par. 18.1(4). L'application de l'arrêt *Dunsmuir* en dehors du contexte d'une clause privative rigoureuse marque une rupture avec les origines conceptuelle et jurisprudentielle de l'analyse relative à la norme de contrôle. [70] [74] [106] [136]

La déférence est apparue comme un moyen de concilier l'intention du législateur de soustraire certaines décisions administratives au contrôle judiciaire et le pouvoir de surveillance des tribunaux judiciaires dans un système fondé sur la primauté du droit. La création de décideurs administratifs spécialisés témoigne de l'intention du législateur de remplacer les cours de justice ou de les déloger en tant que principaux décideurs dans plusieurs domaines, mais ce n'est qu'en édictant des clauses privatives, précisant le domaine de spécialisation du tribunal qui commande la déférence aux yeux du législateur, que le législateur a manifesté son intention d'écartier, ou à tout le moins de restreindre, le rôle de contrôle des tribunaux judiciaires. Même si l'expertise du tribunal constituait un motif impérieux d'imposer une clause privative, il ne s'agissait pas d'un motif indépendant justifiant en soi la déférence. En attribuant en conséquence une expertise au tribunal, même à l'égard de questions de droit, la Cour a rompu avec la jurisprudence antérieure qui s'appuyait sur les clauses privatives comme indication manifeste de la reconnaissance de l'expertise relative du tribunal administratif par le législateur. [79] [82-84] [87]

Nul ne conteste que, dans le cadre d'un appel ou d'un contrôle judiciaire, les cours de révision devraient faire preuve de déférence à l'égard des décisions rendues par les juridictions de première instance et les organismes administratifs sur des questions de fait et des questions mixtes de fait et de droit, lorsque la question de droit ne peut être isolée des conclusions sur les questions de fait ou de politique. Cependant, s'il est possible de dégauger la question de droit de l'examen des questions de fait ou de politique, la déférence ne saurait se présumer lorsque le législateur n'a pas donné d'indication en

so, assume the role of the legislature to determine when deference is or is not owed. Recognizing expertise as a free-standing basis for deference on questions that reviewing courts are normally considered to be expert on departs from the search for legislative intent that governs this area. [89-93]

Concerns regarding the rigidity of the legislated standards are misplaced. A review of the *Federal Courts Act* makes clear that the focus of the analysis should be on the nature of the question under review and not on the type of administrative decision-maker. Even given this legislative focus on the nature of the question under review, not all administrative decision-makers will be subject to the same standards of review. Where a decision-maker's enabling statute purports to preclude judicial review on some or all questions through a privative clause, deference will apply and a *Dunsmuir* standard of review analysis will be conducted. [109-110]

Section 18.1(4) confers on the Federal Courts the discretion to grant or deny relief in judicial review. The remedial discretion in s. 18.1(4) goes to the question of withholding relief, not the review itself. The traditional common law discretion to refuse relief on judicial review concerns the parties' conduct, any undue delay and the existence of alternative remedies which is wholly distinct from the common law of standard of review analysis. Reliance upon this discretion contained in s. 18.1(4) to support the view that it opens the door to the *Dunsmuir* standard of review analysis is inappropriate. [131] [135-136]

The IAD's decision not to grant relief in this case should be upheld. The application of the *Ribic* factors to the case before it and its exercise of discretion is fact-based. The IAD's factual findings were not perverse or capricious and were not made without regard to the evidence. [137]

Per Deschamps J.: There is agreement with Rothstein J. that since s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act* sets legislated standards of review, those standards oust the common law. [138]

ce sens en édictant une clause privative. Il n'appartient pas à la cour d'attribuer au tribunal administratif une expertise sur des questions de droit en l'absence d'une clause privative et, ce faisant, de déterminer à la place du législateur les circonstances qui commandent ou non la déférence. En reconnaissant l'expertise comme motif indépendant justifiant en soi la déférence à l'égard des questions normalement considérées comme du ressort des cours de révision, on s'écarte de la recherche de l'intention du législateur, qui est déterminante dans ce domaine. [89-93]

Les préoccupations concernant la rigidité des normes légales ne sont pas fondées. Il ressort d'un examen de la *Loi sur les Cours fédérales* que le législateur voulait que l'accent soit mis sur la nature de la question examinée plutôt que sur la nature du décideur administratif. Malgré l'accent mis par le législateur sur le type de question examinée, les décideurs administratifs ne sont toujours pas tous assujettis aux mêmes normes de contrôle. Dans les cas où la loi habilitante du décideur comporte une clause privative destinée à empêcher le contrôle judiciaire de certaines questions, ou de toutes les questions, la déférence sera de mise et l'analyse relative à la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir* sera effectuée. [109-110]

Le paragraphe 18.1(4) confère aux Cours fédérales le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser d'accorder réparation dans le cadre du contrôle judiciaire. Le pouvoir discrétionnaire de réparation prévu au par. 18.1(4) porte sur le refus de prendre des mesures, et non sur le contrôle comme tel. Le pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder réparation dans le cadre du contrôle judiciaire a traditionnellement été exercé en fonction de la conduite des parties, d'un retard excessif et de l'existence d'autres recours possibles, un fondement qui n'a absolument aucun lien avec l'analyse relative à la norme de contrôle en common law. C'est faire fausse route que de s'appuyer sur le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 18.1(4) pour affirmer qu'il permet l'analyse relative à la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir*. [131] [135-136]

La décision de la SAI de ne pas accorder réparation en l'espèce doit être confirmée. L'application des facteurs énoncés dans *Ribic* au cas dont elle était saisie et l'exercice de son pouvoir discrétionnaire relevaient des faits. La SAI n'a pas tiré ses conclusions de fait de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont elle disposait. [137]

La juge Deschamps : Il y a accord avec le juge Rothstein pour dire que, puisque le par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales* établit des normes de contrôle légales, ces normes écartent la common law. [138]

Per Fish J. (dissenting): The standard of review applicable is “reasonableness”, and the IAD’s decision does not survive judicial scrutiny under that standard. The IAD’s task was to look to “all the circumstances of the case” in order to determine whether “sufficient humanitarian and compassionate considerations” existed to warrant relief from a removal order. The IAD placed the greatest weight on three factors: K’s remorse, rehabilitation, and likelihood of reoffence. Despite abundant evidence that K was extremely unlikely to reoffend and had taken responsibility for his actions, the IAD focussed on a single fact — K’s denial that he was “street racing” — and based its refusal to grant relief largely on that fact alone. While K’s denial may well evidence some “lack of insight”, it cannot be said to contradict — still less to outweigh, on a balance of probabilities — all of the evidence in his favour on the issues of remorse, rehabilitation and likelihood of reoffence. The IAD’s cursory treatment of the sentencing judge’s favourable findings on remorse and the risk of recidivism are particularly troubling. While a criminal court’s findings are not necessarily binding upon an administrative tribunal with a distinct statutory purpose and a different evidentiary record, it was incumbent upon the IAD to consider those findings and to explain the basis of its disagreement with the sentencing judge’s decision. K’s denial of street racing is, at best, of little probative significance in determining his remorse, rehabilitation and likelihood of reoffence. The IAD’s conclusion that there was “insufficient evidence” upon which a determination could be made that K does not represent a risk to the public is not only incorrect, but unreasonable. Decisions of the IAD are entitled to deference, but deference ends where unreasonableness begins. [139-140] [145] [147] [149-151] [153-154] [160]

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **distinguished:** *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779; **referred to:** *R. v. Khosa*, 2003 BCCA 645, 190 B.C.A.C. 42; *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121;

Le juge Fish (dissent) : La norme de contrôle applicable est celle de la « décision raisonnable » et la décision de la SAI ne résiste pas à un examen judiciaire effectué suivant cette norme. La SAI devait examiner « les autres circonstances de l’affaire » pour décider s’il existait « des motifs d’ordre humanitaire justifiant » qu’elle accueille l’appel contre une mesure de renvoi. La SAI a attaché énormément d’importance à trois facteurs : les remords de K, sa possibilité de réadaptation et son risque de récidive. Malgré une abondante preuve démontrant qu’il était extrêmement improbable que K récidive et qu’il avait accepté la responsabilité de ses actes, la SAI s’est concentrée sur un fait unique — le déni par K de sa participation à une « course de rue » — et a fondé en grande partie son refus d’accorder réparation sur ce seul fait. Le déni de K peut certes indiquer qu’il « ne saisit pas bien toute la portée de sa conduite », mais on ne peut affirmer qu’il contredit — et encore moins qu’il surpasse, selon la prépondérance des probabilités — tous les éléments de preuve en sa faveur concernant ses remords, sa réadaptation et son risque de récidive. Le traitement superficiel réservé par la SAI aux conclusions favorables de la juge qui a prononcé la sentence concernant les remords et le risque de récidive de K est particulièrement préoccupant. Les conclusions des cours criminelles ne lient pas nécessairement un tribunal administratif qui a une finalité distincte définie par la loi et dispose d’une preuve assujettie à des règles différentes, mais la SAI avait l’obligation de tenir compte de ces conclusions et d’expliquer pourquoi elle n’adhérait pas à la décision de la juge chargée de la détermination de la peine. Le refus de K de reconnaître sa participation à une course de rue n’a, au mieux, qu’une faible valeur probante relativement à ses remords, à sa réadaptation et à son risque de récidive. La conclusion de la SAI qu’il y a « trop peu de preuve » qui permettrait de conclure que K ne représente pas un risque pour le public n’est pas simplement incorrecte, mais déraisonnable. Les décisions de la SAI commandent la déférence, mais la déférence s’arrête là où commence la déraisonnabilité. [139-140] [145] [147] [149-151] [153-154] [160]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **distinction d’avec l’arrêt :** *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779; **arrêts mentionnés :** *R. c. Khosa*, 2003 BCCA 645, 190 B.C.A.C. 42; *Ribic c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84; *Roncarelli c.*

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528; *Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 SCC 7, [2006] 1 S.C.R. 326; *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; *Howarth v. National Parole Board*, [1976] 1 S.C.R. 453; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Canada v. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 F.C.R. 287; *Devinat v. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 F.C. 212; *Thanabalasingham v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 14, 263 D.L.R. (4th) 51; *Charette v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2003 FCA 426, 29 C.P.R. (4th) 1; *Pal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 24 Admin. L.R. (2d) 68; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

By Rothstein J.

Not followed: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; **applied:** *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779; **considered:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **discussed:** *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; **referred to:** *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Canadian Union of*

Duplessis, [1959] R.C.S. 121; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528; *Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326; *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; *Howarth c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287; *Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 C.F. 212; *Thanabalasingham c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 14, 263 D.L.R. (4th) 51; *Charette c. Canada (Commissioner of Competition)*, 2003 FCA 426, 29 C.P.R. (4th) 1; *Pal c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 24 Admin. L.R. (2d) 68; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

Cité par le juge Rothstein

Arrêt non suivi : *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; **arrêt appliqué :** *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779; **arrêt examiné :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêt analysé :** *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; **arrêts mentionnés :** *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554;

Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp., [1979] 2 S.C.R. 227; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100; *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84.

By Fish J. (dissenting)

Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84; *R. v. Khosa*, 2003 BCSC 221, [2003] B.C.J. No. 280 (QL); *R. v. Khosa*, 2003 BCCA 644, 190 B.C.A.C. 23.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, ss. 58, 59.
Back to School Act, 1998, S.O. 1998, c. 13, s. 18(3).
Canada Agricultural Products Act, R.S.C. 1985, c. 20 (4th Supp.), s. 10(1.1).
Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 22(1).
Certified General Accountants Act, C.C.S.M., c. C46, s. 22(2).
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, s. 846.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 147(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672, 672.38, 672.54, 672.78.
Education Labour Relations Act, R.S.Y. 2002, c. 62, s. 95(1).
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 115(2).
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2, 18, 18.1.
Gaming Control Act, C.C.S.M., c. G5, s. 45(2).
Health Professions Act, S.Y. 2003, c. 24, s. 29.
Human Rights Code, C.C.S.M., c. H175, s. 50(1).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(h), 36(1)(a), 63, 67(1)(c), 72, 162(1).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 11.

Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84.

Citée par le juge Fish (dissident)

Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84; *R. c. Khosa*, 2003 BCSC 221, [2003] B.C.J. No. 280 (QL); *R. c. Khosa*, 2003 BCCA 644, 190 B.C.A.C. 23.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 58, 59.
Code canadien du travail, L.R.C. 1985, ch. L-2, art. 22(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672, 672.38, 672.54, 672.78.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 846.
Code des droits de la personne, C.P.L.M., ch. H175, art. 50(1).
Judicial Review Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-3, art. 4(1).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 11.
Loi de 1998 sur le retour à l'école, L.O. 1998, ch. 13, art. 18(3).
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 115(2).
Loi sur l'hygiène et la sécurité au travail, L.N.-B. 1983, ch. O-0.2, art. 26(5).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(h), 36(1)(a), 63, 67(1)(c), 72, 162(1).
Loi sur la Commission de régie du jeu, C.P.L.M., ch. G5, art. 45(2).

Judicial Review Act, R.S.P.E.I. 1988, c. J-3, s. 4(1).
Judicial Review Procedure Act, R.S.O. 1990, c. J.1, s. 2.
Liquor Act, R.S.Y. 2002, c. 140, s. 118(1).
Occupational Health and Safety Act, S.N.B. 1983, c. O-0.2, s. 26(5).
Rehabilitation Services Act, R.S.Y. 2002, c. 196, s. 7.
Residential Tenancies Act, S.N.B. 1975, c. R-10.2, s. 27(1).
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6, s. 47.1(3).
Urban and Rural Planning Act, 2000, S.N.L. 2000, c. U-8, s. 46(1).
Youth Protection Act, R.S.Q., c. P-34.1, s. 74.2.

Loi sur la location de locaux d'habitation, L.N.-B. 1975, ch. R-10.2, art. 27(1).
Loi sur la procédure de révision judiciaire, L.R.O. 1990, ch. J.1, art. 2.
Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 74.2.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 147(1).
Loi sur les boissons alcoolisées, L.R.Y. 2002, ch. 140, art. 118(1).
Loi sur les comptables généraux accrédités, C.P.L.M., ch. C46, art. 22(2).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 2, 18, 18.1.
Loi sur les produits agricoles au Canada, L.R.C. 1985, ch. 20 (4^e suppl.), art. 10(1.1).
Loi sur les professions de la santé, L.Y. 2003, ch. 24, art. 29.
Loi sur les relations de travail dans le secteur de l'éducation, L.R.Y. 2002, ch. 62, art. 95(1).
Loi sur les services de réadaptation, L.R.Y. 2002, ch. 196, art. 7.
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, ch. T-6, art. 47.1(3).
Urban and Rural Planning Act, 2000, S.N.L. 2000, ch. U-8, art. 46(1).

Authors Cited

Bastarache, Michel, et al. *The Law of Bilingual Interpretation*. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.
 Bogart, W. A. "The Tools of the Administrative State and the Regulatory Mix", in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto: Emond Montgomery, 2008, 25.
 British Columbia. Legislative Assembly. *Debates of the Legislative Assembly*, 5th Sess., 37th Parl., May 18, 2004, p. 11193.
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2008).
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 26, 2nd Sess., 28th Parl., May 7, 1970, pp. 25-26.
 Charney, Richard J., and Thomas E. F. Brady. *Judicial Review in Labour Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated 2008, release 11).
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. London: Macmillan, 1959.
 Dyzenhaus, David. "Disobeying Parliament? Privative Clauses and the Rule of Law", in Richard W. Bauman and Tsvi Kahana, eds., *The Least Examined Branch*:

Doctrine citée

Bastarache, Michel, et al. *The Law of Bilingual Interpretation*. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.
 Bogart, W. A. « The Tools of the Administrative State and the Regulatory Mix », in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto : Emond Montgomery, 2008, 25.
 British Columbia. Legislative Assembly. *Debates of the Legislative Assembly*, 5th Sess., 37th Parl., May 18, 2004, p. 11193.
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2008).
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, n^o 26, 2^e sess., 28^e lég., 7 mai 1970, p. 25-26.
 Charney, Richard J., and Thomas E. F. Brady. *Judicial Review in Labour Law*. Aurora. Ont. : Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated 2008, release 11).
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
 Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. London : Macmillan, 1959.
 Dyzenhaus, David. « Disobeying Parliament? Privative Clauses and the Rule of Law », in Richard W. Bauman and Tsvi Kahana, eds., *The Least Examined Branch* :

- The Role of Legislatures in the Constitutional State*. New York: Cambridge University Press, 2006, 499.
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, rev. ed. New Haven: Yale University Press, 1969.
- Liston, Mary. "Governments in Miniature: The Rule of Law in the Administrative State", in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto: Emond Montgomery, 2008, 77.
- Macklin, Audrey. "Standard of Review: The Pragmatic and Functional Test", in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto: Emond Montgomery, 2008, 197.
- Mullan, David. "*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let's Try Again!" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117.
- Mullan, David J. "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon, 1979.
- Saunders, Brian J., et al. *Federal Courts Practice 2009*. Toronto: Thomson Carswell, 2008.
- Sgayias, David, et al. *Federal Court Practice 1998*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
- Sossin, Lorne. "Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law" (2003), 27 *Advocates' Q.* 478.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- The Role of Legislatures in the Constitutional State*. New York: Cambridge University Press, 2006, 499.
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, rev. ed. New Haven: Yale University Press, 1969.
- Liston, Mary. « Governments in Miniature : The Rule of Law in the Administrative State », in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto : Emond Montgomery, 2008, 77.
- Macklin, Audrey. « Standard of Review : The Pragmatic and Functional Test », in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto : Emond Montgomery, 2008, 197.
- Mullan, David. « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let's Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117.
- Mullan, David J. « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law : Essays on Law and Morality*. Oxford : Clarendon, 1979.
- Saunders, Brian J., et al. *Federal Courts Practice 2009*. Toronto : Thomson Carswell, 2008.
- Sgayias, David, et al. *Federal Court Practice 1998*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997.
- Sossin, Lorne. « Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law » (2003), 27 *Advocates' Q.* 478.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Desjardins, Décary and Malone JJ.A.), 2007 FCA 24, [2007] 4 F.C.R. 332, 276 D.L.R. (4th) 369, 360 N.R. 183, 59 Imm. L.R. (3d) 122, [2007] F.C.J. No. 139 (QL), 2007 CarswellNat 212, setting aside a decision of Lutfy C.J., 2005 FC 1218, 266 F.T.R. 138, 48 Imm. L.R. (3d) 253, [2005] F.C.J. No. 1465 (QL), 2005 CarswellNat 2651, dismissing the application for judicial review of the decision of the Immigration Appeal Division, [2004] I.A.D.D. No. 1268 (QL). Appeal allowed, Fish J. dissenting.

Urszula Kaczmarczyk and Cheryl D. Mitchell, for the appellant.

Garth Barriere and Daniel B. Geller, for the respondent.

Joseph J. Arvay, Q.C., and *Joel M. Rubinoff*, for the interveners.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Desjardins, Décary et Malone), 2007 CAF 24, [2007] 4 R.C.F. 332, 276 D.L.R. (4th) 369, 360 N.R. 183, 59 Imm. L.R. (3d) 122, [2007] A.C.F. n° 139 (QL), 2007 CarswellNat 212, qui a infirmé une décision du juge en chef Lutfy, 2005 CF 1218, 266 F.T.R. 138, 48 Imm. L.R. (3d) 253, [2005] A.C.F. n° 1465 (QL), 2005 CarswellNat 2651, rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de l'immigration, [2004] D.S.A.I. n° 1268 (QL). Pourvoi accueilli, le juge Fish est dissident.

Urszula Kaczmarczyk et Cheryl D. Mitchell, pour l'appelant.

Garth Barriere et Daniel B. Geller, pour l'intimé.

Joseph J. Arvay, c.r., et *Joel M. Rubinoff*, pour l'intervenante.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Abella and Charron JJ. was delivered by

[1] BINNIE J. — At issue in this appeal is the extent to which, if at all, the exercise by judges of statutory powers of judicial review (such as those established by ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7) is governed by the common law principles lately analysed by our Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

[2] The respondent, Khosa, applied unsuccessfully to the Immigration Appeal Division (“IAD”) of the Immigration and Refugee Board to remain in Canada, notwithstanding his conviction for criminal negligence causing death in an automobile street race. A valid removal order had been issued to return him to India. The majority of the IAD did not accept that there were “sufficient humanitarian and compassionate considerations [to] warrant special relief [against the removal order] in light of all the circumstances of the case” within the meaning of s. 67(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“IRPA”). Applying the “patent unreasonableness” standard of review, the judicial review judge at first instance dismissed Khosa’s challenge to the IAD decision. However, applying a “reasonableness” *simpliciter* standard of review, a majority of the Federal Court of Appeal set aside the IAD decision. *Dunsmuir* (decided subsequently to both lower court decisions) did away with the distinction between “patent unreasonableness” and “reasonableness *simpliciter*” and substituted a more context-driven view of “reasonableness” that nevertheless “does not pave the way for a more intrusive review by courts” (para. 48).

[3] The appellant Minister sought leave to appeal to this Court to argue that in any event s. 18.1 of the

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Abella et Charron rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — La question soulevée dans le pourvoi est celle de savoir si, et dans quelle mesure, l’exercice par les juges des pouvoirs de contrôle judiciaire qui leur sont conférés par une loi (comme ceux établis aux art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7) est régi par les principes de common law que notre Cour a récemment analysés dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

[2] L’intimé, M. Khosa, s’est adressé en vain à la Section d’appel de l’immigration (« SAI ») de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié pour obtenir le droit de demeurer au Canada malgré sa déclaration de culpabilité pour négligence criminelle ayant causé la mort par suite d’une course automobile sur une voie publique. Une mesure de renvoi valide avait été prise pour le renvoyer en Inde. Les membres majoritaires de la SAI n’ont pas cru à l’existence de « motifs d’ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l’affaire, la prise de mesures spéciales » contre la mesure de renvoi au sens de l’al. 67(1)c) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« LIPR »). Appliquant la norme de contrôle de la « décision manifestement déraisonnable », le juge saisi de la demande de contrôle judiciaire en première instance a rejeté la contestation par M. Khosa de la décision de la SAI. Toutefois, la Cour d’appel fédérale à la majorité a appliqué la norme de la « décision raisonnable *simpliciter* » et annulé la décision de la SAI. Dans l’arrêt *Dunsmuir* (rendu après le prononcé des décisions des deux juridictions inférieures), la distinction entre le caractère « manifestement déraisonnable » et le caractère « raisonnable *simpliciter* » a été abandonnée pour être remplacée par une conception de la « raisonnabilité » davantage axée sur le contexte et qui, cependant, « n’ouvre pas la voie à une plus grande immixtion judiciaire » (par. 48).

[3] Le ministre a demandé l’autorisation de se pourvoir devant notre Cour pour faire valoir que,

Federal Courts Act establishes a *legislated* standard of review that displaces the common law altogether. On this view, *Dunsmuir* is largely irrelevant to the current appeal. However, it is apparent that while the courts below differed on the choice of the appropriate common law standard of review, neither the judge at first instance nor any of the judges of the appellate court considered the common law of judicial review to be displaced by s. 18.1 of the *Federal Courts Act*. The trial court took the view that s. 18.1 of the *Federal Courts Act* deals essentially with *grounds* of review of administrative action, not *standards* of review, and the Federal Court of Appeal proceeded in the same way. I think this approach is correct although, as will be discussed, s. 18.1(4)(d) does provide legislative guidance as to “the degree of deference” owed to the IAD’s findings of fact.

[4] *Dunsmuir* teaches that judicial review should be less concerned with the formulation of different standards of review and more focussed on substance, particularly on the nature of the issue that was before the administrative tribunal under review. Here, the decision of the IAD required the application of broad policy considerations to the facts as found to be relevant, and weighed for importance, by the IAD itself. The question whether Khosa had shown “sufficient humanitarian and compassionate considerations” to warrant relief from his removal order, which all parties acknowledged to be valid, was a decision which Parliament confided to the IAD, not to the courts. I conclude that on general principles of administrative law, including our Court’s recent decision in *Dunsmuir*, the applications judge was right to give a higher degree of deference to the IAD decision than seemed appropriate to the Federal Court of Appeal majority. In my view, the majority decision of the IAD was within a range of reasonable outcomes and the majority of the Federal Court of Appeal erred in intervening in this case to quash it. The appeal is therefore allowed and the decision of the Immigration Appeal Division is restored.

de toute façon, l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* établit une norme de contrôle *légal* qui écarte totalement la common law. Sous cet angle, l’arrêt *Dunsmuir* ne serait pas vraiment pertinent pour l’examen du présent pourvoi. Pourtant, il est clair que, si les juridictions inférieures ont fait des choix différents quant à la norme de contrôle de common law applicable, ni le juge de première instance ni aucun des juges de la Cour d’appel n’ont considéré que l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* écartait la common law en matière de contrôle judiciaire. Le tribunal de première instance a estimé que cette disposition traite essentiellement des *motifs* de contrôle des mesures administratives, et non des *normes* de contrôle. La Cour d’appel fédérale a adopté le même point de vue. Je pense que cette approche est la bonne, bien que l’al. 18.1(4)d) fournisse, comme nous le verrons, une indication législative du « degré de déférence » applicable aux conclusions de fait de la SAI.

[4] L’arrêt *Dunsmuir* nous enseigne que le contrôle judiciaire devrait accorder moins d’importance à la formulation de différentes normes de contrôle et s’intéresser davantage au fond, en particulier à la nature de la question soumise au tribunal administratif en cause. Pour rendre sa décision en l’espèce, la SAI devait appliquer des considérations de politique générale aux faits dont elle avait elle-même constaté la pertinence et soupesé l’importance. C’est à la SAI et non aux tribunaux judiciaires que le législateur avait confié la tâche de déterminer si M. Khosa avait établi l’existence de « motifs d’ordre humanitaire justifiant » la levée de la mesure de renvoi le concernant, dont toutes les parties reconnaissaient la validité. Je conclus que, selon les principes généraux du droit administratif, y compris le récent arrêt *Dunsmuir* de notre Cour, le juge des requêtes a eu raison de manifester à l’égard de la décision de la SAI une déférence plus grande que celle considérée appropriée par les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale. À mon avis, la décision des membres majoritaires de la SAI faisait partie des issues raisonnables possibles et les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont eu tort d’intervenir pour l’annuler. Le pourvoi est donc accueilli et la décision de la Section d’appel de l’immigration est rétablie.

I. Facts

[5] The respondent, Sukhvir Singh Khosa, is a citizen of India. He immigrated to Canada with his family in 1996, at the age of 14. He has landed immigrant status. During the evening of November 13, 2000, he and an individual named Bahadur Singh Bhalru, drove their respective cars at over 100 kilometres per hour along Marine Drive through a residential and commercial area of Vancouver. At their criminal trial, the court concluded that they were “street racing”. Khosa was prepared to plead guilty to a charge of dangerous driving, but not to the more serious charge of criminal negligence causing death, of which he was eventually convicted. The respondent continued to deny street racing, although he admitted that he was speeding and that his driving behaviour was exceptionally dangerous. On appeal from sentencing, the British Columbia Court of Appeal commented:

... it is significant that the respondents were racing. They were driving at excessive speeds in competition with each other on a major street lined with both commercial and residential properties. They did this at a time when other vehicles and pedestrians reasonably could be expected to be on the roads.

The “spontaneous” nature of the race ... mitigates the severity with which it should be assessed. The race was not planned, did not involve vehicles specifically modified for the purpose of racing, and was of relatively short duration. As unacceptable as the conduct of the respondents was, it represented a reckless error in judgment more than a deliberate endangerment of the public.

(2003 BCCA 645, 190 B.C.A.C. 42, at paras. 33 and 36)

As to the “moral culpability” of the respondent and his co-accused, the Court of Appeal continued:

The Crown concedes that there are several factors which mitigate the moral culpability of the respondents in this case. Mr. Khosa and Mr. Bhalru are both young,

I. Les faits

[5] L’intimé, Sukhvir Singh Khosa, est un citoyen de l’Inde. Il a immigré au Canada avec sa famille en 1996 alors qu’il était âgé de 14 ans. Il a le statut de résident permanent. Le soir du 13 novembre 2000, M. Khosa et une personne du nom de Bahadur Singh Bhalru ont conduit leur automobile respective à plus de 100 kilomètres à l’heure sur Marine Drive dans un secteur résidentiel et commercial de Vancouver. À leur procès criminel, la cour a conclu qu’ils faisaient une « course de rue ». M. Khosa était disposé à plaider coupable à une accusation de conduite dangereuse, mais pas à l’accusation plus grave de négligence criminelle ayant causé la mort, dont il a finalement été déclaré coupable. L’intimé n’a jamais cessé de nier avoir participé à une course de rue, bien qu’il ait admis qu’il roulait vite et que son comportement au volant était exceptionnellement dangereux. Dans le cadre de l’appel relatif à la peine, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a fait l’observation suivante :

[TRADUCTION] ... la participation des intimés à une course est un facteur important. Se livrant à une compétition entre eux, ils roulaient à une vitesse excessive sur une grande artère bordée d’immeubles tant résidentiels que commerciaux. Ils l’ont fait à un moment où il était raisonnable de s’attendre à la présence d’autres véhicules et de piétons.

Le caractère « spontané » de la course doit [...] être pris en compte comme facteur atténuant. La course n’était pas planifiée, ne mettait pas en cause des véhicules modifiés à cette fin et elle a été d’une durée relativement courte. Le comportement des intimés était inacceptable, mais il s’agissait davantage d’une erreur de jugement commise par témérité que de la création délibérée d’un danger pour le public.

(2003 BCCA 645, 190 B.C.A.C. 42, par. 33 et 36)

Quant à la « culpabilité morale » de l’intimé et de son coaccusé, la Cour d’appel a ajouté :

[TRADUCTION] Le ministère public concède que plusieurs facteurs viennent mitiger la culpabilité morale des intimés en l’espèce. M. Khosa et M. Bhalru sont

have no prior criminal record or driving offences, have expressed remorse for the consequences of their conduct, and have favourable prospects for rehabilitation. . . . [para. 38]

[6] The respondent received a conditional sentence of two years less a day. The conditions included house arrest, a driving ban, and community service, all of which were complied with prior to the IAD hearing.

II. Judicial History

A. *Immigration Appeal Division*, [2004] I.A.D.D. No. 1268 (QL)

(1) The Majority

[7] The majority of the IAD recognized (at para. 12) that its discretionary jurisdiction to grant “special relief” on humanitarian and compassionate grounds under s. 67(1)(c) of the *IRPA* should be exercised in light of the factors adopted in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL), and endorsed by this Court in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84, at paras. 40, 41 and 90, namely:

- (1) the seriousness of the offence leading to the removal order;
- (2) the possibility of rehabilitation;
- (3) the length of time spent, and the degree to which the individual facing removal is established, in Canada;
- (4) the family and community support available to the individual facing removal;
- (5) the family in Canada and the dislocation to the family that removal would cause; and

jeunes tous les deux, ils n’ont pas de casier judiciaire et ils n’avaient jamais commis auparavant d’infraction relative à la conduite d’un véhicule; ils ont exprimé des remords pour les conséquences de leurs actes et ils ont de bonnes possibilités de réadaptation. . . [par. 38]

[6] L’intimé a été condamné à une peine d’emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour, assortie de conditions, comprenant l’obligation de demeurer en détention à domicile, une interdiction de conduire et des heures de service communautaire. Au moment de l’audience devant la SAI, il s’était conformé à toutes ces conditions.

II. Historique judiciaire

A. *Section d’appel de l’immigration*, [2004] D.S.A.I. n° 1268 (QL)

(1) La majorité

[7] La SAI à la majorité a reconnu (au par. 12) que, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de prendre des « mesures spéciales » pour des motifs d’ordre humanitaire aux termes de l’al. 67(1)(c) de la *LIPR*, elle devait tenir compte des facteurs établis dans *Ribic c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL), et approuvés par notre Cour dans *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84, par. 40, 41 et 90, à savoir :

- (1) la gravité de l’infraction ayant donné lieu à la mesure de renvoi;
- (2) la possibilité de réadaptation;
- (3) le temps passé au Canada et le degré d’établissement;
- (4) le soutien que peut fournir la famille et la collectivité;
- (5) la présence au Canada de la famille de la personne exposée au renvoi et les bouleversements que son expulsion occasionnerait à sa famille;

(6) the degree of hardship that would be caused to the individual facing removal to his country of nationality.

[8] The majority considered that the last four *Ribic* factors were not particularly compelling for or against relief. As to the first two factors, the offence in question was “extremely serious” (para. 14) and the majority expressed particular concern over Khosa’s refusal to accept without reservation the finding that he had been street racing. The IAD majority considered that this refusal “reflects a lack of insight into his conduct” (para. 15). As to Khosa’s prospects for rehabilitation, the majority decided that there was insufficient evidence upon which to make a finding one way or the other (paras. 15 and 23). However, even if Khosa had good prospects for rehabilitation, “balancing all the relevant factors, . . . the scale does not tip in [Khosa’s] favour” (para. 23). Accordingly, “special relief” was denied.

(2) The Dissent

[9] The dissenting member of the IAD would also have denied the appeal, but she would have stayed the execution of the deportation order pending a further review in three years. She acknowledged the seriousness of the offence for which Khosa was convicted but found that it was mitigated by matters not considered important by the majority. Evidence of remorse and rehabilitation favoured relief. Having regard to the criminal proceedings, she noted that no penitentiary term was considered appropriate. The crime of which Khosa was convicted is not one of intent. There was no evidence of criminal propensity. The race was spontaneous and short. All sentencing conditions had been complied with. In the circumstances, she concluded that relief ought to be granted on humanitarian and compassionate grounds.

(6) l’importance des difficultés que causerait à la personne exposée au renvoi le retour dans son pays de nationalité.

[8] Les membres majoritaires de la SAI ont estimé que les quatre derniers facteurs énoncés dans *Ribic* ne constituaient pas une raison vraiment impérieuse de prendre ou non des mesures. Quant aux deux premiers facteurs, l’infraction en question était « extrêmement grave » (par. 14) et ils se sont dits particulièrement préoccupés par le refus de M. Khosa d’accepter sans réserve la conclusion selon laquelle il avait participé à une course de rue. La SAI à la majorité a jugé que ce refus « dénote que l’appelant ne saisit pas bien toute la portée de sa conduite » (par. 15). En ce qui concerne la possibilité de réadaptation de M. Khosa, les membres majoritaires de la SAI ont jugé qu’il y avait trop peu de preuve qui leur permettrait de conclure dans un sens ou dans l’autre (par. 15 et 23). Toutefois, même si M. Khosa avait une bonne possibilité de réadaptation, « les facteurs pertinents soupesés ne feraient pas pencher la balance en faveur de [M. Khosa] » (par. 23). Les « mesures spéciales » demandées ont donc été refusées.

(2) La dissidence

[9] La membre dissidente de la SAI aurait également rejeté l’appel, mais elle aurait sursis à l’exécution de la mesure de renvoi pendant trois ans, jusqu’à ce que l’affaire soit examinée à nouveau. Elle a reconnu la gravité de l’infraction dont M. Khosa avait été déclaré coupable, mais elle a estimé que cette gravité était atténuée par des facteurs auxquels ses collègues n’avaient pas accordé d’importance. La preuve de remords et la possibilité de réadaptation jouaient en faveur de la prise de mesures. Concernant l’instance criminelle, elle a fait remarquer qu’il avait été jugé à propos de n’infliger aucune peine carcérale à M. Khosa. L’infraction dont M. Khosa a été déclaré coupable n’est pas un crime d’intention. Il n’y avait aucune preuve de prédisposition à la criminalité. La course a été spontanée et de courte durée. Il avait respecté toutes les conditions qui lui avaient été imposées. Vu les circonstances, elle a conclu qu’il y avait lieu de prendre des mesures pour des motifs d’ordre humanitaire.

B. *Federal Court*, 2005 FC 1218, 266 F.T.R. 138

[10] Lutfy C.J. dismissed Khosa's application for judicial review. He found that considerable deference was required, given the broad nature of the discretion vested in the IAD and its expertise in applying *Ribic* factors in appeals under s. 67(1)(c) of the *IRPA*. The appropriate standard of review is patent unreasonableness. Whether or not the IAD majority erred in its appreciation of the evidence in light of the *Ribic* factors is "substantially, if not completely, factual" (para. 29).

[11] Lutfy C.J. said that the crux of Khosa's argument was that the majority of the IAD erred by placing inordinate emphasis on his denial that his admittedly dangerous driving took place in the context of a street race, but the judge declined to reweigh the evidence, saying (at para. 36):

In assessing Mr. Khosa's expression of remorse, they [the majority] chose to place greater weight on his denial that he participated in a "race" than others might have. The IAD conclusion on the issue of remorse appears to differ from that of the criminal courts. The IAD, however, unlike the criminal courts, had the opportunity to assess Mr. Khosa's testimony.

[12] In the result, Lutfy C.J. held that there was no basis for concluding that "the majority opinion is patently unreasonable or, in the words of paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Courts Act*, one which was based on an erroneous finding of fact 'made in a perverse or capricious manner or without regard for the material'" (para. 39).

C. *Federal Court of Appeal*, 2007 FCA 24, [2007] 4 F.C.R. 332

(1) The Majority

[13] Décary J.A. (Malone J.A. concurring) disagreed with Lutfy C.J. on the appropriate standard

B. *Cour fédérale*, 2005 CF 1218, [2005] A.C.F. n° 1465 (QL)

[10] Le juge en chef Lutfy a rejeté la demande de contrôle judiciaire de M. Khosa. Il a conclu qu'une grande déférence s'imposait en raison du vaste pouvoir discrétionnaire conféré à la SAI et de l'expertise de cette dernière dans l'application des facteurs énumérés dans *Ribic* dans le cadre des appels prévus par l'al. 67(1)c) de la *LIPR*. La norme de contrôle applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable. La question de savoir si, au regard des facteurs énoncés dans *Ribic*, les membres majoritaires de la SAI ont commis une erreur dans leur appréciation de la preuve « repose essentiellement, sinon totalement, sur les faits » (par. 29).

[11] Selon le juge en chef Lutfy, l'élément crucial de l'argumentation de M. Khosa était que les membres majoritaires de la SAI avaient commis une erreur en accordant une importance excessive à son refus de reconnaître que sa conduite incontestablement dangereuse se situait dans le contexte d'une course de rue, mais le juge a refusé d'apprécier à nouveau la preuve, affirmant ce qui suit (par. 36) :

Lorsqu'ils [les membres majoritaires] ont apprécié l'expression de remords par M. Khosa, ils ont choisi d'accorder davantage de poids que d'autres ne l'auraient peut-être fait à son déni de participation à une « course ». La conclusion de la SAI sur la question des remords semble différer de celle des cours criminelles. La SAI a toutefois eu l'occasion, ce qui n'a pas été le cas pour les cours criminelles, d'apprécier le témoignage de M. Khosa.

[12] Par conséquent, le juge en chef Lutfy a estimé que rien ne permettait de conclure que « l'avis majoritaire était manifestement déraisonnable ou, selon les termes de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qu'il était fondé sur une conclusion de fait erronée "tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments" dont on disposait » (par. 39).

C. *Cour d'appel fédérale*, 2007 CAF 24, [2007] 4 R.C.F. 332

(1) La majorité

[13] Le juge Décary (avec l'accord du juge Malone) n'a pas souscrit à l'opinion du juge en chef

of review. In his view, the applicable standard was “reasonableness”. Accordingly, “[s]ince the applications Judge applied the wrong standard of review, it is my duty, on appeal, to review the Board’s decision on the correct standard of review, that is, on the standard of reasonableness” (para. 14).

[14] With respect to the second *Ribic* factor, Décary J.A. said that the “possibility of rehabilitation” is a criminal law concept with which the IAD does not have particular expertise. It should be wary of questioning findings of the criminal courts on matters falling squarely within their expertise. The majority “merely acknowledges the findings of the British Columbia courts in that regard, which are favourable to [Khosa], and does not explain why it comes to the contrary conclusion The whole of the evidence with respect to the conduct of [Khosa] after his sentencing undisputedly strengthens the findings of the criminal courts. Yet, the Board ignores that evidence and those findings” (para. 17). As to the “street racing” issue, Décary J.A. said:

It clearly appears from the transcripts of the hearing that the presiding member — who wrote the majority decision — and counsel for the Crown, had some kind of fixation with the fact that the offence was related to street racing, to such a point that the hearing, time and time again, was transformed into a quasi-criminal trial, if not into a new criminal trial. [para. 18]

For these reasons, Décary J.A. concluded that the majority had acted unreasonably.

(2) The Dissent

[15] Desjardins J.A. concluded that the applications judge was right to apply the “patent unreasonableness” standard. She emphasized that the IAD has expertise in applying the *Ribic* factors in

Lutfy sur la norme de contrôle applicable. Selon lui, la norme applicable était celle de la « décision raisonnable ». Par conséquent, « [p]uisque le juge de première instance n’a pas suivi la norme de contrôle applicable, il m’incombe, au stade de l’appel, de me pencher sur la décision de la Commission en appliquant la norme de contrôle applicable, c’est-à-dire celle de la décision raisonnable » (par. 14).

[14] En ce qui concerne le deuxième facteur énoncé dans *Ribic*, le juge Décary a affirmé que la « possibilité de réadaptation » est une notion de droit pénal au sujet de laquelle la SAI ne détient pas de connaissances particulières. Celle-ci doit être réticente à remettre en question les conclusions des juridictions pénales sur des aspects qui relèvent nettement de leur domaine de spécialisation. La majorité « prend simplement acte des constats des tribunaux de la Colombie-Britannique sur ce point, constats qui sont favorables à [M. Khosa], sans expliquer pourquoi elle tire la conclusion opposée [. . .] La totalité de la preuve se rapportant à la conduite de [M. Khosa] après l’imposition de sa peine va incontestablement dans le sens des constats des juridictions pénales. Or, la Commission passe sous silence cette preuve ainsi que ces constats » (par. 17). En ce qui a trait à la question de la « course de rue », le juge Décary a dit ce qui suit :

Il ressort manifestement du procès-verbal de l’audience que le président de l’audience — qui est l’auteur de la décision des membres majoritaires de la SAI — et l’avocat de la Couronne ont été quelque peu obnubilés par le fait que l’infraction se rapportait à une course de rue, à telle enseigne que, à plusieurs reprises, l’audience a pris l’allure d’un procès quasi-pénal, pour ne pas dire d’un nouveau procès pénal. [par. 18]

Pour ces motifs, le juge Décary a conclu que les membres majoritaires avaient agi de façon déraisonnable.

(2) La dissidence

[15] La juge Desjardins a estimé que le juge des requêtes avait eu raison d’appliquer la norme de la « décision manifestement déraisonnable ». Elle a souligné que la SAI possède l’expertise requise

decisions under s. 67(1)(c) of the *IRPA* and that this exercise is “highly fact-based and contextual” (para. 36). Desjardins J.A. also emphasized the broad discretion conferred upon the IAD by s. 67(1)(c) of the *IRPA*. In her view, Lutfy C.J. had made no reviewable error. She would have dismissed the appeal.

III. Relevant Statutory Provisions

[16] *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27

3. (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

. . .

(h) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society;

36. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

67. (1) To allow an appeal, the Immigration Appeal Division must be satisfied that, at the time that the appeal is disposed of,

. . .

(c) other than in the case of an appeal by the Minister, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.

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

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

(2) An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission

pour appliquer les facteurs établis dans *Ribic* dans les affaires régies par l'al. 67(1)(c) de la *LIPR*, et qu'il s'agit d'un exercice « contextuel[1] et fortement tributaire des faits » (par. 36). La juge Desjardins a également insisté sur le large pouvoir discrétionnaire que l'al. 67(1)(c) de la *LIPR* confère à la SAI. À son avis, le juge en chef Lutfy n'avait commis aucune erreur susceptible de contrôle. Elle aurait rejeté l'appel.

III. Les dispositions législatives pertinentes

[16] *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27

3. (1) En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

. . .

h) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

36. (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

67. (1) Il est fait droit à l'appel sur preuve qu'au moment où il en est disposé :

. . .

c) sauf dans le cas de l'appel du ministre, il y a — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — des motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l'affaire, la prise de mesures spéciales.

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

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première

or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.

(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.

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

- (a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;
- (b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;
- (c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;
- (d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;
- (e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or
- (f) acted in any other way that was contrary to law.

(5) If the sole ground for relief established on an application for judicial review is a defect in form or a technical irregularity, the Federal Court may

- (a) refuse the relief if it finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; and
- (b) in the case of a defect in form or a technical irregularity in a decision or an order, make an order validating the decision or order, to have effect from any time and on any terms that it considers appropriate.

communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

(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.

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas :

- a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;
- b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;
- c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;
- d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;
- e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;
- f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

(5) La Cour fédérale peut rejeter toute demande de contrôle judiciaire fondée uniquement sur un vice de forme si elle estime qu'en l'occurrence le vice n'entraîne aucun dommage important ni déni de justice et, le cas échéant, valider la décision ou l'ordonnance entachée du vice et donner effet à celle-ci selon les modalités de temps et autres qu'elle estime indiquées.

IV. Analysis

[17] This appeal provides a good illustration of why the adjustment made by *Dunsmuir* was timely. By switching the standard of review from patent unreasonableness to reasonableness *simpliciter*, the Federal Court of Appeal majority felt empowered to retry the case in important respects, even though the issues to be resolved had to do with immigration policy, not law. Clearly, the majority felt that the IAD disposition was unjust to Khosa. However, Parliament saw fit to confide that particular decision to the IAD, not to the judges.

[18] In cases where the legislature has enacted judicial review legislation, an analysis of that legislation is the first order of business. Our Court had earlier affirmed that, within constitutional limits, Parliament may by legislation specify a particular standard of review: see *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779. Nevertheless, the intended scope of judicial review legislation is to be interpreted in accordance with the usual rule that the terms of a statute are to be read purposefully in light of its text, context and objectives.

[19] Generally speaking, most if not all judicial review statutes are drafted against the background of the common law of judicial review. Even the more comprehensive among them, such as the British Columbia *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, can only sensibly be interpreted in the common law context because, for example, it provides in s. 58(2)(a) that “a finding of fact or law or an exercise of discretion by the tribunal in respect of a matter over which it has exclusive jurisdiction under a privative clause must not be interfered with unless it is patently unreasonable”. The expression “patently unreasonable” did not spring unassisted from the mind of the legislator. It was obviously intended to be understood in the context of the common law jurisprudence, although a

IV. Analyse

[17] Le pourvoi illustre bien pourquoi le changement de cap effectué dans *Dunsmuir* arrivait à point. En substituant la norme de contrôle du raisonnable *simpliciter* à celle du manifestement déraisonnable, les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale se sont crus autorisés à instruire à nouveau d’importants aspects de l’affaire, même si les questions à trancher concernaient la politique d’immigration et non le droit. Ils ont manifestement estimé que la décision de la SAI était injuste envers M. Khosa. Or, le législateur a jugé bon de confier la tâche de rendre cette décision particulière à la SAI, et non aux juges.

[18] Dans les cas où le législateur a édicté des dispositions relatives au contrôle judiciaire, il faut en premier lieu procéder à l’analyse de ces dispositions. Notre Cour avait déjà affirmé que le législateur peut, dans le respect des limites fixées par la Constitution, édicter des textes législatifs établissant une norme de contrôle particulière : voir *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779. Néanmoins, la portée que le législateur a voulu donner aux dispositions législatives relatives au contrôle judiciaire doit être déterminée conformément à la règle habituelle voulant que les termes d’une loi soient interprétés en fonction de leur objet compte tenu du texte, du contexte et des objectifs de la loi.

[19] De façon générale, la plupart des dispositions législatives relatives au contrôle judiciaire, sinon toutes, sont rédigées comme s’inscrivant dans le contexte de la common law en matière de contrôle judiciaire. Même les lois les plus exhaustives, comme l’*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, de la Colombie-Britannique, ne peuvent être interprétées sensément que dans le contexte de la common law parce que, par exemple, l’al. 58(2)a de cette loi prévoit qu’[TRADUCTION] « aucune conclusion de fait ou de droit ni mesure discrétionnaire du tribunal au sujet d’une affaire qui relève de sa compétence exclusive en vertu d’une clause privative ne doit être modifiée à moins d’être manifestement déraisonnable ». Le législateur n’a pas choisi l’expression « manifestement déraisonnable » au

number of *indicia* of patent unreasonableness are given in s. 58(3). Despite *Dunsmuir*, “patent unreasonableness” will live on in British Columbia, but the *content* of the expression, and the precise degree of deference it commands in the diverse circumstances of a large provincial administration, will necessarily continue to be calibrated according to general principles of administrative law. That said, of course, the legislature in s. 58 was and is directing the B.C. courts to afford administrators a high degree of deference on issues of fact, and effect must be given to this clearly expressed legislative intention.

A. *A Difference of Perspective*

[20] As Rand J. commented in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140, “there is always a perspective within which a statute is intended to operate”. This applies to s. 18.1 of the *Federal Courts Act* as much as it does to any other enactment.

[21] My colleague Justice Rothstein adopts the perspective that in the absence of a privative clause or statutory direction to the contrary, express or implied, judicial review under s. 18.1 is to proceed “as it does in the regular appellate context” (para. 117). Rothstein J. writes:

On my reading, where Parliament intended a deferential standard of review in s. 18.1(4), it used clear and unambiguous language. The necessary implication is that where Parliament did not provide for deferential review, it intended the reviewing court to apply a correctness standard as it does in the regular appellate context. [Emphasis added.]

I do not agree that such an implication is either necessary or desirable. My colleague states that

hasard. De toute évidence, il a voulu qu'elle soit interprétée dans le contexte de la jurisprudence de common law, bien qu'un certain nombre d'indices sur le caractère manifestement déraisonnable soient donnés au par. 58(3). Malgré l'arrêt *Dunsmuir*, la norme du « manifestement déraisonnable » subsistera en Colombie-Britannique, mais le *contenu* de cette expression et le degré précis de déférence qu'elle commande dans les divers champs d'action d'une administration provinciale importante continueront nécessairement d'être mesurés à l'aide des principes généraux du droit administratif. Cela dit, l'art. 58 a enjoint et enjoint encore aujourd'hui aux tribunaux de la Colombie-Britannique d'accorder aux décideurs administratifs un degré élevé de déférence sur les questions de fait et il faut donner effet à cette intention clairement exprimée par le législateur.

A. *Une différence de perspective*

[20] Dans *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140, le juge Rand a fait observer : [TRADUCTION] « Une loi doit toujours s'entendre comme s'appliquant dans une certaine optique. » Cela s'applique tant à l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* qu'à toute autre disposition législative.

[21] Selon la perspective qu'adopte mon collègue, le juge Rothstein, en l'absence d'une clause privative ou d'une directive législative contraire, qu'elle soit expresse ou implicite, la cour saisie d'une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'art. 18.1 doit procéder « comme elle le fait normalement en appel » (par. 117). Le juge Rothstein écrit ce qui suit :

Selon moi, lorsqu'il a voulu imposer une norme de contrôle empreinte de déférence au par. 18.1(4), le législateur a utilisé des termes clairs et non équivoques. Il faut nécessairement en déduire que dans les cas où le législateur n'a pas prévu une norme empreinte de déférence, il voulait que la cour de révision applique la norme de la décision correcte, comme elle le fait normalement en appel. [Je souligne.]

À mon avis, une telle déduction n'est ni nécessaire ni souhaitable. Mon collègue affirme que « s'il est

“where a legal question can be extricated from a factual or policy inquiry, it is inappropriate to presume deference where Parliament has not indicated this via a privative clause” (para. 90), citing *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 8 and 13. *Housen*, of course, was a regular appeal in a civil negligence case.

[22] On this view, the reviewing court applies a standard of review of correctness unless otherwise directed to proceed (expressly or by necessary implication) by the legislature.

[23] Rothstein J. writes, at para. 87, that the Court “depart[ed] from the conceptual origin of standard of review” in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557. *Pezim* was a unanimous decision of the Court which deferred to the expertise of a specialized tribunal in the interpretation of provisions of the *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, despite the presence of a right of appeal and the absence of a privative clause.

[24] The conceptual underpinning of the law of judicial review was “further blurred”, my colleague writes, by *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, which treated the privative clause “simply as one of several factors in the calibration of deference (standard of review)” (para. 92). In my colleague’s view, “[i]t is not for the court to impute tribunal expertise on legal questions, absent a privative clause and, in doing so, assume the role of the legislature to determine when deference is or is not owed” (para. 91).

[25] I do not share Rothstein J.’s view that absent statutory direction, explicit or by necessary implication, no deference is owed to administrative decision-makers in matters that relate to their

possible de dégager la question de droit de l’examen des questions de fait ou de politique, la déférence ne saurait se présumer lorsque le législateur n’a pas donné d’indication en ce sens en édictant une clause privative » (par. 90), et cite *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8 et 13. Il s’agissait évidemment, dans *Housen*, d’un appel normal dans une poursuite civile pour négligence.

[22] Selon ce raisonnement, la cour de révision applique la norme de contrôle de la décision correcte à moins que le législateur ait indiqué (expressément ou par déduction nécessaire) une autre façon de procéder.

[23] Le juge Rothstein explique, au par. 87, qu’une « rupture avec l’origine conceptuelle de la norme de contrôle » s’est produite dans l’arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557. *Pezim* est une décision unanime dans laquelle la Cour s’en est remise à l’expertise d’un tribunal administratif spécialisé quant à l’interprétation des dispositions de la *Securities Act*, S.B.C. 1985, ch. 83, en dépit de l’existence d’un droit d’appel et de l’absence de clause privative.

[24] Le juge Rothstein écrit aussi que la base conceptuelle du droit relatif au contrôle judiciaire s’est « estompée encore davantage » dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, dans lequel la Cour a considéré simplement la clause privative comme « l’un des multiples facteurs à prendre en considération pour déterminer le degré de déférence (la norme de contrôle) qui s’imposait » (par. 92). À son avis, « [i]l n’appartient pas à la cour d’attribuer au tribunal administratif une expertise sur des questions de droit en l’absence d’une clause privative et, ce faisant, de déterminer à la place du législateur les circonstances qui commandent ou non la déférence » (par. 91).

[25] Je ne partage pas l’opinion du juge Rothstein selon laquelle, en l’absence d’une directive législative expresse ou nécessairement implicite, la cour de révision n’a pas à faire preuve de déférence à

special role, function and expertise. *Dunsmuir* recognized that with or without a privative clause, a measure of deference has come to be accepted as appropriate where a particular decision had been allocated to an administrative decision-maker rather than to the courts. This deference extended not only to facts and policy but to a tribunal's interpretation of its constitutive statute and related enactments because "there might be multiple valid interpretations of a statutory provision or answers to a legal dispute and that courts ought not to interfere where the tribunal's decision is rationally supported" (*Dunsmuir*, at para. 41). A policy of deference "recognizes the reality that, in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime" (*Dunsmuir*, at para. 49, quoting Professor David J. Mullan, "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93). Moreover, "[d]eference may also be warranted where an administrative tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context" (*Dunsmuir*, at para. 54).

[26] *Dunsmuir* stands against the idea that in the absence of express statutory language or necessary implication, a reviewing court is "to apply a correctness standard as it does in the regular appellate context" (Rothstein J., at para. 117). *Pezim* has been cited and applied in numerous cases over the last 15 years. Its teaching is reflected in *Dunsmuir*. With respect, I would reject my colleague's effort to roll back the *Dunsmuir* clock to an era where some courts asserted a level of skill and knowledge in administrative matters which further experience showed they did not possess.

l'endroit d'un décideur administratif dans les affaires ayant trait au rôle, à la fonction et à l'expertise propres à ce décideur. Dans *Dunsmuir*, notre Cour a reconnu que, sans égard à l'existence d'une clause privative, il est maintenant admis qu'une certaine déférence s'impose lorsqu'une décision particulière a été confiée à un décideur administratif plutôt qu'aux tribunaux judiciaires. Cette déférence s'étend non seulement aux questions touchant aux faits et à la politique, mais aussi à l'interprétation, par le tribunal administratif, de sa loi constitutive et des dispositions législatives connexes étant donné « qu'une disposition législative peut donner lieu à plus d'une interprétation valable, et un litige, à plus d'une solution, et que la cour de révision doit se garder d'intervenir lorsque la décision administrative a un fondement rationnel » (*Dunsmuir*, par. 41). Le principe de la déférence « reconnaît que dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l'application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l'égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » (*Dunsmuir*, par. 49, citant le professeur David J. Mullan, « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93). En outre, la déférence « peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé » (*Dunsmuir*, par. 54).

[26] L'arrêt *Dunsmuir* contredit la thèse selon laquelle il faut, en l'absence d'une disposition législative expresse ou nécessairement implicite, que la cour de révision « applique la norme de la décision correcte, comme elle le fait normalement en appel » (le juge Rothstein, par. 117). L'arrêt *Pezim* a été cité et appliqué dans de nombreuses décisions au cours des 15 dernières années. Ce qu'il nous enseigne se reflète dans *Dunsmuir*. Avec égard, je suis d'avis de rejeter la tentative de mon collègue de retourner à l'époque où certains tribunaux judiciaires s'attribuaient, en matière administrative, certaines compétences et connaissances qu'ils se sont en fait avérés ne pas posséder.

B. *Section 18.1 of the Federal Courts Act*

[27] Given the differing perspectives that Rothstein J. and I bring to judicial review, it is not surprising that we differ on the role and function of s. 18.1 of the *Federal Courts Act*.

[28] In my view, the interpretation of s. 18.1 of the *Federal Courts Act* must be sufficiently elastic to apply to the decisions of hundreds of different “types” of administrators, from Cabinet members to entry-level *fonctionnaires*, who operate in different decision-making environments under different statutes with distinct grants of decision-making powers. Some of these statutory grants have privative clauses; others do not. Some provide for a statutory right of appeal to the courts; others do not. It cannot have been Parliament’s intent to create by s. 18.1 of the *Federal Courts Act* a single, rigid Procrustean standard of decontextualized review for all “federal board[s], commission[s] or other tribunal[s]”, an expression which is defined (in s. 2) to include generally all federal administrative decision-makers. A flexible and contextual approach to s. 18.1 obviates the need for Parliament to set customized standards of review for each and every federal decision-maker.

[29] The Minister’s reliance on *Owen* is misplaced. At issue in that case was the standard applicable to the highly specific task of judicial review of decisions of Review Boards set up under s. 672.38 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to deal with individuals found not criminally responsible (“NCR”) on account of a mental disorder. The mandate of these Boards is to determine the “least onerous and least restrictive” limits on the liberty of NCR individuals who remain a “significant threat to the safety of the public” (s. 672.54). On a statutory appeal (s. 672.78), the Court of Appeal is authorized to set aside a Review Board order on a number of grounds, namely

B. *L’article 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales*

[27] Compte tenu de nos conceptions différentes du contrôle judiciaire, il n’est pas étonnant que le juge Rothstein et moi divergions d’opinion sur le rôle et la fonction de l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[28] À mon avis, le sens de l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* doit être suffisamment élastique pour s’appliquer aux décisions de centaines de « types » différents de décideurs administratifs, du ministre au *fonctionnaire* le moins expérimenté, exerçant dans des contextes décisionnels variés les pouvoirs distincts qui leur sont conférés par des lois particulières. Certaines de ces attributions de pouvoir par le législateur comportent des clauses privatives, d’autres non. Certaines prévoient un droit d’appel auprès des tribunaux judiciaires, d’autres non. Le législateur ne peut avoir eu l’intention de créer, par l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, une norme de contrôle unique et rigide, à l’image du lit de Procuste, qui s’appliquerait sans égard au contexte à tous les « offices fédéraux », c’est-à-dire à tous les décideurs administratifs fédéraux en général, selon la définition de cette expression qui figure à l’art. 2. Une application souple et contextuelle de l’art. 18.1 épargne au législateur la nécessité d’établir des normes de contrôle sur mesure pour chacun des décideurs fédéraux.

[29] Le ministre a tort de s’appuyer sur l’arrêt *Owen*. Cette affaire portait sur la tâche hautement spécifique du contrôle judiciaire des décisions des commissions d’examen chargées, par l’art. 672.38 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, d’examiner le cas des personnes déclarées non criminellement responsables pour cause de troubles mentaux. Ces commissions doivent rendre la décision « la moins sévère et la moins privative de liberté » à l’égard des personnes déclarées non criminellement responsables qui représentent un « risque important pour la sécurité du public » (art. 672.54). En appel, la loi (art. 672.78) autorise la cour d’appel à annuler l’ordonnance rendue par une commission d’examen pour différents motifs, plus précisément si

- (a) the decision is unreasonable or cannot be supported by the evidence; or,
- (b) the decision is based on a wrong decision on a question of law (unless no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred); or
- (c) there was a miscarriage of justice.

[30] The *Owen* court held that where Parliament has shown a clear intent then, absent any constitutional challenge, that is the standard of review that is to be applied (para. 32). This approach was affirmed in *Dunsmuir* where the majority said that “determining the applicable standard of review is accomplished by establishing legislative intent” (para. 30).

[31] However, in *Owen* itself, even in the context of a precisely targeted proceeding related to a named adjudicative board, the standard of review was evaluated by reference to the common law of judicial review, as was made clear in the following paragraph:

The first branch of the test corresponds with what the courts call the standard of review of reasonableness *simpliciter*, i.e., the Court of Appeal should ask itself whether the Board’s risk assessment and disposition order was unreasonable in the sense of not being supported by reasons that can bear even a somewhat probing examination [para. 33]

And in the next paragraph:

Resort must therefore be taken to the jurisprudence governing judicial review on a standard of reasonableness *simpliciter* [para. 34]

See also *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498.

[32] In *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528, the Court dealt with the second branch of s. 672.78(1)(b) (“error of law”) on ordinary administrative law principles (clearly applying a correctness standard, at para. 25). As to the saving proviso (i.e., the decision may

- a) la décision est déraisonnable et ne peut pas s’appuyer sur la preuve;
- b) il s’agit d’une erreur de droit (sauf si aucun tort important ni aucune erreur judiciaire ne s’est produit);
- c) il y a eu erreur judiciaire.

[30] Dans *Owen*, la Cour a statué que, si le législateur a révélé clairement son intention, c’est la norme de contrôle qu’il a ainsi établie qu’il convient d’appliquer en l’absence de contestation constitutionnelle (par. 32). Ce principe a été confirmé dans *Dunsmuir*, où les juges majoritaires ont affirmé que « la détermination de la norme de contrôle applicable [est] fonction de l’intention du législateur » (par. 30).

[31] Néanmoins, dans l’affaire *Owen*, même dans le contexte d’une procédure ayant un objectif précis concernant un office déterminé, la norme de contrôle a été établie en fonction des règles de common law en matière de contrôle judiciaire, comme cela ressort clairement du paragraphe qui suit :

Le premier volet du critère correspond à ce que les tribunaux appellent la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*, c’est-à-dire que la Cour d’appel devrait se demander si l’évaluation du risque et l’ordonnance de la Commission étaient déraisonnables en ce sens qu’elles n’étaient étayées par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé . . . [par. 33]

Et du paragraphe suivant :

Il faut alors recourir à la jurisprudence en matière de contrôle judiciaire au regard de la norme de la décision raisonnable *simpliciter* . . . [par. 34]

Voir également *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498.

[32] Dans *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528, la Cour a examiné le deuxième volet de l’al. 672.78(1)(b) (« erreur de droit ») suivant les principes ordinaires du droit administratif (en appliquant clairement la norme de la décision correcte, au par. 25). Quant à

be set aside for an error of law unless “no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”), the *Pinet* court held that the party seeking to uphold the Review Board decision despite the error of law must “satisfy the appellate court that a Review Board, acting reasonably, and properly informed of the law, would necessarily have reached the same conclusion absent the legal error” (para. 28). None of this is explicit in the statute, but the common law was necessarily called in aid to fill in interstices in the legislation. See also *Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 SCC 7, [2006] 1 S.C.R. 326.

[33] Resort to the general law of judicial review is all the more essential in the case of a provision like s. 18.1 of the *Federal Courts Act* which, unlike s. 672 of the *Criminal Code*, is not limited to particular issues before a particular adjudicative tribunal but covers the full galaxy of federal decision-makers. Section 18.1 must retain the flexibility to deal with an immense variety of circumstances.

C. *Matter of Statutory Interpretation*

[34] The genesis of the *Federal Courts Act* lies in Parliament’s decision in 1971 to remove from the superior courts of the provinces the jurisdiction over prerogative writs, declarations, and injunctions against federal boards, commissions and other tribunals and to place that jurisdiction (slightly modified) in a new federal court. As Donald S. Maxwell, Q.C., the then Deputy Minister of Justice, explained to the House of Commons Standing Committee on Justice and Legal Affairs:

Clause 18 is based on the philosophy that we want to remove the jurisdiction and prerogative matters from the Superior Courts of the provinces and place them in our own federal Superior Court.

la disposition d’exception (soit que la décision peut être annulée en raison d’une erreur de droit sauf si « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire ne s’est produit »), la Cour a conclu dans *Pinet* que la partie sollicitant la confirmation de la décision de la Commission d’examen en dépit de l’erreur de droit doit « convaincre la cour d’appel que, n’eût été l’erreur de droit, une commission d’examen bien au fait du droit applicable et agissant raisonnablement serait nécessairement arrivée à la même conclusion » (par. 28). Rien de cela n’est exprimé clairement dans la disposition législative, mais la Cour a nécessairement eu recours à la common law pour combler les failles de la loi. Voir également *Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326.

[33] Le recours au droit général en matière de contrôle judiciaire est d’autant plus essentiel dans le cas d’une disposition comme l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* qui, contrairement à l’art. 672 du *Code criminel*, ne se limite pas à des questions particulières soumises à un tribunal administratif précis, mais vise toute la pléiade des décideurs fédéraux. L’article 18.1 doit conserver la souplesse qui en permet l’application dans une immense variété de circonstances.

C. *Question d’interprétation législative*

[34] La *Loi sur les Cours fédérales* résulte de la décision prise par le législateur en 1971 de retirer aux cours supérieures des provinces leur compétence en matière de brefs de prérogative, jugements déclaratoires et injonctions visant des offices fédéraux et d’attribuer cette compétence (légèrement modifiée) à une nouvelle cour fédérale. Donald S. Maxwell, c.r., sous-ministre de la Justice à cette époque, a fourni l’explication suivante au Comité permanent de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes :

L’article 18 se base sur la prémisse que nous désirons enlever la juridiction et les affaires de prérogatives aux tribunaux supérieurs des provinces et les placer dans notre cour fédérale supérieure.

... Having got them there, we think they are not entirely satisfactory. We feel that there should be improvements made on these remedies of *certiorari* and prohibition. This is what we are endeavouring to do in Clause 28.

(See *Minutes of Proceedings and Evidence* of the Committee, No. 26, 2nd Sess., 28th Parl., May 7, 1970, at pp. 25-26.)

This transfer of jurisdiction was recognized and accepted in *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; *Howarth v. National Parole Board*, [1976] 1 S.C.R. 453, at pp. 470-72, and *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at p. 637, with the proviso that such transfer does not deprive the provincial superior courts of their jurisdiction to determine the constitutional validity and applicability of legislation: *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307. Subsequent amendments to the Act in 1990 (when s. 18.1 was added) clarified and simplified its expression and implementation, but did not have the effect of excluding the common law. R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), notes that “courts readily assume that reform legislation is meant to be assimilated into the existing body of common law” (p. 432; see also pp. 261-62).

[35] My colleague Rothstein J. writes that “to say (or imply) that a *Dunsmuir* standard of review analysis applies even where the legislature has articulated the applicable standard of review directly contradicts *Owen*” (para. 100). This assumes the point in issue, namely whether as a matter of interpretation, Parliament has or has not articulated the applicable standard of review in s. 18.1.

[36] In my view, the language of s. 18.1 generally sets out threshold grounds which permit but do not require the court to grant relief. Whether or not the court should exercise its discretion in favour of the application will depend on the court’s appreciation of the respective roles of the courts and the

... Là, nous pensons qu’ils ne sont pas entièrement satisfaisants. Nous pensons que l’on devrait améliorer ces redressements des brefs de *certiorari* et de prohibition. C’est ce que nous essayons de faire dans l’article 28.

(Voir *Procès-verbaux et témoignages* du Comité, n° 26, 2^e sess., 28^e lég., 7 mai 1970, p. 25-26.)

Ce transfert de compétence a été reconnu et accepté dans *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; *Howarth c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453, p. 470-472, et *Martineau c. Comité de discipline de l’Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, p. 637, sous réserve qu’un tel transfert ne dépossède pas les cours supérieures provinciales de leur compétence de statuer sur la constitutionnalité et l’applicabilité d’un texte législatif : *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307. Les modifications apportées à la Loi en 1990 (lors de l’ajout de l’art. 18.1) en ont éclairci et simplifié la formulation et l’application, mais n’ont pas eu pour effet d’exclure la common law. Dans R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), l’auteur fait remarquer que les [TRADUCTION] « tribunaux judiciaires supposent facilement qu’un texte législatif portant réforme est censé s’intégrer à l’ensemble des règles de common law existantes » (p. 432; voir aussi les p. 261-262).

[35] Mon collègue le juge Rothstein écrit qu’il « est contraire à l’arrêt *Owen* d’affirmer (ou de laisser entendre) qu’il faut procéder à l’analyse relative à la norme de contrôle faite dans *Dunsmuir* même dans les cas où le législateur a prévu la norme de contrôle applicable » (par. 100). Ces propos tiennent pour acquise la question en litige, soit celle de savoir si, selon l’interprétation que l’on donne de l’art. 18.1, le législateur y a précisé ou non la norme de contrôle applicable.

[36] Selon moi, l’art. 18.1 énonce en termes généraux les motifs qui autorisent la Cour à prendre une mesure, sans lui en imposer l’obligation. La question de savoir si la cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d’accorder réparation dépendra de son appréciation des rôles respectifs des cours de

administration as well as the “circumstances of each case”: see *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 575. Further, “[i]n one sense, whenever the court exercises its discretion to deny relief, balance of convenience considerations are involved” (D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at p. 3-99). Of course, the discretion must be exercised judicially, but the general principles of judicial review dealt with in *Dunsmuir* provide elements of the appropriate judicial basis for its exercise.

[37] On this point, as well, my colleague Rothstein J. expresses disagreement. He cites a number of decisions dealing with different applications of the Court’s discretion. He draws from these cases the negative inference that other applications of the discretion are excluded from s. 18.1(4). In my view, with respect, such a negative inference is not warranted. Decisions that address unrelated problems are no substitute for a proper statutory analysis of s. 18.1(4) itself which in the English text provides that

18.1 . . .

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

. . . .

[38] A different concern emerges from the equally authoritative French text of s. 18.1(4) which reads:

18.1 . . .

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l’office fédéral, selon le cas :

. . . .

Generally speaking, the use of the present indicative tense (*sont prises*) is not to be read as conferring

justice et des organismes administratifs ainsi que des « circonstances de chaque cas » : voir *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 575. De plus, [TRADUCTION] « [e]n un sens, des considérations relatives à la prépondérance des inconvénients jouent chaque fois que la cour exerce son pouvoir discrétionnaire de refuser d’accorder réparation » (D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-99). Ce pouvoir discrétionnaire doit bien sûr être exercé judiciairement, mais les principes généraux de contrôle judiciaire traités dans *Dunsmuir* fournissent des éléments du fondement judiciaire approprié de l’exercice de ce pouvoir.

[37] Mon collègue le juge Rothstein a exprimé son désaccord sur ce point également. Il cite plusieurs décisions portant sur différentes applications du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Il en tire l’inférence négative que les autres applications du pouvoir discrétionnaire sont exclues du par. 18.1(4). J’estime, avec égard, que pareille inférence négative n’est pas justifiée. Les décisions qui traitent de problèmes totalement différents ne sauraient remplacer une analyse adéquate du par. 18.1(4). Le pouvoir discrétionnaire de la cour ressort clairement de la version anglaise du par. 18.1(4) que voici :

18.1 . . .

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

. . . .

[38] La version française du par. 18.1(4), qui a également force de loi, pose donc un problème :

18.1 . . .

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l’office fédéral, selon le cas :

. . . .

En règle générale, l’indicatif présent (« sont prises ») ne doit pas être interprété comme

a discretion: see s. 11 of the French version of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, and P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), p. 72, fn. 123 (in the French edition, the point is canvassed by Professor Côté, at p. 91, fn. 123). It has been truly remarked in the context of bilingual legislation that “Canadians read only one version of the law at their peril”: M. Bastarache et al., *The Law of Bilingual Interpretation* (2008), at p. 32. However, the text of s. 18.1(4) must be interpreted not only in accordance with the rules governing bilingual statutes but within the larger framework of the modern rule that the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[39] The English version of s. 18.1(4) is permissive; the court is clearly given discretion. In the French version, the words “*sont prises*” translate literally as “are taken” which do not, on the face of it, confer a discretion. A shared meaning on this point is difficult to discern. Nevertheless, the linguistic difference must be reconciled as judges cannot be seen to be applying s. 18.1(4) differently across the country depending on which language version of s. 18.1(4) they happen to be reading. In *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, at para. 26, the Court cited with approval the following approach:

Unless otherwise provided, differences between two official versions of the same enactment are reconciled by educing the meaning common to both. Should this prove to be impossible, or if the common meaning seems incompatible with the intention of the legislature as indicated by the ordinary rules of interpretation, the meaning arrived at by the ordinary rules should be retained.

(Quoting Côté, at p. 324.)

(See also Bastarache et al., at p. 32.) Linguistic analysis of the text is the servant, not the master, in the task of ascertaining Parliamentary intention: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at pp. 1071-72 (Lamer J. dissenting in

conférant un pouvoir discrétionnaire : voir l’art. 11 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, et P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 91, note de bas de page 123. On a souligné à juste titre, dans le contexte du bilinguisme législatif, que [TRADUCTION] « Les Canadiens qui ne lisent que l’une des versions de la loi le font à leur péril » : M. Bastarache et autres, *The Law of Bilingual Interpretation* (2008), p. 32. Néanmoins, le texte du par. 18.1(4) ne doit pas être interprété uniquement en fonction des règles d’interprétation des lois bilingues, mais aussi dans le cadre plus vaste de la règle moderne selon laquelle il faut lire les termes d’une loi dans leur 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.

[39] Le texte anglais du par. 18.1(4) confère une faculté (« *may grant* »); il attribue clairement un pouvoir discrétionnaire à la cour. Par contre, à première vue, les mots « *sont prises* » employés dans le texte français ne confèrent pas de pouvoir discrétionnaire. Il est donc difficile de dégager le sens commun de ces deux versions. Cependant, cette distinction linguistique doit être résolue, car les juges ne peuvent appliquer différemment le par. 18.1(4) à différents endroits du pays selon la langue dans laquelle ils lisent cette disposition. Dans *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, par. 26, la Cour a cité en l’approuvant la démarche suivante :

... sauf disposition légale contraire, toute divergence entre les deux versions officielles d’un texte législatif est résolue en dégageant, si c’est possible, le sens qui est commun aux deux versions. Si cela n’est pas possible, ou si le sens commun ainsi dégagé paraît contraire à l’intention du législateur révélée par recours aux règles ordinaires d’interprétation, on doit entendre le texte dans le sens qu’indiquent ces règles.

(Citant Côté, à la p. 410.)

(Voir aussi Bastarache et autres, p. 32.) L’analyse linguistique du texte doit servir et non gouverner la recherche de l’intention du législateur : voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1071-1072 (le juge Lamer, dissident en

part, but not on this point). A blinkered focus on the textual variations might lead to an interpretation at odds with the modern rule because, standing alone, linguistic considerations ought not to elevate an argument about text above the relevant context, purpose and objectives of the legislative scheme: see Sullivan, at p. 116.

[40] Here the English version cannot be read so as to compel the court to grant relief: the word “may” is unquestionably permissive. In *Bastarache et al.*, it is said that “the clearer version provides the common meaning” (p. 67), but it cannot be said that the French text here is ambiguous. Accordingly, the linguistic issue must be placed in the framework of the modern rules of statutory interpretation that give effect not only to the text but to context and purpose. There is nothing in the context or purpose of the enactment to suggest a Parliamentary intent to eliminate the long-standing existence of a discretion in judicial review remedies. As mentioned earlier, the principal legislative objective was simply to capture the judicial review of federal decision-makers for the Federal Court. Under the general public law of Canada (then as now), the granting of declarations and the original prerogative and extraordinary remedies, and subsequent statutory variations thereof, have generally been considered to be discretionary, as discussed by Beetz J. in *Harelkin*. The Federal Court’s discretion in matters of judicial review has repeatedly been affirmed by this Court: see *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at pp. 830-31; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at pp. 92-93, and *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 77-80. The Federal Courts themselves have repeatedly asserted, notwithstanding the problem posed by the French text of s. 18.1(4), the existence of a discretion in the exercise of their judicial review jurisdiction (and quite properly so in my opinion) both in decisions rendered in French (see, e.g., *Canada v. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 F.C.R. 287, *per* Létourneau J.A., at para. 40, and *Devinat v. Canada (Commission de l’immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 F.C. 212 (C.A.), *per* The Court, at para. 73) and in English

partie, mais non sur ce point). Une vision étroite des différences entre les deux textes risque de mener à une interprétation incompatible avec la règle moderne parce que, isolément, les considérations linguistiques ne doivent pas élever un argument sur le texte au-dessus du contexte pertinent et de l’objet du régime législatif : voir Sullivan, p. 116.

[40] En l’occurrence, la version anglaise ne peut être interprétée comme obligeant la cour à accorder réparation : le mot « *may* » confère indéniablement une faculté. Dans l’ouvrage de Bastarache et autres, on dit que [TRADUCTION] « la version la plus claire révèle le sens commun » (p. 67), mais on ne peut affirmer en l’espèce que le texte français est ambigu. Par conséquent, la question linguistique doit être située dans le cadre des règles modernes d’interprétation législative selon lesquelles il faut respecter non seulement le texte, mais aussi le contexte et l’objet de la loi. Aucun élément du contexte ou de l’objet de la disposition en cause ici ne donne à croire que le législateur a voulu éliminer le caractère discrétionnaire rattaché depuis longtemps au contrôle judiciaire. Répétons que le principal objet de cette disposition était simplement de confier le contrôle judiciaire des décisions des décideurs fédéraux à la Cour fédérale. Selon le droit public canadien général (tant ancien que récent), les jugements déclaratoires et les brefs de prérogative et recours extraordinaires originaux, ainsi que leurs variantes établies plus tard par des textes de loi, sont généralement considérés comme de nature discrétionnaire, comme l’explique le juge Beetz dans *Harelkin*. Le pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire a été confirmé à plusieurs reprises par la Cour : voir *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 830-831; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, p. 92-93; et *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 77-80. Les Cours fédérales elles-mêmes ont reconnu à de nombreuses reprises, malgré le problème posé par le texte français du par. 18.1(4), le caractère discrétionnaire rattaché à l’exercice de leur compétence en matière de contrôle judiciaire (à très juste titre selon moi) dans des décisions rendues tant en français (voir, p. ex.,

(see, e.g., *Thanabalasingham v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 14, 263 D.L.R. (4th) 51, *per* Evans J.A., at para. 9; *Charette v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2003 FCA 426, 29 C.P.R. (4th) 1, *per* Sexton J.A., at para. 61, and *Pal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 24 Admin. L.R. (2d) 68, *per* Reed J., at para. 9). I conclude that notwithstanding the bilingual issue in the text, s. 18.1(4) should be interpreted so as to preserve to the Federal Court a discretion to grant or withhold relief, a discretion which, of course, must be exercised judicially and in accordance with proper principles. In my view, those principles include those set out in *Dunsmuir*.

[41] With these general observations I turn to the particular paragraphs of s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act* that, in my view, enable but do not require judicial intervention.

[42] Section 18.1(4)(a) provides for relief where a federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

No standard of review is specified. *Dunsmuir* says that jurisdictional issues command a correctness standard (majority, at para. 59). The *Federal Courts Act* does not indicate in what circumstances, despite jurisdictional error having been demonstrated, relief may properly be withheld. For that and other issues, resort will have to be had to the common law. See *Harelkin*, at pp. 575-76.

[43] Judicial intervention is also authorized where a federal board, commission or other tribunal

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

Canada c. Grenier, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287, le juge Létourneau, par. 40, et *Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 C.F. 212 (C.A.), la Cour, par. 73) qu'en anglais (voir, p. ex., *Thanabalasingham c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 14, 263 D.L.R. (4th) 51, le juge Evans, par. 9; *Charette c. Canada (Commissioner of Competition)*, 2003 FCA 426, 29 C.P.R. (4th) 1, le juge Sexton, par. 61, et *Pal c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 24 Admin. L.R. (2d) 68, la juge Reed, par. 9). Je conclus que, malgré la question soulevée par son texte bilingue, le par. 18.1(4) doit recevoir une interprétation qui préserve le pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale d'accepter ou de refuser d'accorder réparation, pouvoir qui doit bien sûr être exercé judiciairement et en conformité avec les principes applicables. À mon avis, ces principes incluent ceux énoncés dans *Dunsmuir*.

[41] À partir de ces observations générales, j'examinerai maintenant les alinéas du par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales* qui, selon moi, autorisent la cour à intervenir sans toutefois l'y obliger.

[42] L'alinéa 18.1(4)a) permet la prise de mesures si l'office fédéral

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

Aucune norme de contrôle n'est précisée. Suivant l'arrêt *Dunsmuir*, les questions touchant la compétence commandent l'application de la norme de la décision correcte (motifs majoritaires, par. 59). La *Loi sur les Cours fédérales* ne précise pas dans quelles circonstances la cour peut à bon droit refuser d'accorder réparation malgré la preuve d'une erreur touchant la compétence. Pour résoudre cette question, et certaines autres, il faut recourir à la common law. Voir *Harelkin*, p. 575-576.

[43] L'intervention judiciaire est aussi autorisée dans les cas où l'office fédéral

b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;

No standard of review is specified. On the other hand, *Dunsmuir* says that procedural issues (subject to competent legislative override) are to be determined by a court on the basis of a correctness standard of review. Relief in such cases is governed by common law principles, including the withholding of relief when the procedural error is purely technical and occasions no substantial wrong or miscarriage of justice (*Pal*, at para. 9). This is confirmed by s. 18.1(5). It may have been thought that the Federal Court, being a statutory court, required a specific grant of power to “make an order validating the decision” (s. 18.1(5)) where appropriate.

[44] Judicial intervention is authorized where a federal board, commission or other tribunal

(c) *erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;*

Errors of law are generally governed by a correctness standard. *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, at para. 37, for example, held that the general questions of international law and criminal law at issue in that case had to be decided on a standard of correctness. *Dunsmuir* (at para. 54), says that if the interpretation of the home statute or a closely related statute by an expert decision-maker is reasonable, there is no error of law justifying intervention. Accordingly, para. (c) provides a *ground* of intervention, but the common law will stay the hand of the judge(s) in certain cases if the interpretation is by an expert adjudicator interpreting his or her home statute or a closely related statute. This nuance does not appear on the face of para. (c), but it is the common law principle on which the discretion provided in s. 18.1(4) is to be exercised. Once again, the open textured language of the *Federal Courts Act* is supplemented by the common law.

[45] Judicial intervention is further authorized where a federal board, commission or other tribunal

Aucune norme de contrôle n'est précisée. Par contre, suivant *Dunsmuir*, les questions de procédure (sous réserve d'une dérogation législative valide) doivent être examinées par un tribunal judiciaire selon la norme de la décision correcte. En pareil cas, la prise de mesures est régie par les principes de common law, qui prévoient notamment l'abstention d'accorder réparation si l'erreur procédurale est un vice de forme et n'entraîne aucun dommage important ni déni de justice (*Pal*, par. 9). C'est ce que confirme le par. 18.1(5). On a pu croire que la Cour fédérale, du fait qu'elle tire son origine d'une loi, devait bénéficier d'une attribution de pouvoir spécifique pour « valider la décision » (par. 18.1(5)) le cas échéant.

[44] L'intervention judiciaire est autorisée si l'office fédéral

c) *a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;*

Les erreurs de droit sont généralement assujetties à la norme de la décision correcte. Dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, par. 37, par exemple, la Cour a statué que les questions générales de droit international et de droit pénal soulevées dans cette affaire devaient être tranchées suivant la norme de la décision correcte. Selon l'arrêt *Dunsmuir* (au par. 54), un décideur spécialisé ne commet pas d'erreur de droit justifiant une intervention si son interprétation de sa loi constitutive ou d'une loi étroitement liée est raisonnable. L'alinéa c) prévoit donc un *motif* d'intervention, mais la common law empêchera les juges d'intervenir dans certains cas, lorsqu'un organisme administratif spécialisé interprète sa loi constitutive ou une loi intimement liée à celle-ci. Cette nuance n'apparaît pas à la simple lecture de l'al. c), mais c'est le principe de common law qui doit guider l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au par. 18.1(4). Encore une fois, le libellé général de la *Loi sur les Cours fédérales* est complété par la common law.

[45] L'intervention judiciaire est de plus autorisée si l'office fédéral

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

The legislator would have been aware of the great importance attached by some judicial decisions to so-called “jurisdictional fact finding”; see, e.g., *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756, and *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. Parliament clearly wished to put an end to the tendency of some courts to seize on a “preliminary fact” on which the administrative agency’s decision was said to be based to quash a decision. In *Bell*, the “jurisdictional fact” was whether the residential accommodation in respect of which a prospective tenant claimed rental discrimination was a “self-contained dwelling unit”. The Court disagreed with the Human Rights Commission, which had “based” its decision on this threshold fact. Viewed in this light, s. 18.1(4)(d) was intended to confirm by legislation what Dickson J. had said in *New Brunswick Liquor Corp.*, namely that judges should “not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so” (p. 233).

[46] More generally, it is clear from s. 18.1(4)(d) that Parliament intended administrative fact finding to command a high degree of deference. This is quite consistent with *Dunsmuir*. It provides legislative precision to the reasonableness standard of review of factual issues in cases falling under the *Federal Courts Act*.

[47] Paragraph (e) contemplates a question of mixed fact and law namely that the federal board, commission or other tribunal

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

Le législateur devait connaître la grande importance accordée dans certaines décisions judiciaires à la soi-disant « conclusion de fait touchant la compétence »; voir, p. ex., *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756, et *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Il est clair que le législateur a voulu mettre fin à la tendance de certains tribunaux judiciaires à s’arrêter à un « fait préliminaire » sur lequel la décision de l’organisme administratif était censée reposer pour annuler une décision. Dans *Bell*, le « fait attributif de compétence » était de savoir si le logement visé par la plainte de discrimination à la location formulée par un locataire éventuel était un « logement indépendant ». La Cour a écarté la conclusion de la Commission des droits de la personne, dont la décision « reposait » sur ce fait préalable. Dans cette perspective, l’al. 18.1(4)d) visait à confirmer par une disposition législative ce qu’avait déclaré le juge Dickson dans *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, à savoir que les juges devaient « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard » (p. 233).

[46] De façon plus générale, il ressort clairement de l’al. 18.1(4)d) que le législateur voulait qu’une conclusion de fait tirée par un organisme administratif appelle un degré élevé de déférence. Ce qui est tout à fait compatible avec l’arrêt *Dunsmuir*. Cette disposition législative précise la norme de contrôle de la raisonnabilité applicable aux questions de fait dans les affaires régies par la *Loi sur les Cours fédérales*.

[47] L’alinéa e) vise une question mixte de fait et de droit, à savoir les cas où l’office fédéral

e) a agi ou omis d’agir en raison d’une fraude ou de faux témoignages;

The common law would not allow a statutory decision-maker to rely on fraudulent or perjured testimony. The court would be expected to exercise its discretion in favour of the applicant under para. (e) as well.

[48] Section 18.1(4)(f) permits judicial intervention if the federal board, commission or other tribunal

(f) acted in any other way that was contrary to law.

A reference to “contrary to law” necessarily includes “law” outside the *Federal Courts Act* including general principles of administrative law. Paragraph (f) shows, if further demonstration were necessary, that s. 18.1(4) is not intended to operate as a self-contained code, but is intended by Parliament to be interpreted and applied against the backdrop of the common law, including those elements most recently expounded in *Dunsmuir*.

[49] In *Federal Courts Practice 2009* (2008), B. J. Saunders et al. state, at pp. 112-13:

Grounds for Review

Section 18.1(4) sets out the grounds which an applicant must establish to succeed on an application for judicial review. The grounds are broadly stated and reflect, generally, the grounds upon which judicial review could be obtained under the prerogative and extraordinary remedies listed in section 18(1).

Section 18.1(4)(f) ensures that the Court will not be hindered in developing new grounds for review. [Emphasis added.]

[50] I readily accept, of course, that the legislature can by clear and explicit language oust the common law in this as in other matters. Many provinces and territories have enacted judicial review legislation which not only provide guidance to the courts but have the added benefit of making the law more understandable and accessible to interested members of the public. The diversity of such laws makes generalization difficult. In some jurisdictions (as in

La common law ne permettrait pas à un organisme décisionnel établi par la loi de se fonder sur un témoignage faux ou frauduleux. On s’attendrait à ce que la cour exerce aussi son pouvoir discrétionnaire en faveur du demandeur en application de l’alinéa e).

[48] L’alinéa 18.1(4)f) permet l’intervention judiciaire si l’office fédéral

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

La portée des mots « contraire à la loi » s’étend nécessairement à la « loi » qui n’est pas incluse dans la *Loi sur les Cours fédérales*, et notamment aux principes généraux de droit administratif. L’alinéa f) démontre, à supposer que cela soit encore nécessaire, que le législateur ne voulait pas que le par. 18.1(4) soit considéré comme un code indépendant, mais plutôt interprété et appliqué dans le contexte de la common law, et notamment des éléments mentionnés tout récemment par la Cour dans *Dunsmuir*.

[49] Dans *Federal Courts Practice 2009* (2008), B. J. Saunders et autres affirment, aux p. 112-113 :

[TRADUCTION] Motifs de contrôle

Le paragraphe 18.1(4) énumère les motifs dont le demandeur doit faire la preuve pour que sa demande de contrôle judiciaire soit accueillie. Les motifs sont exprimés en termes généraux et correspondent, de façon générale, aux motifs permettant d’obtenir réparation en exerçant les recours de prérogative et les recours extraordinaires mentionnés au par. 18(1).

L’alinéa 18.1(4)f) garantit à la Cour la liberté nécessaire à l’élaboration de nouveaux motifs de contrôle. [Je souligne.]

[50] Je reconnais évidemment d’emblée que le législateur peut, en utilisant des termes clairs et explicites, exclure l’application de la common law dans ce domaine comme dans d’autres. Plusieurs provinces et territoires ont édicté en matière de contrôle judiciaire des dispositions législatives qui, non seulement guident les tribunaux judiciaires, mais comportent aussi l’avantage additionnel de rendre la loi plus compréhensible et accessible pour

British Columbia), the legislature has moved closer to a form of codification than has Parliament in the *Federal Courts Act*. Most jurisdictions in Canada seem to favour a legislative approach that explicitly identifies the *grounds* for review but not the *standard* of review.¹ In other provinces, some laws specify “patent unreasonableness”.² In few of these statutes, however, is the *content* of the specified standard of review defined, leading to the inference that the legislatures left the content to be supplied by the common law.

la population en général. La diversité de ces lois rend toute généralisation difficile. Certaines législatures (comme celle de la Colombie-Britannique), ont adopté une forme qui s’approche davantage de la codification que celle choisie par le législateur dans la *Loi sur les Cours fédérales*. La plupart des ressorts canadiens semblent favoriser une approche législative qui énonce expressément les *motifs* de contrôle, mais non la *norme* de contrôle¹. Dans d’autres provinces, certaines lois mentionnent expressément la norme du caractère « manifestement déraisonnable »². Toutefois, peu de ces lois définissent le *contenu* de la norme de contrôle indiquée, ce qui laisse croire que les législateurs ont voulu qu’il soit précisé au moyen de la common law.

¹ See, e.g., federally, the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 147(1), *Canada Agricultural Products Act*, R.S.C. 1985, c. 20 (4th Supp.), s. 10(1.1), and *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, s. 115(2); in Newfoundland and Labrador, *Urban and Rural Planning Act, 2000*, S.N.L. 2000, c. U-8, s. 46(1); in New Brunswick, *Occupational Health and Safety Act*, S.N.B. 1983, c. O-0.2, s. 26(5), and *The Residential Tenancies Act*, S.N.B. 1975, c. R-10.2, s. 27(1); in P.E.I., *Judicial Review Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. J-3, s. 4(1); in Quebec, *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, s. 846, and *Youth Protection Act*, R.S.Q., c. P-34.1, s. 74.2; in Ontario, *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1, s. 2; in Manitoba, *The Certified General Accountants Act*, C.C.S.M., c. C46, s. 22(2), *The Gaming Control Act*, C.C.S.M., c. G5, s. 45(2), and *The Human Rights Code*, C.C.S.M., c. H175, s. 50(1); and in the Yukon Territory, *Education Labour Relations Act*, R.S.Y. 2002, c. 62, s. 95(1); *Liquor Act*, R.S.Y. 2002, c. 140, s. 118(1), and *Rehabilitation Services Act*, R.S.Y. 2002, c. 196, s. 7.

¹ Voir, p. ex., au fédéral, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, par. 147(1), la *Loi sur les produits agricoles au Canada*, L.R.C. 1985, ch. 20 (4^e suppl.), par. 10(1.1), et la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, par. 115(2); à Terre-Neuve-et-Labrador, la *Urban and Rural Planning Act, 2000*, S.N.L. 2000, ch. U-8, par. 46(1); au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur l’hygiène et la sécurité au travail*, L.N.-B. 1983, ch. O-0.2, par. 26(5), et la *Loi sur la location de locaux d’habitation*, L.N.-B. 1975, ch. R-10.2, par. 27(1); à l’Î.-P.-É., la *Judicial Review Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-3, par. 4(1); au Québec, le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 846, et la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 74.2; en Ontario, la *Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, ch. J.1, art. 2; au Manitoba, la *Loi sur les comptables généraux accrédités*, C.P.L.M., ch. C46, par. 22(2), la *Loi sur la Commission de régie du jeu*, C.P.L.M., ch. G5, par. 45(2), et le *Code des droits de la personne*, C.P.L.M., ch. H175, par. 50(1); et dans le Territoire du Yukon, la *Loi sur les relations de travail dans le secteur de l’éducation*, L.R.Y. 2002, ch. 62, par. 95(1), la *Loi sur les boissons alcoolisées*, L.R.Y. 2002, ch. 140, par. 118(1), et la *Loi sur les services de réadaptation*, L.R.Y. 2002, ch. 196, art. 7.

² See, e.g., *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, s. 47.1(3); *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, s. 58; *Health Professions Act*, S.Y. 2003, c. 24, s. 29, or “correctness”, e.g., *Back to School Act*, 1998, S.O. 1998, c. 13, s. 18(3).

² Voir, p. ex., la *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, ch. T-6, par. 47.1(3); l’*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 58; la *Loi sur les professions de la santé*, L.Y. 2003, ch. 24, art. 29. La *Loi de 1998 sur le retour à l’école*, L.O. 1998, ch. 13, par. 18(3), parle de la « rectitude ».

[51] As stated at the outset, a legislature has the power to specify a standard of review, as held in *Owen*, if it manifests a clear intention to do so. However, where the legislative language permits, the courts (a) will *not* interpret grounds of review as standards of review, (b) will apply *Dunsmuir* principles to determine the appropriate approach to judicial review in a particular situation, and (c) will presume the existence of a discretion to grant or withhold relief based on the *Dunsmuir* teaching of restraint in judicial intervention in administrative matters (as well as other factors such as an applicant's delay, failure to exhaust adequate alternate remedies, mootness, prematurity, bad faith and so forth).

D. *Standard of Review Analysis*

[52] *Dunsmuir* states that “[c]ourts, while exercising their constitutional functions of judicial review, must be sensitive not only to the need to uphold the rule of law, but also to the necessity of avoiding undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures” (para. 27).

[53] The process of judicial review involves two steps. First, *Dunsmuir* says that “[a]n exhaustive review is not required in every case to determine the proper standard of review” (para. 57). As between correctness and reasonableness, the “existing jurisprudence may be helpful” (para. 57). And so it is in this case. *Dunsmuir* renders moot the dispute in the lower courts between patent unreasonableness and reasonableness. No authority was cited to us that suggests a “correctness” standard of review is appropriate for IAD decisions under s. 67(1)(c) of the *IRPA*. Accordingly, “existing jurisprudence” points to adoption of a “reasonableness” standard.

[51] Comme je l’ai mentionné dès le départ, le législateur a le pouvoir de préciser une norme de contrôle en manifestant clairement son intention, comme l’a établi l’arrêt *Owen*. Toutefois, si le texte de la loi le permet, les cours de justice a) n’interpréteront *pas* les motifs de contrôle comme des normes de contrôle; b) appliqueront les principes établis dans *Dunsmuir* pour déterminer comment procéder au contrôle judiciaire dans une situation donnée et c) présumeront l’existence d’un pouvoir discrétionnaire d’accepter ou de refuser d’accorder réparation compte tenu de la retenue judiciaire préconisée par l’arrêt *Dunsmuir* en matière administrative (et d’autres facteurs, tels le fait que le demandeur a tardé à présenter sa demande ou n’a pas épuisé les autres recours possibles, la mauvaise foi, ou le caractère théorique ou prématuré de la demande).

D. *Analyse de la norme de contrôle*

[52] Suivant l’arrêt *Dunsmuir*, « [l]orsqu’elles s’acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d’éviter toute immixtion injustifiée dans l’exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur » (par. 27).

[53] Le processus de contrôle judiciaire comporte deux étapes. Premièrement, selon *Dunsmuir*, « [i]l n’est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle » (par. 57). La « jurisprudence peut permettre de cerner certaines des questions » qui appellent l’application de la norme de la décision correcte ou de celle de la raisonabilité (par. 57). Et c’est le cas en l’espèce. L’arrêt *Dunsmuir* rend théorique le débat devant les juridictions inférieures sur la distinction entre le caractère manifestement déraisonnable et la raisonabilité. On ne nous a cité aucun précédent qui donnerait à croire que la norme de la « décision correcte » est celle qu’il convient d’appliquer aux décisions rendues par la SAI en vertu de l’al. 67(1)c) de la *LIPR*. Par conséquent, la « jurisprudence » semble suggérer l’adoption de la norme de la « raisonabilité ».

[54] This conclusion is reinforced by the second step of the analysis when jurisprudential categories are not conclusive. Factors then to be considered include: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the IAD as determined by its enabling legislation; (3) the nature of the question at issue before the IAD; and (4) the expertise of the IAD in dealing with immigration policy (*Dunsmuir*, at para. 64). Those factors have to be considered as a whole, bearing in mind that not all factors will necessarily be relevant for every single case. A contextualized approach is required. Factors should not be taken as items on a check list of criteria that need to be individually analysed, categorized and balanced in each case to determine whether deference is appropriate or not. What is required is an overall evaluation. Nevertheless, having regard to the argument made before us, I propose to comment on the different factors identified in *Dunsmuir*, all of which in my view point to a reasonableness standard.

[55] As to the presence of a privative clause, s. 162(1) of the *IRPA* provides that “[e]ach Division of the Board has, in respect of proceedings brought before it under this Act, sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction”. A privative clause is an important indicator of legislative intent. While privative clauses deter judicial intervention, a statutory right of appeal may be at ease with it, depending on its terms. Here, there is no statutory right of appeal.

[56] As to the purpose of the IAD as determined by its enabling legislation, the IAD determines a wide range of appeals under the *IRPA*, including appeals from permanent residents or protected persons of their deportation orders, appeals from persons seeking to sponsor members of the family class, and appeals by permanent residents against decisions made outside of Canada on their residency obligations, as well as appeals by the Minister against decisions of the Immigration Division taken at admissibility hearings (s. 63). A decision of the IAD is reviewable only if the Federal

[54] La seconde étape de l’analyse vient renforcer cette conclusion lorsque les catégories établies par la jurisprudence ne sont pas concluantes. Il faut alors considérer les facteurs suivants : (1) l’existence ou l’absence d’une clause privative, (2) la raison d’être de la SAI suivant sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause devant la SAI, et (4) l’expertise de la SAI en ce qui concerne la politique d’immigration (*Dunsmuir*, par. 64). Il faut considérer ces facteurs globalement, en gardant à l’esprit qu’ils ne seront pas nécessairement tous pertinents dans tous les cas. Une démarche contextuelle s’impose. Les facteurs ne doivent pas être considérés comme des critères inscrits sur une liste de vérification qui doivent être analysés un par un, classés et appréciés dans chaque cas pour déterminer si la déférence s’impose ou non. L’évaluation doit être globale. Toutefois, compte tenu des arguments qui nous ont été présentés, je me propose de commenter chacun des différents facteurs relevés dans *Dunsmuir* qui, à mon avis, font tous ressortir la norme de raisonabilité.

[55] Pour ce qui est de l’existence d’une clause privative, le par. 162(1) de la *LIPR* prévoit que « [c]haque des sections a compétence exclusive pour connaître des questions de droit et de fait — y compris en matière de compétence — dans le cadre des affaires dont elle est saisie ». Une clause privative constitue un indice important de l’intention du législateur. Bien que les clauses privatives dissuadent l’intervention judiciaire, un droit d’appel prévu par la loi peut s’en accommoder, selon son libellé. En l’espèce, la loi ne prévoit aucun droit d’appel.

[56] Pour ce qui est de la raison d’être de la SAI suivant sa loi habilitante, la SAI tranche des appels très variés sous le régime de la *LIPR*, y compris les appels des résidents permanents ou des personnes protégées contre les mesures de renvoi prises contre eux, ceux des personnes ayant déposé une demande de parrainage au titre du regroupement familial, ceux des résidents permanents contre une décision rendue hors du Canada sur leur obligation de résidence et ceux du ministre contre une décision rendue par la Section de l’immigration dans le cadre de son enquête (art. 63). Une décision de la

Court grants leave to commence judicial review (s. 72).

[57] In recognition that hardship may come from removal, Parliament has provided in s. 67(1)(c) a power to grant exceptional relief. The nature of the question posed by s. 67(1)(c) requires the IAD to be “satisfied that, at the time that the appeal is disposed of . . . sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief”. Not only is it left to the IAD to determine what constitute “humanitarian and compassionate considerations”, but the “sufficiency” of such considerations in a particular case as well. Section 67(1)(c) calls for a fact-dependent and policy-driven assessment by the IAD itself. As noted in *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376, at p. 380, a removal order

establishes that, in the absence of some special privilege existing, [an individual subject to a lawful removal order] has no right whatever to remain in Canada. [An individual appealing a lawful removal order] does not, therefore, attempt to assert a right, but, rather, attempts to obtain a discretionary privilege. [Emphasis added.]

[58] The respondent raised no issue of practice or procedure. He accepted that the removal order had been validly made against him pursuant to s. 36(1) of the *IRPA*. His attack was simply a frontal challenge to the IAD’s refusal to grant him a “discretionary privilege”. The IAD decision to withhold relief was based on an assessment of the facts of the file. The IAD had the advantage of conducting the hearings and assessing the evidence presented, including the evidence of the respondent himself. IAD members have considerable expertise in determining appeals under the *IRPA*. Those factors, considered altogether, clearly point to the application of a reasonableness standard of review. There are no considerations that might lead to a different result. Nor is there anything in s. 18.1(4) that would conflict with the adoption of a “reasonableness” standard of review in s. 67(1)(c) cases. I conclude, accordingly, that “reasonableness” is the appropriate standard of review.

SAI n’est susceptible de contrôle que sur autorisation de la Cour fédérale (art. 72).

[57] Reconnaissant que le renvoi peut entraîner des difficultés, le législateur a prévu à l’al. 67(1)c) un pouvoir de prendre des mesures exceptionnelles. Selon la nature de la question que pose l’al. 67(1)c), la SAI « fait droit à l’appel sur preuve qu’au moment où il en est disposé [. . .] il y a [. . .] des motifs d’ordre humanitaire justifiant [. . .] la prise de mesures spéciales ». Il revient à la SAI de déterminer non seulement en quoi consistent les « motifs d’ordre humanitaires », mais aussi s’ils « justifient » la prise de mesures dans un cas donné. L’alinéa 67(1)c) exige que la SAI procède elle-même à une évaluation liée aux faits et guidée par des considérations de politique. Comme la Cour l’a fait remarquer dans *Prata c. Ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376, p. 380, une mesure de renvoi

établit que, s’il ne peut bénéficier d’aucun privilège particulier, [l’individu visé par une mesure de renvoi légitime] n’a aucun droit à demeurer au Canada. Par conséquent, [l’individu faisant appel d’une mesure de renvoi légitime] ne cherche pas à faire reconnaître un droit, mais il tente plutôt d’obtenir un privilège discrétionnaire. [Je souligne.]

[58] L’intimé n’a soulevé aucune question de pratique ou de procédure. Il a reconnu que la mesure de renvoi avait été validement prise contre lui en application du par. 36(1) de la *LIPR*. Sa contestation visait directement le refus de la SAI de lui accorder un « privilège discrétionnaire ». La décision de la SAI de ne pas prendre de mesure reposait sur une évaluation des faits au dossier. La SAI a eu l’avantage de tenir les audiences et d’évaluer la preuve, y compris le témoignage de l’intimé lui-même. Les membres de la SAI possèdent une expertise considérable pour trancher les appels sous le régime de la *LIPR*. Considérés ensemble, ces facteurs font clairement ressortir que la norme de contrôle de la raisonabilité s’applique. Aucun motif ne permettrait d’aboutir à un résultat différent. Le paragraphe 18.1(4) ne comporte aucun élément qui s’opposerait à l’adoption de la norme de contrôle de la « raisonabilité » à l’égard des décisions rendues en vertu de l’al. 67(1)c). Par conséquent, je conclus que la norme de contrôle applicable est celle de la « raisonabilité ».

E. Applying the “Reasonableness” Standard

[59] Reasonableness is a single standard that takes its colour from the context. One of the objectives of *Dunsmuir* was to liberate judicial review courts from what came to be seen as undue complexity and formalism. Where the reasonableness standard applies, it requires deference. Reviewing courts cannot substitute their own appreciation of the appropriate solution, but must rather determine if the outcome falls within “a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at para. 47). There might be more than one reasonable outcome. However, as long as the process and the outcome fit comfortably with the principles of justification, transparency and intelligibility, it is not open to a reviewing court to substitute its own view of a preferable outcome.

[60] In my view, having in mind the considerable deference owed to the IAD and the broad scope of discretion conferred by the *IRPA*, there was no basis for the Federal Court of Appeal to interfere with the IAD decision to refuse special relief in this case.

[61] My colleague Fish J. agrees that the standard of review is reasonableness, but he would allow the appeal. He writes:

While Mr. Khosa’s denial of street racing may well evidence some “lack of insight” into his own conduct, it cannot reasonably be said to contradict — still less to outweigh, on a balance of probabilities — all of the evidence in his favour on the issues of remorse, rehabilitation and likelihood of reoffence. [para. 149]

I do not believe that it is the function of the reviewing court to reweigh the evidence.

[62] It is apparent that Fish J. takes a different view than I do of the range of outcomes reasonably open to the IAD in the circumstances of this

E. Application de la norme de la « raisonnable »

[59] La raisonnable constitue une norme unique qui s’adapte au contexte. L’arrêt *Dunsmuir* avait notamment pour objectif de libérer les cours saisies d’une demande de contrôle judiciaire de ce que l’on est venu à considérer comme une complexité et un formalisme excessifs. Lorsque la norme de la raisonnable s’applique, elle commande la déférence. Les cours de révision ne peuvent substituer la solution qu’elles jugent elles-mêmes appropriée à celle qui a été retenue, mais doivent plutôt déterminer si celle-ci fait partie des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47). Il peut exister plus d’une issue raisonnable. Néanmoins, si le processus et l’issue en cause cadrent bien avec les principes de justification, de transparence et d’intelligibilité, la cour de révision ne peut y substituer l’issue qui serait à son avis préférable.

[60] Compte tenu de la déférence considérable due à la SAI et de la portée étendue du pouvoir discrétionnaire conféré par la *LIPR*, je crois que rien ne permettait à la Cour d’appel fédérale d’annuler le refus de la SAI de prendre des mesures spéciales en l’espèce.

[61] Mon collègue le juge Fish reconnaît que la norme de contrôle applicable est celle de la raisonnable, mais il accueillerait l’appel. Il affirme :

Le refus de M. Khosa de reconnaître qu’il participait à une course de rue peut certes indiquer qu’il « ne saisit pas bien toute la portée de sa conduite », mais il ne peut raisonnablement servir à contredire — et encore moins à surpasser, selon la prépondérance des probabilités, — tous les éléments de preuve en sa faveur concernant ses remords, sa réadaptation et son risque de récidive. [par. 149]

Je ne crois pas qu’il rentre dans les attributions de la cour de révision de soupeser à nouveau les éléments de preuve.

[62] Le juge Fish et moi n’avons pas la même vision des issues que pouvait raisonnablement choisir la SAI dans les circonstances. Mon opinion est

case. My view is predicated on what I have already said about the role and function of the IAD as well as the fact that Khosa does not contest the validity of the removal order made against him. He seeks exceptional and discretionary relief that is available only if the IAD itself is satisfied that “sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief”. The IAD majority was not so satisfied. Whether we agree with a particular IAD decision or not is beside the point. The decision was entrusted by Parliament to the IAD, not to the judges.

[63] The *Dunsmuir* majority held:

A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 47]

Dunsmuir thus reinforces in the context of adjudicative tribunals the importance of reasons, which constitute the primary form of accountability of the decision-maker to the applicant, to the public and to a reviewing court. Although the *Dunsmuir* majority refers with approval to the proposition that an appropriate degree of deference “requires of the courts ‘not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision’” (para. 48 (emphasis added)), I do not think the reference to reasons which “could be offered” (but were not) should be taken as diluting the importance of giving proper reasons for an administrative decision, as stated in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 43. *Baker* itself was concerned with an application on “humanitarian and compassionate grounds” for relief from a removal order.

fondée sur ce que j’ai déjà dit au sujet du rôle et de la fonction de la SAI et sur le fait que M. Khosa ne conteste pas la validité de la mesure de renvoi prise contre lui. Il demande la prise de mesures exceptionnelles et discrétionnaires dont il ne peut bénéficier qu’en convainquant la SAI même de l’existence de « motifs d’ordre humanitaire justifiant [. . .] la prise de mesures spéciales ». Or, il n’a pas réussi à convaincre la majorité des membres de la SAI. Il ne s’agit pas de savoir si nous souscrivons ou non à une décision de la SAI. C’est à la SAI et non aux juges que le législateur a confié la tâche de rendre une décision.

[63] Dans *Dunsmuir*, la majorité a conclu :

La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnable. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [par. 47]

Dunsmuir accentue ainsi, en ce qui concerne les tribunaux administratifs, l’importance des motifs, qui constituent pour le décideur le principal moyen de rendre compte de sa décision devant le demandeur, le public et la cour de révision. Certes, les juges majoritaires dans *Dunsmuir* citent et approuvent la proposition selon laquelle le bon degré de déférence « n’exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] “la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision” » (par. 48 (je souligne)). Néanmoins, je ne crois pas que la mention des motifs « qui pourraient être donnés » (mais ne l’ont pas été) doive être interprétée comme atténuant l’importance de motiver adéquatement une décision administrative, que la Cour a soulignée dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 43. Cet arrêt portait justement sur une demande de réparation fondée sur des « motifs d’ordre humanitaire » concernant une mesure de renvoi.

[64] In this case, both the majority and dissenting reasons of the IAD disclose with clarity the considerations in support of both points of view, and the reasons for the disagreement as to outcome. At the factual level, the IAD divided in large part over differing interpretations of Khosa's expression of remorse, as was pointed out by Lutfy C.J. According to the IAD majority:

It is troublesome to the panel that [Khosa] continues to deny that his participation in a "street-race" led to the disastrous consequences. . . . At the same time, I am mindful of [Khosa's] show of relative remorse at this hearing for his excessive speed in a public roadway and note the trial judge's finding of this remorse This show of remorse is a positive factor going to the exercise of special relief. However, I do not see it as a compelling feature of the case in light of the limited nature of [Khosa's] admissions at this hearing. [Emphasis added; para. 15.]

According to the IAD dissent on the other hand:

. . . from early on he [Khosa] has accepted responsibility for his actions. He was prepared to plead guilty to dangerous driving causing death

I find that [Khosa] is contrite and remorseful. [Khosa] at hearing was regretful, his voice tremulous and filled with emotion. . . .

The majority of this panel have placed great significance on [Khosa's] dispute that he was racing, when the criminal court found he was. And while they concluded this was "not fatal" to his appeal, they also determined that his continued denial that he was racing "reflects a lack of insight." The panel concluded that this "is not to his credit." The panel found that [Khosa] was remorseful, but concluded it was not a "compelling feature in light of the limited nature of [Khosa's] admissions".

However I find [Khosa's] remorse, even in light of his denial he was racing, is genuine and is evidence that [Khosa] will in future be more thoughtful and will avoid such recklessness. [paras. 50-51 and 53-54]

[64] En l'espèce, tant les motifs des membres majoritaires de la SAI que ceux de la membre dissidente indiquent clairement les considérations à l'appui de leurs deux points de vue et les raisons de leur désaccord quant à l'issue. Pour ce qui est des faits, la SAI était principalement divisée quant à l'interprétation de l'expression de remords par M. Khosa, comme l'a souligné le juge en chef Lutfy. Selon les membres majoritaires de la SAI :

Le fait que [M. Khosa] continue de nier que c'est sa participation à une « course de rue » qui a eu des conséquences tragiques est une source de complications pour le tribunal. [. . .] Je garde en même temps à l'esprit que [M. Khosa] a montré quelques remords à l'audience pour son excès de vitesse sur la voie publique et note que le juge de première instance a constaté de même [. . .] Cette expression de remords est un facteur favorable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Toutefois, elle ne ressort pas, à mon sens, comme une caractéristique irrésistible en l'espèce étant donné les admissions mitigées de [M. Khosa] à l'audience. [Je souligne; par. 15.]

Par contre, selon la membre dissidente de la SAI :

. . . [M. Khosa] a [. . .] accepté très tôt la responsabilité de ses actes. Il était prêt à plaider coupable à une accusation de conduite dangereuse causant la mort

J'estime que [M. Khosa] est contrit et éprouve des remords. À l'audience, [M. Khosa] a manifesté son regret, sa voix tremblait et était remplie d'émotions. . . .

Les commissaires majoritaires ont accordé une grande importance au fait que [M. Khosa] nie avoir pris part à une course alors que les tribunaux pénaux ont établi que tel était le cas. Bien qu'ils aient conclu que cela n'était « pas fatal » au présent appel, ils ont aussi établi que le fait que l'appelant continue de nier qu'il faisait une course « dénote que l'appelant ne saisit pas bien toute la portée de sa conduite » et que ce fait « joue contre l'appelant ». Les commissaires majoritaires concluent que [M. Khosa] éprouve des remords, mais que ces remords ne ressortent pas comme une « caractéristique irrésistible en l'espèce étant donné les admissions mitigées de [M. Khosa] ».

Or, j'estime que les remords de [M. Khosa], même s'il nie avoir participé à une course, sont authentiques et indiquent qu'il sera à l'avenir plus réfléchi et évitera d'agir avec une telle insouciance. [par. 50-51 et 53-54]

It seems evident that this is the sort of factual dispute which should be resolved by the IAD in the application of immigration policy, and not reweighed in the courts.

[65] In terms of transparent and intelligible reasons, the majority considered each of the *Ribic* factors. It rightly observed that the factors are not exhaustive and that the weight to be attributed to them will vary from case to case (para. 12). The majority reviewed the evidence and decided that, in the circumstances of this case, most of the factors did not militate strongly for or against relief. Acknowledging the findings of the criminal courts on the seriousness of the offence and possibility of rehabilitation (the first and second of the *Ribic* factors), it found that the offence of which the respondent was convicted was serious and that the prospects of rehabilitation were difficult to assess (para. 23).

[66] The weight to be given to the respondent's evidence of remorse and his prospects for rehabilitation depended on an assessment of his evidence in light of all the circumstances of the case. The IAD has a mandate different from that of the criminal courts. Khosa did not testify at his criminal trial, but he did before the IAD. The issue before the IAD was not the potential for rehabilitation for purposes of sentencing, but rather whether the prospects for rehabilitation were such that, alone or in combination with other factors, they warranted special relief from a valid removal order. The IAD was required to reach its own conclusions based on its own appreciation of the evidence. It did so.

[67] As mentioned, the courts below recognized some merit in Khosa's complaint. Lutfy C.J. recognized that the majority "chose to place greater weight on his denial that he participated in a race than others might have" (para. 36). Décary J.A. described the majority's preoccupation with street racing as "some kind of fixation" (para. 18). My colleague Fish J. also decries the weight put on

Il semble évident qu'un litige factuel de ce genre doit être tranché par la SAI dans l'application de la politique d'immigration et qu'il ne doit pas être réévalué par les tribunaux judiciaires.

[65] Quant à la transparence et à l'intelligibilité des motifs, les membres majoritaires ont pris en considération chacun des facteurs énoncés dans la décision *Ribic*. Ils ont fait remarquer à juste titre que cette énumération n'était pas exhaustive et que l'importance qu'il faut accorder à chaque facteur varie d'une affaire à l'autre (par. 12). Ils ont examiné la preuve et décidé que, dans les circonstances de l'espèce, la plupart des facteurs ne militaient fortement ni pour ni contre la prise de mesures. Prenant acte des constats des juridictions pénales sur la gravité de l'infraction et la possibilité de réadaptation (les premier et deuxième facteurs énoncés dans *Ribic*), les membres majoritaires ont conclu que l'infraction dont l'intimé a été reconnu coupable était grave et que ses possibilités de réadaptation étaient difficiles à établir (par. 23).

[66] L'importance qu'il convenait d'accorder à la preuve de remords présentée par l'intimé et à ses possibilités de réadaptation dépendait de l'appréciation de son témoignage au regard de toutes les circonstances de l'espèce. Le mandat de la SAI diffère de celui des juridictions pénales. M. Khosa n'a pas témoigné à son procès criminel, mais il l'a fait devant la SAI. La SAI ne devait pas apprécier ses possibilités de réadaptation pour les besoins de la détermination de la peine, mais déterminer plutôt si ses possibilités de réadaptation étaient telles que, seules ou combinées à d'autres facteurs, elles justifiaient la prise de mesures spéciales relativement à une mesure de renvoi valide. La SAI devait tirer ses propres conclusions fondées sur sa propre appréciation de la preuve. C'est ce qu'elle a fait.

[67] Comme je l'ai mentionné, les juridictions inférieures ont reconnu que la plainte de M. Khosa n'était pas dénuée de fondement. Le juge en chef Lutfy a constaté que la majorité a « choisi d'accorder davantage de poids que d'autres ne l'auraient peut-être fait à son déni de participation à une "course" » (par. 36). Pour décrire la préoccupation des membres de la majorité au sujet de la course de

this factor by the majority (para. 141). However, as emphasized in *Dunsmuir*, “certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions” (para. 47). In light of the deference properly owed to the IAD under s. 67(1)(c) of the *IRPA*, I cannot, with respect, agree with my colleague Fish J. that the decision reached by the majority in this case to deny special discretionary relief against a valid removal order fell outside the range of reasonable outcomes.

V. Disposition

[68] The appeal is allowed and the decision of the IAD is restored.

The following are the reasons delivered by

[69] ROTHSTEIN J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Binnie allowing this appeal. While I concur with this outcome, I respectfully disagree with the majority’s approach to the application of the *Dunsmuir* standard of review analysis under s. 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7 (“*FCA*”).

I. Introduction

[70] The central issue in this case is whether the *FCA* expressly, or by necessary implication, provides the standards of review to be applied on judicial review, and if so, whether this displaces the common law standard of review analysis recently articulated in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. The majority is of the view that the *Dunsmuir* standard of review analysis is to be read into s. 18.1(4) of the *FCA*. In my view,

le juge Décary a dit qu’elle les avait « quelque peu obnubilés » (par. 18). Mon collègue le juge Fish décrie aussi le poids accordé à ce facteur dans les motifs des juges majoritaires (par. 141). Toutefois, comme il a été souligné dans *Dunsmuir*, « certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n’appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d’opter pour l’une ou l’autre des différentes solutions rationnelles acceptables » (par. 47). Vu la déférence dont il faut à juste titre faire preuve envers les décisions rendues par la SAI en vertu de l’al. 67(1)c) de la *LIPR*, je ne puis souscrire à l’opinion de mon collègue, le juge Fish, selon laquelle la décision de la majorité de refuser en l’espèce la prise de mesures spéciales discrétionnaires contre une mesure de renvoi valide ne faisait pas partie de la gamme des issues raisonnables.

V. Dispositif

[68] Le pourvoi est accueilli et la décision de la SAI est rétablie.

Version française des motifs rendus par

[69] LE JUGE ROTHSTEIN — J’ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Binnie, qui est d’avis d’accueillir le pourvoi. Bien que je souscrive au résultat auquel il arrive, je ne puis me rallier au point de vue des juges majoritaires concernant l’application, dans le cadre de l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7 (« *LCF* »), de l’analyse relative à la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir*.

I. Introduction

[70] La question fondamentale en l’espèce est de savoir si la *LCF* établit, expressément ou par déduction nécessaire, les normes applicables en matière de contrôle judiciaire et, le cas échéant, si ces normes supplantent l’analyse relative à la norme de contrôle applicable en common law élaborée récemment dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Les juges majoritaires sont d’avis que le par. 18.1(4) de

courts must give effect to the legislature's words and cannot superimpose on them a duplicative common law analysis. Where the legislature has expressly or impliedly provided for standards of review, courts must follow that legislative intent, subject to any constitutional challenge.

[71] Section 18.1(4) of the *FCA* states:

(4) [Grounds of review] The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

- (a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;
- (b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;
- (c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;
- (d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;
- (e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or
- (f) acted in any other way that was contrary to law.

[72] The language of s. 18.1(4)(d) makes clear that findings of fact are to be reviewed on a highly deferential standard. Courts are only to interfere with a decision based on erroneous findings of fact where the federal board, commission or other tribunal's factual finding was "made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it". By contrast with para. (d), there is no suggestion that courts should defer in reviewing a question that raises any of the other criteria in s. 18.1(4). Where Parliament intended a deferential standard of review in s. 18.1(4), it used clear and unambiguous language. The necessary implication is that where Parliament did not provide for

la *LCF* doit être tenu pour inclure implicitement cette analyse. À mon sens, les cours de justice doivent donner effet au libellé de la loi et ne peuvent y superposer une analyse en common law qui fait double emploi. Dans les cas où le législateur a expressément ou implicitement prévu les normes de contrôle applicables, les cours de justice doivent respecter l'intention du législateur, sous réserve des questions touchant la constitutionnalité.

[71] Le paragraphe 18.1(4) de la *LCF* est ainsi formulé :

(4) [Motifs] Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas :

- a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;
- b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;
- c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;
- d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;
- e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;
- f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

[72] Il ressort clairement du libellé de l'al. 18.1(4)d) que la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait appelle un degré élevé de déférence. Les tribunaux judiciaires ne doivent intervenir que si la décision de l'office fédéral est fondée sur une conclusion de fait erronée qu'il a « tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose ». Contrairement à l'al. d), les autres dispositions du par. 18.1(4) n'indiquent pas que les tribunaux judiciaires devraient appliquer une norme de contrôle empreinte de déférence pour l'examen des critères qui y sont énoncés. Lorsqu'il a voulu imposer une norme de contrôle empreinte de déférence pour l'application du par. 18.1(4), le

a deferential standard, its intent was that no deference be shown. As I will explain, the language and context of s. 18.1(4), and in particular the absence of deferential wording, demonstrates that a correctness standard is to be applied to questions of jurisdiction, natural justice, law and fraud. The language of s. 18.1(4)(d) indicates that deference is only to be applied to questions of fact.

[73] *Dunsmuir* reaffirmed that “determining the applicable standard of review is accomplished by establishing legislative intent” (para. 30). The present majority’s insistence that *Dunsmuir* applies even where Parliament specifies a standard of review is inconsistent with that search for legislative intent, in my respectful view.

[74] Standard of review developed as a means to reconcile the tension that privative clauses create between the rule of law and legislative supremacy: see *U.E.S., Local 298 v. Bibault*, [1988] 2 S.C.R. 1048. “Full” or “strong” privative clauses that purport to preclude the judicial review of a question brought before a reviewing court give rise to this judicial-legislative tension, which deference and standard of review were developed to resolve: see *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers’ Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 17, for a discussion of the nature of privative clauses. In my opinion, the application of *Dunsmuir* outside the strong privative clause context marks a departure from the conceptual and jurisprudential origins of the standard of review analysis.

[75] In my view, the question of whether the *Dunsmuir* standard of review analysis applies to judicial review under s. 18.1 of the *FCA* becomes clear when one examines the conceptual basis for the common law standard of review analysis. As explained in part II, standard of review emerged as a means to reconcile the judicial-legislative tension

législateur a utilisé des termes clairs et non équivoques. Il s’ensuit nécessairement que le législateur ne voulait pas qu’une norme empreinte de déférence soit appliquée dans les cas où il ne l’a pas précisé. Comme je l’expliquerai, le texte et le contexte du par. 18.1(4), et notamment l’absence de libellé commandant la déférence, montrent que la norme de la décision correcte doit être appliquée aux questions touchant la compétence, la justice naturelle, le droit et la fraude. Le libellé de l’al. 18.1(4)d) indique que seules les questions de fait sont assujetties à une norme empreinte de déférence.

[73] Dans *Dunsmuir*, la Cour a réitéré qu’il faut déterminer « la norme de contrôle applicable en fonction de l’intention du législateur » (par. 30). J’estime, avec égard, que la position des juges majoritaires voulant que l’arrêt *Dunsmuir* s’applique même dans les cas où le législateur a précisé la norme de contrôle applicable va à l’encontre de cette recherche de l’intention du législateur.

[74] La norme de contrôle judiciaire se veut un moyen de résoudre la tension créée par les clauses privatives entre la primauté du droit et la suprématie législative : voir *U.E.S., Local 298 c. Bibault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Les clauses privatives « rigoureuses » ou « intégrales » qui excluent censément le contrôle judiciaire d’une question soumise à une cour de révision créent cette tension entre les ordres judiciaire et législatif, qu’on a voulu résoudre au moyen de la déférence et de la norme de contrôle : voir *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers’ Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 17, pour une description de la nature des clauses privatives. Selon moi, l’application de l’arrêt *Dunsmuir* en dehors du contexte d’une clause privative rigoureuse marque une rupture avec les origines conceptuelle et jurisprudentielle de l’analyse relative à la norme de contrôle.

[75] J’estime qu’un examen du fondement conceptuel de l’analyse relative à la norme de contrôle applicable en common law permet de répondre clairement à la question de savoir si l’analyse décrite dans *Dunsmuir* s’applique au contrôle judiciaire prévu à l’art. 18.1 de la *LCF*. Comme nous le verrons dans la partie II, la norme de contrôle

to which privative clauses gave rise. The legislature's desire to immunize certain administrative decisions from judicial scrutiny conflicted with the constitutional supervisory role of the courts and, as such, required a juridical response that could reconcile these competing requirements. Deference and standard of review was the result. It was the departure from this conceptual origin that blurred the role of the privative clause as the legislature's communicative signal of relative expertise, and in doing so, the Court moved away from the search for legislative intent that governs this area. In part III, I refer to this Court's jurisprudence on the judicial recognition of legislated standards of review. That jurisprudence is clear that courts must give effect to legislated standards of review, subject to any constitutional challenges. In part IV, I explain that having regard to the conceptual origin of standard of review and the jurisprudence on legislated standards of review, s. 18.1(4) of the *FCA* occupies the field of standard of review and therefore ousts the common law on that question, excepting in cases of a strong privative clause. In part V, I conclude by briefly considering the Immigration Appeal Division ("IAD") decision in this case. Like the majority, I would allow the appeal.

II. The Place of Standard of Review: Reconciling the Judicial-Legislative Tension of the Privative Clause

A. *The Judicial-Legislative Tension*

[76] Absent a privative clause, courts have always retained a supervisory judicial review role. In the provinces, provincial superior courts have inherent jurisdiction and in most, if not all, cases statutory judicial review jurisdiction. In the federal context, the *FCA* transferred this inherent jurisdiction

est devenue le moyen de résoudre la tension entre les ordres judiciaire et législatif créée par les clauses privatives. La volonté du législateur de mettre certaines décisions administratives à l'abri du processus d'examen judiciaire entraine en conflit avec le pouvoir constitutionnel de surveillance des tribunaux judiciaires, d'où la nécessité de trouver une solution juridique qui permette de les concilier. Cette solution a pris la forme de la déférence et de la norme de contrôle. La rupture avec cette assise conceptuelle a embrouillé le rôle de la clause privative en tant qu'indication par le législateur de l'expertise relative de l'organisme administratif et, ce faisant, la Cour s'est écartée de la recherche de l'intention du législateur, déterminante dans ce domaine. Dans la partie III, je fais mention de la jurisprudence de notre Cour portant sur la reconnaissance judiciaire des normes de contrôle fixées par voie législative. Il ressort clairement de cette jurisprudence que les cours de justice doivent appliquer les normes de contrôle fixées par la loi, sauf s'il y a contestation constitutionnelle. Dans la partie IV, j'explique que, compte tenu de l'origine conceptuelle des normes de contrôle et de la jurisprudence sur les normes de contrôle d'origine législative, le par. 18.1(4) de la *LCF* régit entièrement la question des normes de contrôle et déloge les principes de common law en la matière, exception faite des cas où il existe une clause privative rigoureuse. Dans la partie V, je conclus par un examen sommaire de la décision rendue par la Section d'appel de l'immigration (« SAI ») en l'espèce. À l'instar de la majorité, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Le rôle de la norme de contrôle : résoudre la tension entre les ordres judiciaire et législatif découlant des clauses privatives

A. *La tension entre les ordres judiciaire et législatif*

[76] En l'absence d'une clause privative, les tribunaux judiciaires ont toujours exercé un pouvoir de surveillance. Dans les provinces, les cours supérieures provinciales possèdent une compétence inhérente et la plupart, sinon toutes, sont aussi investies d'une compétence d'origine législative en

from the provincial superior courts to the Federal Courts. Where applicable, statutory rights of appeal also grant affected parties the right to appeal an administrative decision to court. This residual judicial review jurisdiction means that courts retained authority to ensure the rule of law even as delegated administrative decision making emerged. La Forest and Iacobucci JJ. acknowledged this in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, when La Forest J. wrote that

[i]n the absence of other provisions indicating a disposition to limit judicial review, the normal supervisory role of the courts remains. The administrative tribunal, of course, is authorized to make determinations on these questions, but they are not to be insulated from the general supervisory role of the courts. [p. 584]

The legislature was well aware that parties who perceived an administrative injustice would still have recourse to the courts.

[77] The question is, however, whether the creation of expert tribunals automatically meant that there was to be some limitation on the judicial review role of the courts, in particular on questions of law. Where the legislature enacted strong privative clauses precluding review for legal error, there is no doubt that this was the legislative intent. In my opinion, the same limit on judicial review cannot be inferred merely from the establishment of a tribunal when the legislature did not seek to immunize the tribunal's decisions from judicial review. In those cases, the creation of an administrative decision-maker did not by itself give rise to a tension with the supervisory role of the courts.

[78] In contrast, the majority appears to understand the judicial review of administrative decisions

matière de contrôle judiciaire. Sous le régime fédéral, la *LCF* a transféré cette compétence inhérente des cours supérieures des provinces aux Cours fédérales. Les droits d'appel établis par un texte législatif, le cas échéant, permettent également aux parties intéressées d'interjeter appel d'une décision administrative devant un tribunal judiciaire. Cette compétence résiduelle en matière de contrôle judiciaire signifie que les tribunaux judiciaires ont conservé le pouvoir d'assurer la primauté du droit, malgré l'essor du pouvoir délégué de rendre une décision administrative. Les juges La Forest et Iacobucci l'ont reconnu dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554. Voici ce qu'y dit le juge La Forest :

En l'absence d'autres dispositions indiquant une intention de limiter le contrôle judiciaire, les cours de justice conservent leur pouvoir habituel de surveillance. Le tribunal administratif est certes habilité à prendre des décisions sur ces questions, mais ces décisions ne sont pas à l'abri de la surveillance générale des cours de justice. [p. 584]

Le législateur savait très bien que les parties continueraient de s'adresser aux tribunaux judiciaires pour obtenir réparation si elles estimaient qu'une décision administrative était injuste.

[77] Cependant, la question est de savoir si la création de tribunaux administratifs spécialisés devait automatiquement restreindre le pouvoir de contrôle des tribunaux judiciaires, plus particulièrement à l'égard des questions de droit. Dans les cas où il a édicté des clauses privatives rigoureuses empêchant le contrôle judiciaire d'une décision comportant une erreur de droit, le législateur n'a laissé aucun doute quant à son intention. À mon avis, la simple création d'un tribunal administratif ne permet pas de conclure à pareille limitation du pouvoir de contrôle judiciaire, lorsque le législateur n'a pas tenté de soustraire les décisions de ce tribunal au contrôle judiciaire. Dans ce cas, la mise sur pied d'un tribunal administratif ne crée pas en soi de tension avec le rôle de surveillance des tribunaux judiciaires.

[78] Par contre, les juges majoritaires semblent croire que le contrôle judiciaire des décisions

as automatically engaging a judicial-legislative tension, which the standard of review analysis seeks to resolve. In *Dunsmuir*, Bastarache and LeBel JJ., writing for the majority, described this as follows:

Judicial review seeks to address an underlying tension between the rule of law and the foundational democratic principle, which finds an expression in the initiatives of Parliament and legislatures to create various administrative bodies and endow them with broad powers. Courts, while exercising their constitutional functions of judicial review, must be sensitive not only to the need to uphold the rule of law, but also to the necessity of avoiding undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures. [Emphasis added; para. 27.]

As I understand this reasoning, the legislature displaced (or attempted to displace) judicial decision making in some areas by creating administrative bodies. From this viewpoint, the standard of review functions as a necessary balancing exercise between the courts' constitutional exercise of judicial review and the legislative desire to delegate certain powers to administrative bodies.

[79] In my opinion, in the absence of a strong privative clause such as existed in *Dunsmuir*, there are important reasons to question whether this view is applicable. Broadly speaking, it is true of course that the creation of expert administrative decision-makers evidenced a legislative intent to displace or bypass the courts as primary adjudicators in a number of areas. As Professor W. A. Bogart notes, “[t]he core idea was that the legislature wanted to regulate some area but wished someone else, an administrative actor, to carry out the regulation for reasons of expertise, expediency, access, independence from the political process, and so forth” (“The Tools of the Administrative State and the Regulatory Mix”, in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (2008), 25, at p. 31). It was only with the enactment of privative clauses, however, that the legislature evidenced

administratives crée d'emblée une tension entre les ordres judiciaire et législatif et que l'analyse relative à la norme de contrôle vise à résoudre cette tension. Dans l'arrêt *Dunsmuir*, les juges Bastarache et LeBel, s'exprimant au nom de la majorité, ont donné l'explication suivante :

Le contrôle judiciaire s'intéresse à la tension sous-jacente à la relation entre la primauté du droit et le principe démocratique fondamental, qui se traduit par la prise de mesures législatives pour créer divers organismes administratifs et les investir de larges pouvoirs. Lorsqu'elles s'acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d'éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur. [Je souligne; par. 27.]

Je comprends de ce raisonnement que le législateur a retiré (ou tenté de retirer) aux cours de justice leur pouvoir décisionnel dans certains domaines en créant des tribunaux administratifs. Vue sous cet angle, la norme de contrôle devient un exercice nécessaire de mise en équilibre de l'exercice constitutionnel du contrôle judiciaire par les cours et de la volonté du législateur de déléguer certains pouvoirs aux organismes administratifs.

[79] Selon moi, en l'absence d'une clause privative rigoureuse comme celle dont il était question dans *Dunsmuir*, d'importantes raisons justifient que l'on s'interroge sur l'application de ce point de vue. De manière générale, il est vrai que la création de décideurs administratifs spécialisés témoigne de l'intention du législateur de remplacer les cours de justice ou de les déloger en tant que principaux décideurs dans plusieurs domaines. Selon le professeur W. A. Bogart, [TRADUCTION] « [l]e législateur voulait essentiellement régler certains domaines, mais souhaitait qu'une autre partie, un organisme administratif, veille à l'application des règlements pour des considérations touchant notamment l'expertise, l'efficacité, l'accès et l'indépendance par rapport au processus politique » (« The Tools of the Administrative State and the Regulatory Mix », dans C. M. Flood et L. Sossin, dir., *Administrative*

an intent to oust, or at the very least restrict, the court's review role.

[80] The most obvious case was labour relations. Labour relations boards were created during the First and Second World Wars, in part to stave off labour unrest: see R. J. Charney and T. E. F. Brady, *Judicial Review in Labour Law* (loose-leaf), at pp. 2-1 to 2-17. In order to protect the boards from judicial intervention, the legislature enacted strong privative clauses. Professor Audrey Macklin notes that “[f]rustrated with judicial hostility toward the objectives of labour relations legislation, the government not only established a parallel administrative regime of labour relations boards, but also enacted statutory provisions that purported to preclude entirely judicial review of the legality of administrative action”: “Standard of Review: The Pragmatic and Functional Test”, in *Administrative Law in Context*, 197, at p. 199. While there are different types of privative clauses, the labour relations context gave rise to strong privative clauses that typically purported to preclude review not only of factual findings, but also legal and jurisdictional decisions of the tribunal: see *Pasiechnyk*, at para. 17 (discussing what constitutes a “full” or “true” privative clause).

[81] In attempting to preclude judicial review, privative clauses gave rise to a tension between the two core pillars of the public law system: legislative supremacy and the judicial enforcement of law: see D. Dyzenhaus, “Disobeying Parliament? Privative Clauses and the Rule of Law”, in R. W. Bauman and T. Kahana, eds., *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State* (2006), 499, at p. 500. Strong privative clauses reflected the legislature's intent to make

Law in Context (2008), 25, p. 31). Ce n'est toutefois qu'en édictant des clauses privatives que le législateur a manifesté son intention d'écartier, ou à tout le moins de restreindre, le rôle de contrôle des tribunaux judiciaires.

[80] L'exemple le plus évident est le domaine des relations de travail. Les commissions des relations de travail ont été mises sur pied pendant les Première et Seconde Guerres mondiales, en partie pour enrayer l'agitation ouvrière : voir R. J. Charney et T. E. F. Brady, *Judicial Review in Labour Law* (feuilles mobiles), p. 2-1 à 2-17. Afin d'empêcher les tribunaux judiciaires de s'immiscer dans les affaires des commissions, le législateur a édicté des clauses privatives rigoureuses. Aux dires de la professeure Audrey Macklin, [TRADUCTION] « [c]omme il était excédé par l'hostilité judiciaire envers les objectifs de la législation en matière de relations de travail, le gouvernement a non seulement établi un régime administratif parallèle de commissions des relations de travail, mais a aussi adopté des dispositions législatives visant à empêcher entièrement le contrôle judiciaire de la légalité des mesures administratives » : « Standard of Review : The Pragmatic and Functional Test », dans *Administrative Law in Context*, 197, p. 199. Bien qu'il existe différents types de clauses privatives, les clauses privatives rigoureuses qui ont été édictées dans le contexte des relations de travail visaient généralement à empêcher le contrôle non seulement des conclusions de fait du tribunal administratif, mais aussi de ses conclusions touchant le droit et sa compétence : voir *Pasiechnyk*, par. 17 (examen de ce qui constitue une clause privative « intégrale » ou « véritable »).

[81] Les clauses privatives, qui avaient pour objectif d'empêcher le contrôle judiciaire, ont créé une tension entre les deux piliers fondamentaux du régime de droit public : la suprématie législative et l'application de la loi par les tribunaux judiciaires : voir D. Dyzenhaus, « Disobeying Parliament? Privative Clauses and the Rule of Law », dans R. W. Bauman et T. Kahana, dir., *The Least Examined Branch : The Role of Legislatures in the Constitutional State* (2006), 499, p. 500. Les

administrative decisions final and thereby beyond the purview of judicial scrutiny. This conflicts with the rule of law principle of accountability, for which access to courts is necessary. As Professor Mary Liston notes:

The risk to the accountability function of the rule of law was that these officials could behave as a law unto themselves because they would be the sole judges of the substantive validity of their own acts. The institutional result of privative clauses was a system of competing and irreconcilable supremacies between the legislative and judicial branches of government.

(“Governments in Miniature: The Rule of Law in the Administrative State”, in *Administrative Law in Context*, 77, at p. 104)

Faced with these competing “supremacies”, courts were forced to develop a juridical approach that would reconcile, or at least alleviate, this tension. In Canada, courts opted for the deference approach.

B. *The Origins of the Standard of Review Analysis: Resolving the Privative Clause Tension*

[82] The deference approach emerged as a means of reconciling Parliament’s intent to immunize certain administrative decisions from review with the supervisory role of courts in a rule of law system. This approach originated with *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 (“*C.U.P.E.*”). In reviewing a labour tribunal decision, Dickson J., as he then was, wrote that the privative clause “constitutes a clear statutory direction on the part of the Legislature that public sector labour matters be promptly and finally decided by the [Public Service Labour Relations] Board” (p. 235). The decision of the Board was protected so long as it was not “so patently unreasonable that the Board . . . did ‘something which takes the exercise of its powers

clauses privatives rigoureuses exprimaient l’intention du législateur de rendre les décisions administratives inattaquables et de les mettre ainsi à l’abri de tout examen judiciaire, ce qui est contraire à la primauté du droit et à son principe de responsabilité dont l’accès aux cours de justice constitue un élément essentiel. La professeure Mary Liston s’est exprimée ainsi à cet égard :

[TRADUCTION] En ce qui concerne le principe de responsabilité inhérent à la primauté du droit, le risque venait de ce que ces autorités pouvaient faire la loi puisqu’elles jugeaient en dernier ressort de la validité quant au fond de leurs propres décisions. Du point de vue institutionnel, les clauses privatives ont engendré les suprématies concurrentes et irréconciliables de l’ordre législatif et de l’ordre judiciaire du gouvernement.

(« Governments in Miniature : The Rule of Law in the Administrative State », dans *Administrative Law in Context*, 77, p. 104)

Aux prises avec ces « suprématies » concurrentes, les cours de justice ont dû trouver une solution juridique permettant de résoudre ou du moins d’atténuer cette tension. Au Canada, les cours de justice ont choisi la déférence.

B. *Les origines de l’analyse relative à la norme de contrôle : résoudre la tension créée par les clauses privatives*

[82] La déférence est apparue comme un moyen de concilier l’intention du législateur de soustraire certaines décisions administratives au contrôle judiciaire et le pouvoir de surveillance des tribunaux judiciaires dans un système fondé sur la primauté du droit. Le recours à la déférence remonte à l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (« *S.C.F.P.* »). Dans le cadre du contrôle d’une décision en matière de relations de travail, le juge Dickson, plus tard juge en chef de notre Cour, a déclaré que la clause privative « révèle clairement la volonté du législateur que les différends du travail dans le secteur public soient réglés promptement et en dernier ressort par la Commission [des relations de travail

outside the protection of the privative or preclusive clause” (p. 237).

[83] The deference approach sought to give effect to the legislature’s recognition that the administrative decision-maker had relative expertise on some or all questions. The privative clause indicated the area of tribunal expertise that the legislature was satisfied warranted deference. As Professor Dyzenhaus explains:

... *CUPE* involves more than concession. Right at the outset of the development of the idea of deference, it was clear that there was a judicial cession of interpretative authority to the tribunal, within the scope of its expertise — the area of jurisdiction protected by the privative clause. The cession was not total — the tribunal could not be patently unreasonable. But it was significant because it required that judges defer to the administration’s interpretations of the law, except on jurisdictional, constitutional, or constitution like issues. [Emphasis added; p. 512.]

[84] It is clear in *C.U.P.E.* that the deferential approach was contingent upon and shaped by the relevant privative clause. Interpretive authority was only ceded to tribunals in the area “within the scope of its expertise — the area of jurisdiction protected by the privative clause”. A strong privative clause that protected legal as well as factual and discretionary decisions meant that the legislature recognized the tribunal as having relative expertise with respect to all these questions. Dickson J. emphasized that the legislature’s frequent use of privative clauses in the labour relations context was intimately connected to tribunal expertise. He wrote that “[t]he rationale for protection of a labour board’s decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations” (p. 235). In other words, tribunal expertise was a compelling

dans les services publics] » (p. 235). La décision de la Commission ne pouvait être modifiée tant qu’elle n’était pas « à ce point déraisonnable que [la Commission] [. . .] a, au cours de cette enquête, fait “quelque chose qui retire l’exercice de ce pouvoir de la protection offerte par la clause privative ou limitative” » (p. 237).

[83] La déférence visait à traduire dans les faits la reconnaissance par le législateur de l’expertise relative du tribunal administratif concernant une partie ou la totalité des questions. La clause privative précisait le domaine de spécialisation du tribunal qui commandait la déférence aux yeux du législateur. Le professeur Dyzenhaus a fourni les précisions suivantes :

[TRADUCTION] ... *S.C.F.P.* représente beaucoup plus qu’une concession. Dès que l’idée de la déférence a été lancée, il était clair qu’il y avait cession du pouvoir judiciaire d’interprétation au tribunal administratif, dans son domaine de spécialisation, à savoir le domaine de compétence visé par la clause privative. La cession n’était pas complète, puisque le tribunal administratif ne pouvait rendre des décisions manifestement déraisonnables. Cependant, cette mesure revêtait une grande importance parce que les juges devaient s’en remettre à l’interprétation du droit faite par les tribunaux administratifs, exception faite des questions de compétence et des questions constitutionnelles ou analogues. [Je souligne; p. 512.]

[84] Il ressort clairement de l’arrêt *S.C.F.P.* que l’existence et la forme de la déférence dépendaient de la clause privative pertinente. Le pouvoir d’interprétation a été cédé aux tribunaux administratifs uniquement dans leur « domaine de spécialisation, à savoir le domaine de compétence visé par la clause privative ». Une clause privative rigoureuse qui protégeait les conclusions de droit ainsi que les conclusions factuelles et les décisions discrétionnaires des tribunaux administratifs témoignait de la reconnaissance par le législateur de l’expertise du tribunal administratif dans ces domaines. Le juge Dickson a souligné le lien étroit entre la fréquence des clauses privatives édictées dans le contexte des relations de travail et l’expertise du tribunal. Il s’est exprimé ainsi : « On veut protéger les décisions d’une commission des relations de travail, lorsqu’elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission

rationale for imposing a privative clause. It was not, however, a free-standing basis for deference.

[85] A further step in the development of the deference approach was *Bibeault*, when this Court introduced the pragmatic and functional approach for determining the appropriate standard of review. The pragmatic and functional approach, now known simply as the standard of review analysis, was intended to focus “the Court’s inquiry directly on the intent of the legislator rather than on interpretation of an isolated provision” (p. 1089). In reviewing a decision-maker protected by a strong privative clause, this more expansive analysis examined “not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal” (p. 1088). Beetz J. emphasized the overarching objective of giving effect to legislative intent while upholding courts’ supervisory role in a rule of law system (see p. 1090).

[86] The reasoning of Gonthier J. in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, further reflected this understanding that it is the privative clause that signals when deference is owed and that demarcates the area of relative expertise. Gonthier J. made clear that:

Where the legislator has clearly stated that the decision of an administrative tribunal is final and binding, courts of original jurisdiction cannot interfere with such decisions unless the tribunal has committed an error which goes to its jurisdiction. . . . Decisions which are so protected are, in that sense, entitled to a non-discretionary form of deference because the legislator intended them to be final and conclusive and, in turn, this intention arises out of the desire to leave the resolution of some

est un tribunal spécialisé chargé d’appliquer une loi régissant l’ensemble des relations de travail » (p. 235). En d’autres termes, l’expertise du tribunal constituait un motif impérieux d’imposer une clause privative. Toutefois, il ne s’agissait pas d’un motif indépendant justifiant en soi la déférence.

[85] L’évolution de la déférence a également été marquée par l’arrêt *Bibeault*, dans lequel notre Cour a adopté la méthode pragmatique et fonctionnelle de détermination de la norme de contrôle. Cette méthode pragmatique et fonctionnelle, désormais appelée simplement l’analyse relative à la norme de contrôle, visait à faire « porter l’enquête de la Cour directement sur l’intention du législateur plutôt que sur l’interprétation d’une disposition législative isolée » (p. 1089). Dans le cadre du contrôle judiciaire d’une décision rendue par un décideur protégé par une clause privative rigoureuse, cette analyse plus approfondie a pris en compte « non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l’objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d’être de ce tribunal, le domaine d’expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal » (p. 1088). Le juge Beetz a insisté sur l’objectif primordial qui consiste à donner effet à l’intention du législateur tout en permettant aux tribunaux judiciaires d’exercer leur pouvoir de surveillance dans un système fondé sur la primauté du droit (voir la p. 1090).

[86] Le raisonnement du juge Gonthier dans *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, fait également ressortir le fait que c’est la clause privative qui révèle les circonstances commandant la déférence et qui circonscrit le domaine de spécialisation relative de l’organisme administratif. Le juge Gonthier a expliqué ce qui suit :

Si le législateur affirme clairement que la décision d’un tribunal administratif est finale et exécutoire, les tribunaux judiciaires de première instance ne peuvent toucher à ces décisions à moins que le tribunal administratif n’ait commis une erreur qui porte atteinte à sa compétence. [. . .] Les décisions qui sont ainsi protégées doivent, en ce sens, faire l’objet d’une forme de retenue non discrétionnaire parce que le législateur a voulu qu’elles soient définitives et sans appel et cette intervention du législateur

issues in the hands of a specialized tribunal. [Emphasis added; p. 1744.]

Gonthier J.'s statement captured the essential role of the privative clause. Privative clauses indicate the legislature's intent that administrative decisions made within "the hands of a specialized tribunal" be deemed final and conclusive. It is in these cases that courts must balance their constitutional role to preserve the rule of law with the legislature's intent to oust the courts' jurisdiction. Gonthier J.'s reasoning understood expertise as the underlying rationale for enacting the privative clause. Expertise alone was not interpreted as indicating a legislative intent for finality. If the legislature intended to protect expert decision-makers from review, it did so through a privative clause.

C. *Departure From the Origins of Standard of Review: Expertise as a Stand-Alone Basis for Deference*

[87] However, with *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, there was a departure from the conceptual origin of standard of review I have described. That case involved the judicial review of a tribunal decision that was not protected by a privative clause and in fact was subject to a statutory right of appeal. Relying on the language of "specialization of duties" from *Bell Canada*, the Court in *Pezim* imputed relative expertise to the tribunal, including on questions of law, based on its statutory mandates. In *Pezim*, the Court reviewed the constating statute of the British Columbia Securities Commission and found that "[t]he breadth of the Commission's expertise and specialisation is reflected in the provisions of the [B.C. Securities Act]" (p. 593). This approach of judicially imputing expertise, even on questions of law, was a departure from earlier jurisprudence that relied on privative clauses as the manifest signal of the legislature's recognition of relative tribunal expertise.

découle, à son tour, de la volonté de laisser à des tribunaux spécialisés le soin de trancher certains litiges. [Je souligne; p. 1744.]

Les propos du juge Gonthier cernent bien le rôle essentiel de la clause privative. La clause privative révèle la volonté du législateur « de laisser à des tribunaux spécialisés le soin » de rendre des décisions qui soient définitives et inattaquables. C'est dans ces circonstances que les tribunaux judiciaires doivent mettre en balance leur pouvoir constitutionnel de préserver la primauté du droit et l'intention du législateur de leur retirer compétence. Suivant le raisonnement du juge Gonthier, l'expertise constituait la raison d'être de la clause privative. L'expertise seule ne révélait pas l'intention du législateur de rendre les décisions inattaquables. Pour manifester son intention de soustraire les décideurs spécialisés au contrôle judiciaire, le législateur édictait une clause privative.

C. *Rupture avec les origines de la norme de contrôle : l'expertise comme motif justifiant à lui seul la déférence*

[87] Toutefois, avec l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, s'est produite une rupture avec l'origine conceptuelle de la norme de contrôle que j'ai décrite. Cette cause portait sur le contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal administratif qui n'était pas protégée par une clause privative et qui était, en fait, susceptible d'appel aux termes de la loi. En se fondant sur le « principe de la spécialisation des fonctions » énoncé dans l'arrêt *Bell Canada*, la Cour dans *Pezim* a attribué une expertise relative au tribunal, y compris sur les questions de droit, compte tenu du mandat que lui confiait la loi. Dans *Pezim*, la Cour a examiné la loi constitutive de la British Columbia Securities Commission et elle a conclu que la « [Securities Act de la C.-B.] fait bien ressortir l'étendue de l'expertise et de la spécialisation de la Commission » (p. 593). En attribuant ainsi une expertise au tribunal, même à l'égard de questions de droit, la Cour a rompu avec la jurisprudence antérieure qui s'appuyait sur les clauses privatives comme indication manifeste de la reconnaissance de l'expertise relative du tribunal administratif par le législateur.

[88] My colleague Binnie J. writes at para. 26 of his reasons that “*Pezim* has been cited and applied in numerous cases over the last 15 years.” In light of this, he rejects what he sees as my effort “to roll back the *Dunsmuir* clock”. With respect, I do not believe that the longevity of *Pezim* should stand in the way of this Court’s recent attempts to return conceptual clarity to the application of standard of review. The fact that *Pezim* has been cited in other cases does not preclude this Court from revisiting its reasoning where there are compelling reasons to do so: *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, at para. 46. In my view, *Pezim*’s departure from the conceptual basis for standard of review constitutes such a compelling reason. In *Dunsmuir*, this Court recognized that the time had “arrived for a reassessment” of “the troubling question of the approach to be taken in judicial review of decisions of administrative tribunals” (para. 1). Such reassessment should include a return to the conceptual basis for standard of review.

[89] I do not dispute that reviewing courts, whether in the appellate or judicial review contexts, should show deference to lower courts and administrative decision-makers on questions of fact: see Deschamps J. in concurrence in *Dunsmuir* at para. 161. The principled bases articulated in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 13, for deference to judicial triers of fact are also relevant in the administrative review context. Just as judicial triers of fact are better situated to make findings of fact at first instance, so too are tribunals, especially in the area of policy making. In cases involving mixed fact and law, where the legal question cannot be extricated from a factual or policy finding, deference should be shown.

[90] However, where a legal question can be extricated from a factual or policy inquiry, it is inappropriate to presume deference where Parliament

[88] Mon collègue le juge Binnie écrit au par. 26 de ses motifs que l’arrêt « *Pezim* a été cité et appliqué dans de nombreuses décisions au cours des 15 dernières années. » Pour cette raison, il rejette ce qu’il perçoit comme une tentative de ma part de « retourner à l’époque » antérieure à *Dunsmuir*. Avec égard, je ne crois pas que la longévité de l’arrêt *Pezim* devrait faire obstacle aux efforts déployés récemment par la Cour pour redonner sa clarté conceptuelle à l’application de la norme de contrôle. Le fait que *Pezim* a été cité dans d’autres décisions n’empêche pas la Cour de réexaminer son raisonnement lorsque des motifs impérieux l’exige : *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, par. 46. À mon avis, le fait que l’arrêt *Pezim* s’écarte des assises conceptuelles de la norme de contrôle constitue un tel motif impérieux. Dans *Dunsmuir*, la Cour a reconnu que le « temps est venu de réévaluer [. . .] l’épineuse question de la démarche qu’il convient d’adopter pour le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs » (par. 1). Ce réexamen devrait inclure un retour aux assises conceptuelles de la norme de contrôle.

[89] Nul ne conteste que, dans le cadre d’un appel ou d’un contrôle judiciaire, les cours de révision devraient faire preuve de déférence à l’égard des décisions rendues par les juridictions de première instance et les organismes administratifs sur des questions de fait : voir les motifs concordants de la juge Deschamps dans *Dunsmuir*, au par. 161. Les raisons, exposées dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 13, qui justifient la déférence à l’égard des conclusions factuelles des juges de première instance s’appliquent également dans le contexte du contrôle judiciaire des décisions administratives. À l’instar des juges de première instance, les tribunaux administratifs sont mieux placés pour tirer des conclusions de fait, notamment dans le domaine de l’élaboration de politiques. La déférence s’impose dans le cas de questions mixtes de fait et de droit, lorsque la question de droit ne peut être isolée des conclusions sur les questions de fait ou de politique.

[90] Cependant, s’il est possible de dégager la question de droit de l’examen des questions de fait ou de politique, la déférence ne saurait se présu-

has not indicated this via a privative clause. The basic rule in the appellate context is that questions of law are to be reviewed on a correctness standard: *Housen*, at para. 8. The reasons for this are two-fold. First, “the principle of universality requires appellate courts to ensure that the same legal rules are applied in similar situations”: *Housen*, at para. 9. Divergent applications of legal rules undermine the integrity of the rule of law. Dating back to the time of Dicey’s theory of British constitutionalism, almost all rule of law theories include a requirement that each person in the political community be subject to or guided by the same general law: see A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed. 1959), at p. 193; L. L. Fuller, *The Morality of Law* (rev. ed. 1969), at pp. 81-91 (advocating the principle of congruence between official action and declared rule); J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (1979), at pp. 215-17 (“[s]ince the court’s judgment establishes conclusively what is the law in the case before it, the litigants can be guided by law only if the judges apply the law correctly”). A correctness standard on questions of law is meant, in part, to ensure this universality. Second, appellate and reviewing courts have greater law-making expertise relative to trial judges and administrative decision-makers. As this Court emphasized in *Housen*:

[W]hile the primary role of trial courts is to resolve individual disputes based on the facts before them and settled law, the primary role of appellate courts is to delineate and refine legal rules and ensure their universal application. In order to fulfill the above functions, appellate courts require a broad scope of review with respect to matters of law. [para. 9]

[91] In the administrative context, unlike the appellate context, the legislature may decide that an administrative decision-maker has superior expertise relative to a reviewing court, including on legal questions. It signals this recognition by enacting a

lorsque le législateur n’a pas donné d’indication en ce sens en édictant une clause privative. La règle fondamentale en appel veut que la norme de contrôle applicable aux questions de droit soit celle de la décision correcte : *Housen*, par. 8. Il en est ainsi pour deux raisons. Premièrement, « le principe de l’universalité impose [. . .] le devoir de veiller à ce que les mêmes règles de droit soient appliquées dans des situations similaires » : *Housen*, par. 9. Le manque de cohérence dans l’application des règles de droit mine l’intégrité de la primauté du droit. Depuis la formulation par Dicey de sa théorie du constitutionnalisme britannique, la quasi-totalité des théories de la primauté du droit exigent que tous les membres d’une collectivité politique soient régis ou guidés par les mêmes lois générales : voir A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10^e éd. 1959), p. 193; L. L. Fuller, *The Morality of Law* (éd. rév. 1969), p. 81-91 (défendant le principe de la concordance entre les actes officiels et les règles établies); J. Raz, *The Authority of Law : Essays on Law and Morality* (1979), p. 215-217 ([TRADUCTION] « [p]uisque le jugement de la cour établit de manière concluante le droit applicable dans le cas dont elle est saisie, le droit ne peut servir de guide aux parties que si les juges l’appliquent correctement »). La norme de la décision correcte applicable aux questions de droit vise, dans une certaine mesure, à garantir cette universalité. Deuxièmement, en matière de création du droit, l’expertise des cours d’appel et de révision est supérieure à celle des juges de première instance et des décideurs administratifs. Notre Cour a souligné ce qui suit dans l’arrêt *Housen* :

[A]lors que le rôle premier des tribunaux de première instance consiste à résoudre des litiges sur la base des faits dont ils disposent et du droit établi, celui des cours d’appel est de préciser et de raffiner les règles de droit et de veiller à leur application universelle. Pour s’acquitter de ces rôles, les cours d’appel ont besoin d’un large pouvoir de contrôle à l’égard des questions de droit. [par. 9]

[91] Dans le contexte administratif, à la différence du contexte d’un appel, le législateur peut décider que l’expertise du décideur administratif est supérieure à celle de la cour de révision, y compris sur les questions de droit. Il reconnaît cette supériorité

strong privative clause. It is in these cases that the court must undertake a standard of review analysis to determine the appropriate level of deference that is owed to the tribunal. It is not for the court to impute tribunal expertise on legal questions, absent a privative clause and, in doing so, assume the role of the legislature to determine when deference is or is not owed.

[92] The distinction between the judicial and legislative roles was further blurred when the privative clause was incorporated into the pragmatic and functional approach in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. *Pushpanathan* set out the four relevant factors for the standard of review analysis: privative clause, expertise, purpose of the act as a whole and of the provision in particular, and the nature of the problem. Rather than being viewed as the express manifestation of legislative intent regarding deference, the privative clause was now treated simply as one of several factors in the calibration of deference (standard of review). As Professor Macklin notes, “[i]f the privative clause was an exercise in communicating legislative intent about the role of the courts, suffice to say that the message was, if not lost, then at least reformulated in translation” (p. 225).

D. *Legislative Intent*

[93] In my opinion, recognizing expertise as a free-standing basis for deference on questions that reviewing courts are normally considered to be expert on (law, jurisdiction, fraud, natural justice, etc.) departs from the search for legislative intent that governs this area. As *Dunsmuir* reaffirmed, the rationale behind the common law standard of review analysis is to give effect to legislative intent (*Bastarache and LeBel JJ.*, at para. 30): see also *Pushpanathan*, at para. 26 (“[t]he central inquiry in determining the standard of review

en édictant une clause privative rigoureuse. C’est dans ces circonstances que la cour doit procéder à l’analyse relative à la norme de contrôle pour déterminer le degré de déférence dont doit bénéficier le tribunal administratif. Il n’appartient pas à la cour d’attribuer au tribunal administratif une expertise sur des questions de droit en l’absence d’une clause privative et, ce faisant, de déterminer à la place du législateur les circonstances qui commandent ou non la déférence.

[92] La distinction entre les rôles des ordres judiciaire et législatif s’est estompée encore davantage lorsque la clause privative a été incorporée dans la méthode pragmatique et fonctionnelle exposée dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. Dans cet arrêt, la Cour a énoncé les quatre facteurs à prendre en considération dans l’analyse relative à la norme de contrôle : la clause privative, l’expertise, l’objet de la loi dans son ensemble et de la disposition en cause et la nature du problème. Plutôt que d’être considérée comme l’expression manifeste de l’intention du législateur concernant la déférence, la clause privative était désormais considérée simplement comme l’un des multiples facteurs à prendre en considération pour déterminer le degré de déférence (la norme de contrôle) qui s’imposait. Selon la professeure Macklin, [TRADUCTION] « [s]i la clause privative était un moyen de communiquer l’intention du législateur concernant le rôle des tribunaux judiciaires, bornons-nous à dire que ce message a été, sinon perdu, du moins reformulé pendant sa transmission » (p. 225).

D. *L’intention du législateur*

[93] À mon avis, en reconnaissant l’expertise comme motif indépendant justifiant en soi la déférence à l’égard des questions normalement considérées comme du ressort des cours de révision (questions de droit, de compétence, de fraude, de justice naturelle, etc.) on s’écarte de la recherche de l’intention du législateur, qui est déterminante dans ce domaine. Comme notre Cour l’a réaffirmé dans *Dunsmuir*, l’analyse relative à la norme de contrôle en common law a pour objet de donner effet à l’intention du législateur (les juges Bastarache et LeBel,

exercisable by a court of law is the legislative intent of the statute creating the tribunal whose decision is being reviewed”); *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, at para. 149 (standard of review as “seeking the polar star of legislative intent”).

[94] Where the recognition of relative expertise was grounded in the privative clause, the legislature’s intent was clear. Departures from that conceptual basis have led courts to undertake what are often artificial judicial determinations of relative expertise. It seems quite arbitrary, for example, that courts may look at the nature of a tribunal as defined by its enabling statute, but not always conduct a full review of its actual expertise. Should a reviewing court be required to consider the qualifications of administrative decision-makers on questions that courts are normally considered to have superior expertise? For example, should it matter whether or not decision-makers have legal training? In the specific context of statutory interpretation, should the reviewing court scrutinize whether or not the tribunal regularly reviews and interprets particular provisions in its home statute such that it possesses relative expertise with respect to such provisions? See L. Sossin, “Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law” (2003), 27 *Advocates’ Q.* 478, at p. 491 (for a discussion of the judicial determination of expertise).

[95] Far from subscribing to the view that courts should be reviewing the actual expertise of administrative decision-makers, it is my position that this is the function of the legislature. In my view, the discordance between imputed versus actual expertise is simply one manifestation of the larger conceptual unhinging of tribunal expertise from the privative clause. The legislatures that create administrative decision-makers are better able to

par. 30) : voir aussi *Pushpanathan*, par. 26 (« [l]a détermination de la norme de contrôle que la cour de justice doit appliquer est centrée sur l’intention du législateur qui a créé le tribunal dont la décision est en cause »); *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, par. 149 (l’analyse relative à la norme de contrôle vise à « déterminer l’intention du législateur, qui doit nous guider »).

[94] Lorsque la reconnaissance de l’expertise relative reposait sur la clause privative, l’intention du législateur était manifeste. Les ruptures avec ces assises conceptuelles ont amené les tribunaux judiciaires à évaluer souvent artificiellement l’expertise relative. Par exemple, il semble plutôt arbitraire que les tribunaux judiciaires puissent examiner la nature d’un tribunal telle que la décrit sa loi habilitante, mais qu’ils ne procèdent pas toujours à un examen complet de son expertise réelle. La cour de révision devrait-elle être tenue d’examiner les titres de compétence des décideurs administratifs en ce qui concerne les questions à l’égard desquelles l’expertise des tribunaux judiciaires est normalement considérée supérieure? Par exemple, faut-il accorder de l’importance au fait que les décideurs ont ou non une formation en droit? Dans le contexte particulier de l’interprétation législative, la cour de révision doit-elle vérifier attentivement si le tribunal administratif examine et interprète régulièrement des dispositions particulières de sa loi habilitante et possède de ce fait une expertise relative à leur égard? Voir L. Sossin, « Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law » (2003), 27 *Advocates’ Q.* 478, p. 491 (où il est question de l’appréciation de l’expertise par les tribunaux judiciaires).

[95] Loin de souscrire à l’avis que les cours de justice devraient vérifier l’expertise réelle des décideurs administratifs, j’estime que cette tâche appartient au législateur. À mon sens, la discordance entre l’expertise qu’on attribue à un organisme administratif et son expertise réelle n’est qu’une manifestation de la séparation conceptuelle plus large entre l’expertise du tribunal et la clause privative. Le législateur qui crée un organisme

consider the relative qualifications, specialization and day-to-day workings of tribunals, boards and other decision-makers which they themselves have constituted. Where the legislature believes that an administrative decision-maker possesses superior expertise on questions that are normally within the traditional bailiwick of courts (law, jurisdiction, fraud, natural justice, etc.), it can express this by enacting a privative clause.

[96] In my respectful view, the majority's common law standard of review approach seeks two polar stars — express legislative intent and judicially determined expertise — that may or may not align. While there was some attempt by the majority in *Dunsmuir* to reconnect these inquiries, the move has been incomplete. Professor David Mullan notes that “expertise is no longer described as the single most important factor” in *Dunsmuir* and the privative clause is seen as a “strong indication” of a requirement of deference: “*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let's Try Again!” (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, at pp. 125-26. In my view, it is time for the courts to acknowledge that privative clauses and tribunal expertise are two sides of the same coin.

E. *Recognizing the Limitation of Common Law Standard of Review Analysis*

[97] Standard of review has dominated so much of administrative law jurisprudence and academic writing to date that one might hope it would, by now, provide a cogent and predictable analysis of when courts should adopt a deferential approach to an administrative decision. *Dunsmuir* demonstrates that this is still not the case. In *Dunsmuir*, six judges of this Court said that the standard of review applicable to the adjudicator's legal determination was reasonableness. Three judges found that the standard was correctness. Each group focused

administratif est mieux placé pour apprécier les compétences, les domaines de spécialisation et les activités courantes des tribunaux administratifs, commissions et autres décideurs qu'il a lui-même constitués. S'il est d'avis que le décideur administratif possède une expertise supérieure à celle des cours de justice sur des questions qui sont normalement du ressort de ces dernières (questions de droit, de compétence, de fraude, de justice naturelle, etc.), le législateur peut l'exprimer en édictant une clause privative.

[96] À mon humble avis, la méthode préconisée par la majorité en ce qui concerne la norme de contrôle applicable en common law cherche deux points de repère — l'intention manifeste du législateur et l'expertise que la cour attribue à l'organisme administratif — qui peuvent concorder ou non. Dans *Dunsmuir*, les juges majoritaires ont tenté de concilier ces démarches, mais ils ne sont pas allés jusqu'au bout. Le professeur David Mullan souligne que [TRADUCTION] « l'expertise n'est plus considérée comme le facteur unique le plus important » dans *Dunsmuir* et que la clause privative est perçue comme « une très bonne indication » de l'obligation de faire preuve de déférence : « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let's Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, p. 125-126. Je crois qu'il est temps que les cours de justice reconnaissent que les clauses privatives et l'expertise des tribunaux administratifs représentent les deux côtés d'une seule médaille.

E. *Limites de l'analyse relative à la norme de contrôle en common law*

[97] La norme de contrôle occupe une si grande place dans la jurisprudence et la doctrine en droit administratif qu'on pourrait espérer en tirer maintenant une méthode d'analyse probante et prévisible quant aux circonstances dans lesquelles les cours devraient faire montre de déférence à l'égard des décisions administratives. Or, l'arrêt *Dunsmuir* démontre que ce n'est pas encore le cas. Dans *Dunsmuir*, six juges de notre Cour ont déclaré que la norme de contrôle applicable à la décision de l'arbitre était celle de la raisonabilité, tandis que trois

on different aspects of the adjudicator's decision-making process. The majority gave weight to the presence of a strong privative clause, that the adjudicator was imputed to have expertise in interpreting his home statute, that the purpose of the legislation was the timely and binding settlement of disputes, and that the legal question was not outside the specialized expertise of the adjudicator. The minority focused on the relationship between the common law rules relating to dismissal and those under the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25. Because their starting point was the common law, over which the adjudicator was not imputed to have expertise, the minority was of the view that the correctness standard applied.

[98] What this demonstrates is that the common law standard of review analysis continues to provide little certainty about which standard will apply in a particular case. How a court will weigh and balance the four standard of review factors remains difficult to predict and therefore more costly to litigate. In my view, it must be recognized that the common law standard of review analysis does not provide for a panacea of rigorous and objective decision making regarding the intensity with which courts should review tribunal decisions. In attempting to reconcile the court's constitutional role in the face of a strong privative clause, it may be the best that we have at this point. But its application outside the privative clause context is, in my view, of highly questionable efficacy.

III. Judicial Recognition of Legislated Standards of Review

A. Giving Effect to Legislative Intent

[99] This Court has considered legislative language similar to that in s. 18.1(4) in previous cases and has held that a common law standard of review

juges ont conclu que la norme de la décision correcte s'appliquait. Chacun des deux groupes a concentré son attention sur des aspects différents du processus décisionnel de l'arbitre. Les juges majoritaires ont accordé plus de poids à l'existence d'une clause privative rigoureuse, à l'expertise présumée de l'arbitre quant à l'interprétation de sa loi habilitante, au fait que la loi avait pour objet le règlement rapide et exécutoire des différends, et au fait que la question de droit n'était pas étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre. Les juges minoritaires ont plutôt insisté sur le lien entre les règles de common law régissant le congédiement et celles fixées par la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25. Ayant pris la common law comme point de départ de leur analyse, un domaine auquel ne s'étendait pas l'expertise attribuée à l'arbitre, les juges minoritaires estimaient que la norme de la décision correcte s'appliquait.

[98] On constate donc que l'analyse relative à la norme de contrôle en common law ne permet toujours pas de savoir avec certitude quelle norme s'appliquera dans un cas donné. Il demeure difficile de prédire comment les tribunaux judiciaires apprécieront les quatre facteurs se rapportant à la norme de contrôle applicable et le coût des litiges s'en trouve accru. Pour ma part, je crois qu'il est primordial de reconnaître que l'analyse relative à la norme de contrôle en common law ne constitue pas une panacée en ce qui concerne la prise de décisions rigoureuses et objectives sur la portée du contrôle des décisions administratives par les tribunaux judiciaires. Lorsqu'il s'agit de concilier le rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires avec des clauses privatives rigoureuses, il pourrait être difficile de faire mieux pour l'instant. Toutefois, l'application de cette analyse à l'extérieur du cadre des clauses privatives est, à mon avis, d'une efficacité fort douteuse.

III. La reconnaissance judiciaire des normes de contrôle légales

A. Le respect de l'intention du législateur

[99] Notre Cour a examiné des dispositions législatives semblables au par. 18.1(4) dans des causes antérieures et a conclu qu'il n'était pas nécessaire

analysis is not necessary where the legislature has provided for standards of review. This Court held in *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779, that legislative rules specifying standards of review must be given effect by courts, subject to constitutional limits.

[100] The majority now attempts to qualify that holding in *Owen*. In my respectful view, that is ignoring the obvious. The majority insists that although not stated, the “common law of judicial review” was still in play in *Owen*. Binnie J. writes that “even in the context of a precisely targeted proceeding related to a named adjudicative board, the standard of review was evaluated by reference to the common law of judicial review” (para. 31). In my respectful opinion, to say (or imply) that a *Dunsmuir* standard of review analysis applies even where the legislature has articulated the applicable standard of review directly contradicts *Owen*.

[101] The majority nevertheless implies that even if the *Dunsmuir* standard of review analysis did not apply in *Owen*, this was only because of the specificity of s. 672.38 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (see para. 29). That section sets out the standard of review to be applied on judicial review of decisions from Review Boards regarding the liberty of persons found not criminally responsible. The majority contrasts this with s. 18.1 of the *FCA*, stating that “[r]esort to the general law of judicial review is all the more essential in the case of a provision like s. 18.1 of the [*FCA*] which, unlike s. 672 of the *Criminal Code*, is not limited to particular issues before a particular adjudicative tribunal” (para. 33). Thus, even if one rejects the view that a common law standard of review analysis was present in *Owen*, the majority still says that the generality of s. 18.1 of the *FCA* makes it applicable in the present case.

de procéder à une analyse relative à la norme de contrôle en common law dans les cas où le législateur a établi des normes de contrôle. Dans *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779, notre Cour a statué que les cours de justice doivent donner effet aux règles législatives qui établissent une norme de contrôle, sous réserve des limites constitutionnelles.

[100] Les juges majoritaires tentent maintenant de nuancer cette conclusion tirée dans *Owen*. À mon humble avis, ils nient l'évidence. Ils font valoir que, même si cela n'est pas mentionné, la « common law en matière de contrôle judiciaire » a joué dans l'arrêt *Owen*. Aux dires du juge Binnie, « même dans le contexte d'une procédure ayant un objectif précis concernant un office déterminé, la norme de contrôle a été établie en fonction des règles de common law en matière de contrôle judiciaire » (par. 31). Soit dit en tout respect, il est contraire à l'arrêt *Owen* d'affirmer (ou de laisser entendre) qu'il faut procéder à l'analyse relative à la norme de contrôle faite dans *Dunsmuir* même dans les cas où le législateur a prévu la norme de contrôle applicable.

[101] Les juges majoritaires laissent néanmoins entendre que, si l'analyse relative à la norme de contrôle faite dans *Dunsmuir* ne s'appliquait pas dans l'arrêt *Owen*, c'était uniquement en raison de la spécificité de l'art. 672.38 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (voir le par. 29). Cette disposition précise la norme de contrôle applicable au contrôle judiciaire des décisions rendues par les commissions d'examen chargées de se prononcer sur la remise en liberté des personnes déclarées non criminellement responsables. Les juges majoritaires comparent cette disposition à l'art. 18.1 de la *LCF*, faisant observer que « [l]e recours au droit général en matière de contrôle judiciaire est d'autant plus essentiel dans le cas d'une disposition comme l'art. 18.1 de la [*LCF*] qui, contrairement à l'art. 672 du *Code criminel*, ne se limite pas à des questions particulières soumises à un tribunal administratif précis » (par. 33). Par conséquent, les juges majoritaires affirment que, même si l'on nie la présence d'une analyse relative à la norme de contrôle en common law dans l'arrêt *Owen*, le caractère général de l'art. 18.1 de la *LCF* en dicte l'application en l'espèce.

[102] The problem with this reasoning is that such qualification would seriously undermine the legislature's ability to introduce greater certainty and predictability into the standard of review process. Drawn to its logical conclusion, in order to displace the *Dunsmuir* standard of review analysis, the majority's approach would require legislatures to enact standard of review legislation with respect to every single administrative tribunal or decision-maker and perhaps in relation to every type of decision they make. With respect, this amounts to a serious overreaching of this Court's role. It fails to respect the legislature's prerogative to articulate, within constitutional limits, what standard of review should apply to decision-makers that are wholly the products of legislation.

[103] In discussing British Columbia's *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45 ("B.C. ATA"), Binnie J. notes that "most if not all judicial review statutes are drafted against the background of the common law of judicial review" (para. 19). While I agree with this observation, I disagree with him as to the conclusions that should flow from it. The majority views the common law background as providing an opening for the continued relevance of a common law standard of review analysis. In reference to s. 58(2)(a) of the B.C. ATA, Binnie J. writes:

Despite *Dunsmuir*, "patent unreasonableness" will live on in British Columbia, but the content of the expression, and the precise degree of deference it commands in the diverse circumstances of a large provincial administration, will necessarily continue to be calibrated according to general principles of administrative law. [Underlining added; para. 19.]

[104] The majority would allow for recourse to the common law on several fronts. First, Binnie J. states that the common law jurisprudence on the "content" of "patently unreasonable" will be relevant. I agree that the common law will be a necessary interpretive tool where common law

[102] Le problème que pose ce raisonnement tient à ce que cette nuance entraverait grandement la capacité du législateur d'accroître la certitude et la prévisibilité du processus relatif à la norme de contrôle judiciaire. Logiquement, pour que l'analyse relative à la norme de contrôle qui a été faite dans *Dunsmuir* puisse être écartée, il faudrait, selon l'approche des juges majoritaires, que le législateur édicte des dispositions précisant la norme de contrôle applicable à chaque tribunal ou décideur administratif et peut-être même à chacun des différents types de décisions qu'il rend. J'estime, en toute déférence, que ce raisonnement attribue à notre Cour un rôle d'une portée nettement excessive. Il porte atteinte à la prérogative du législateur d'établir, dans les limites imposées par la Constitution, les normes de contrôle applicables aux décideurs d'origine purement législative.

[103] Le juge Binnie mentionne l'*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, de la Colombie-Britannique, en soulignant que « la plupart des dispositions législatives relatives au contrôle judiciaire, sinon toutes, sont rédigées comme s'inscrivant dans le contexte de la common law en matière de contrôle judiciaire » (par. 19). Bien que je souscrive à cette constatation, je ne suis pas d'accord avec lui sur les conclusions qu'il faut en tirer. Du point de vue des juges majoritaires, le contexte de la common law permettrait que l'analyse relative à la norme de contrôle en common law demeure pertinente. Au sujet de l'al. 58(2)a de l'*Administrative Tribunals Act* de la Colombie-Britannique, le juge Binnie a dit ce qui suit :

Malgré l'arrêt *Dunsmuir*, la norme du « manifestement déraisonnable » subsistera en Colombie-Britannique, mais le contenu de cette expression et le degré précis de déférence qu'elle commande dans les divers champs d'action d'une administration provinciale importante continueront nécessairement d'être mesurés à l'aide des principes généraux du droit administratif. [Je souligne; par. 19.]

[104] Les juges majoritaires permettraient le recours à la common law à plusieurs égards. Premièrement, le juge Binnie affirme que la jurisprudence sur le « contenu » de l'expression « manifestement déraisonnable » sera pertinente. Je reconnais que la common law constituera un outil

expressions are employed by the legislator and are not adequately defined: see R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 434-36; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456.

[105] However, the majority would also allow for recourse on a second front. Binnie J. says that “the precise degree of deference [patently unreasonable] commands in the diverse circumstances of a large provincial administration, will necessarily continue to be calibrated according to general principles of administrative law” (para. 19). It is unclear exactly which principles of administrative law are being referred to. If the reference to general principles of administrative law means there is some sort of spectrum along which patent unreasonableness is to be calibrated, that would be at odds with the B.C. legislature’s codification of discrete standards of review.

[106] With the ATA, the B.C. legislature expressly codified the standards of review. However, in order for legislation to be exhaustive on a particular question, legislatures are not required to expressly oust the common law by statute. In *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, this Court considered whether recourse to the common law duty of fair representation was appropriate where the legislature had created a statutory duty. L’Heureux-Dubé J., writing for a unanimous Court, emphasized that because the content of the statutory remedy was “identical to the duty at common law”, the “common law duty is therefore not in any sense additive; it is merely duplicative” (p. 1316). The Court went on to hold that

the common law duty of fair representation is neither “necessary [nor] appropriate” in circumstances where the statutory duty applies. Parliament has codified the

d’interprétation nécessaire dans les circonstances où des expressions de la common law sont utilisées par le législateur sans être clairement définies : voir R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 434-436; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456.

[105] Toutefois, les juges majoritaires permettraient le recours à la common law pour un autre motif. Selon le juge Binnie, « le degré précis de déférence qu’elle [la norme du manifestement déraisonnable] commande dans les divers champs d’action d’une administration provinciale importante continuer[a] nécessairement d’être mesur[é] à l’aide des principes généraux du droit administratif » (par. 19). On ne sait pas exactement de quels principes du droit administratif il s’agit. Si ce renvoi aux principes généraux de droit administratif signifie qu’il existe une échelle de mesure sur laquelle on peut situer le caractère manifestement déraisonnable, ces propos sont inconciliables avec la codification de normes de contrôle distinctes par le législateur de la Colombie-Britannique.

[106] En édictant l’*Administrative Tribunals Act*, le législateur de la Colombie-Britannique a expressément codifié les normes de contrôle applicables. Toutefois, une législation sur un sujet particulier peut être exhaustive sans que le législateur ait nécessairement utilisé des termes qui écartent explicitement l’application de la common law. Dans *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l’Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, notre Cour a examiné la question de savoir si le devoir de juste représentation en common law trouvait application lorsque le législateur avait créé une obligation légale. La juge L’Heureux-Dubé, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour, a fait valoir que, puisque le contenu de la disposition législative était « identique au devoir de common law [...] ce devoir n’ajoute rien; il fait simplement double emploi » (p. 1316). La Cour a ajouté ce qui suit :

... le devoir de juste représentation reconnu par la common law n’est « ni nécessaire ni approprié » lorsque le devoir prévu par la loi s’applique. Le Parlement a

common law duty and provided a new and superior method of remedying a breach. It is therefore reasonable to conclude that while the legislation does not expressly oust the common law duty of fair representation, it does however effect this end by necessary implication . . . [Emphasis in original; p. 1319.]

Thus, while recourse to the common law is appropriate where Parliament has employed common law terms or principles without sufficiently defining them, it is not appropriate where the legislative scheme or provisions expressly or implicitly ousts the relevant common law analysis as is the case with s. 18.1(4) of the *FCA*.

B. The Majority's Concern With the Rigidity of Legislated Standards Is Misplaced

[107] The majority expresses concern with the rigidity of general legislative schemes in the judicial review context. With respect to the B.C. *ATA*, Binnie J. writes of the need for a common law analysis that would account for the “diverse circumstances of a large provincial administration” (para. 19). In the federal context, he writes: “It cannot have been Parliament’s intent to create . . . a single, rigid Procrustean standard of decontextualized review . . .” (para. 28). By focussing on the diversity of decision-makers covered by the *FCA* and the B.C. *ATA*, the majority’s reasons make prescribed standards appear overly rigid, even arbitrary.

[108] With respect, the image of the Procrustean bed is misplaced in the judicial review context. The invocation of the Procrustean image with respect to legislated rules creates the impression that the contrasting common law standard of review is operating in a fluid, fully contextualized paradigm. This is not the case. This is not an area where Parliament is imposing rigid conformity against the backdrop of a panoply of common law standards. The potential flexibility of a contextual common law analysis is already limited in the post-*Dunsmuir*

codifié le devoir de common law et prévu une nouvelle façon, qui lui est supérieure, de remédier à un manquement. Il est donc raisonnable de conclure que bien que la Loi n’écarte pas expressément le devoir de juste représentation reconnu par la common law, elle le fait cependant par déduction nécessaire . . . [Souligné dans l’original; p. 1319.]

Par conséquent, bien qu’il convienne d’avoir recours à la common law dans les cas où le législateur a utilisé des expressions ou des principes de common law sans les définir adéquatement, il ne convient pas d’y avoir recours lorsque le régime législatif ou les dispositions législatives écartent, expressément ou implicitement, l’analyse applicable en common law, comme le fait le par. 18.1(4) de la *LCF*.

B. La préoccupation injustifiée des juges majoritaires concernant la rigidité des normes prévues par la loi

[107] Les juges majoritaires s’inquiètent de la rigidité des régimes législatifs généraux dans le contexte du contrôle judiciaire. Au sujet de l’*Administrative Tribunals Act*, le juge Binnie fait valoir la nécessité d’une analyse en common law qui tiendrait compte des « divers champs d’action d’une administration provinciale importante » (par. 19). Dans le contexte fédéral, il estime que le « législateur ne peut avoir eu l’intention de créer [. . .] une norme de contrôle unique et rigide, à l’image du lit de Procuste, qui s’appliquerait sans égard au contexte » (par. 28). En mettant l’accent sur la diversité des décideurs visés par la *LCF* et l’*Administrative Tribunals Act*, les juges majoritaires laissent entendre dans leurs motifs que les normes prescrites sont trop rigides, voire arbitraires.

[108] En toute déférence, l’allusion au lit de Procuste comme symbole de rigidité n’est pas opportune dans le contexte du contrôle judiciaire. Apposer cette image aux règles législatives donne l’impression que, par contraste, la norme de contrôle en common law s’applique comme un paradigme fluide qui s’adapte parfaitement au contexte. Or, il n’en est rien. Il ne s’agit pas d’un domaine dans lequel le législateur impose la stricte conformité dans un contexte où il existe toute une gamme de normes de common law. Depuis que le nombre de

world of two standards. Regardless of what type of decision-maker is involved, whether a Cabinet minister or an entry-level fonctionnaire (para. 28), the *Dunsmuir* analysis can only lead to one of two possible outcomes: reasonableness or correctness. And, as the present majority makes clear, these are single standards, not moving points along a spectrum (para. 59).

[109] Moreover, the majority's concerns regarding legislative rigidity are only realized if one accepts that the focus of the analysis should or *must* be on the type of administrative decision-maker. The majority's argument is that it cannot have been intended for a range of decision-makers to be subject to the same standards of review. A review of the *FCA* and the B.C. *ATA* makes clear, however, that the respective legislatures believed the focus should be on the nature of the question under review (e.g., fact, law, etc.), rather than the nature of the decision-maker. So there is a diversity in these schemes. It just operates according to the type of question being reviewed.

[110] Even given this legislative focus on the type of question under review, it is still not the case that all administrative decision-makers are subject to the same standards of review. Where a decision-maker's enabling statute purports to preclude judicial review on some or all questions through a privative clause, deference will apply and a *Dunsmuir* standard of review analysis will be conducted. This is precisely how Parliament has legislated in the *FCA* context when it intends for greater deference to be shown to certain decision-makers.

[111] The *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, for example, includes a strong privative clause protecting the Canadian Industrial Relations Board from judicial review under the *FCA* on questions of law and fact. Section 22(1) states:

normes a été réduit à deux dans *Dunsmuir*, la flexibilité de l'analyse contextuelle en common law est déjà limitée. Peu importe le type de décideur administratif, du ministre au fonctionnaire le moins expérimenté (par. 28), l'analyse fondée sur *Dunsmuir* ne peut mener qu'à deux conclusions possibles : l'application de la norme de la décision raisonnable ou de la décision correcte. De plus, comme l'indiquent clairement les juges majoritaires, chacune de ces normes est unique et n'inclut pas de variables s'étalant le long d'un spectre (par. 59).

[109] Qui plus est, les préoccupations des juges majoritaires concernant la rigidité des lois ne sont fondées que si l'on reconnaît que l'analyse devrait ou *doit* être centrée sur le type de décideur administratif en cause. Les juges majoritaires soutiennent que le législateur ne peut avoir eu l'intention d'assujettir toute une gamme de décideurs aux mêmes normes de contrôle. Toutefois, il ressort d'un examen de la *LCF* et de l'*Administrative Tribunals Act* que le législateur voulait dans chaque cas que l'accent soit mis sur la nature de la question examinée (s'agit-il, par exemple, d'une question de fait, de droit, etc.) plutôt que sur la nature du décideur. Il y a donc diversité, mais en fonction du type de question examinée.

[110] Malgré l'accent mis par le législateur sur le type de question examinée, les décideurs administratifs ne sont toujours pas tous assujettis aux mêmes normes de contrôle. Dans les cas où la loi habilitante du décideur comporte une clause privative destinée à empêcher le contrôle judiciaire de certaines questions, ou de toutes les questions, la déférence sera de mise et l'analyse relative à la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir* sera effectuée. C'est précisément ainsi que le législateur s'y est pris dans le contexte de la *LCF* lorsqu'il voulait que certains décideurs bénéficient d'une plus grande déférence.

[111] Le *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2, par exemple, comporte une clause privative rigoureuse qui soustrait les conclusions de droit et de fait tirées par le Conseil canadien des relations industrielles au contrôle judiciaire prévu par la *LCF*. Le paragraphe 22(1) est ainsi libellé :

22. (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with the *Federal Courts Act* on the grounds referred to in paragraph 18.1(4)(a), (b) or (e) of that Act.

Section 22(1) expressly provides for review on questions of jurisdiction, procedural fairness, fraud or perjured evidence, but excludes review for errors of law or fact through express reference to s. 18.1(4) of the *FCA*. Where the privative clause applies, i.e. with respect to s. 18.1(4)(c), (d), or (f), the court is faced with a tension between its constitutional review role and legislative supremacy. In such cases, the *Dunsmuir* analysis applies. There is no role for the *Dunsmuir* standard of review analysis where s. 22(1) expressly provides for review on questions of jurisdiction, natural justice and fraud. Correctness review applies in these cases.

[112] In contrast, the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 — the underlying legislation in the present case — does not contain this type of privative clause. Section 162(1) only provides that “[e]ach Division of the Board has, in respect of proceedings brought before it under this Act, sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction.” Contrary to the implication of the majority reasons, I think it is plain that this privative clause is intended only to differentiate between different levels and tribunals within the immigration regime and provide each with exclusive jurisdiction to hear legal and factual questions. It is not a privative clause that seeks to restrict or preclude judicial review.

[113] These examples indicate that Parliament has not been unmindful of the issue of standard of review in s. 18.1(4). Where it intends that a tribunal decision reviewed under s. 18.1 be shown deference, Parliament expressly indicates this either in s. 18.1(4) itself, as it has in para. (d) with respect

22. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les ordonnances ou les décisions du Conseil sont définitives et ne sont susceptibles de contestation ou de révision par voie judiciaire que pour les motifs visés aux alinéas 18.1(4)a), b) ou e) de la *Loi sur les Cours fédérales* et dans le cadre de cette loi.

Le paragraphe 22(1) mentionne expressément le par. 18.1(4) de la *LCF* pour permettre explicitement le contrôle judiciaire fondé sur des motifs touchant la compétence, l'équité procédurale, la fraude ou les faux témoignages, mais exclut la révision des erreurs de droit ou de fait. Lorsque la clause privative s'applique, c'est-à-dire dans les cas visés aux al. 18.1(4)c), d) ou f), la cour de justice doit composer avec la tension créée entre son rôle constitutionnel en matière de contrôle judiciaire et la suprématie législative. Dans ces cas, l'analyse décrite dans *Dunsmuir* s'applique. En revanche, dans les cas où le par. 22(1) prévoit expressément la révision par voie judiciaire des questions de compétence, de justice naturelle et de fraude, cette analyse n'a pas sa place et c'est la norme de la décision correcte qui s'applique.

[112] Par contre, la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — la loi sous-jacente en l'espèce — ne contient pas de clause privative de ce genre. Le paragraphe 162(1) prévoit uniquement que « [c]haque des sections a compétence exclusive pour connaître des questions de droit et de fait — y compris en matière de compétence — dans le cadre des affaires dont elle est saisie. » Contrairement à ce que les juges majoritaires laissent entendre dans leurs motifs, il est clair, selon moi, que cette clause privative vise uniquement à différencier les divers niveaux et tribunaux du système d'immigration et de conférer à chacun la compétence exclusive pour connaître des questions de droit et de fait. Il ne s'agit pas d'une clause privative destinée à restreindre ou empêcher le contrôle judiciaire.

[113] Ces exemples montrent que le législateur était conscient de la question des normes de contrôle au par. 18.1(4). Lorsqu'il veut que la décision d'un tribunal administratif bénéficie de la déférence de la cour dans le cadre du contrôle judiciaire prévu à l'art. 18.1, le législateur l'indique expressément soit

to facts, or in the underlying legislation such as the *Canada Labour Code*. Where it does not, the courts should undertake their review according to the standards of correctness.

[114] I would note that the B.C. legislature has also turned its mind to these concerns. The B.C. *ATA* provides for more deferential standards of review where the underlying statute contains a privative clause. By imposing different standards of review depending on whether or not the administrative decision is protected by a privative clause, the legislature differentiates between those expert decisions it wished to protect and those it did not (ss. 58 and 59). The Honourable Geoff Plant indicated this when introducing the B.C. *ATA* on second reading:

For tribunals with specialized expertise, like the Farm Industry Review Board and the Employment Standards Tribunal, this bill generally provides that a court must defer to a tribunal's decision unless the decision is patently unreasonable or the tribunal has acted unfairly. For other tribunals — including, for example, the mental health review panels — the bill provides that with limited exceptions, a court must adopt a standard of correctness in reviewing the tribunal's decisions.

(Debates of the Legislative Assembly, 5th Sess., 37th Parl., May 18, 2004, at p. 11193)

[115] The record of the proceedings of the B.C. legislature also makes clear the legislature's intent to codify standards of review that would oust a duplicative common law standard of review analysis. The policy rationale for this move was clear. The legislation was aimed at refocussing judicial review litigation on the merits of the case, rather than on the convoluted process of determining and applying the standard of review.

dans le par. 18.1(4) même, comme il l'a fait à l'al. d) concernant les questions de fait, soit dans la loi sous-jacente, comme le *Code canadien du travail*. Lorsqu'il ne l'indique pas, les cours de justice procèdent au contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte.

[114] Je tiens à souligner que le législateur de la Colombie-Britannique s'est lui aussi attardé à ces préoccupations. L'*Administrative Tribunals Act* de cette province prévoit des normes de contrôle commandant une plus grande déférence lorsque la loi sous-jacente contient une clause privative. En imposant des normes de contrôle différentes selon qu'une clause privative protège ou non la décision administrative, le législateur fait la distinction entre les décisions d'expert qu'il souhaitait protéger et celles qu'il ne jugeait pas nécessaire de protéger (art. 58 et 59). L'honorable Geoff Plant a fait cette précision lorsqu'il a présenté l'*Administrative Tribunals Act* en deuxième lecture :

[TRADUCTION] Pour les tribunaux spécialisés, comme le *Farm Industry Review Board* et l'*Employment Standards Tribunal*, ce projet de loi prévoit généralement que les cours de justice doivent faire montre de déférence à l'égard des décisions du tribunal, à moins que ce dernier n'ait rendu une décision manifestement déraisonnable ou agi de façon inéquitable. Pour les autres tribunaux — comme les comités de révision en santé mentale —, le projet de loi dispose que les cours de justice doivent, sous réserve d'exceptions limitées, contrôler les décisions du tribunal suivant la norme de la décision correcte.

(Debates of the Legislative Assembly, 5^e sess., 37^e lég., 18 mai 2004, p. 11193)

[115] Le procès-verbal des débats de la législature de la Colombie-Britannique fait également clairement ressortir l'intention du législateur de codifier des normes de contrôle qui excluent une analyse relative à la norme de contrôle en common law faisant double emploi. La raison de principe justifiant cette démarche était manifeste. La loi visait à recentrer le contrôle judiciaire sur le fond de l'affaire plutôt que sur un processus alambiqué de détermination et d'application de la norme de contrôle.

The question of what the standard of review should be on a case-by-case basis is often interpreted by the courts as a search for legislative intent. . . . Accordingly, searching for that intent tends to be a time-consuming, expensive and sometimes disruptive exercise.

. . . The provisions in this bill that codify the standards of review will shift the focus from what has been largely a scholarly debate about fine points of law to matters of greater immediate concern to the parties in tribunal proceedings. [Emphasis added.]

(*Debates of the Legislative Assembly*, at p. 11193)

[116] It would be troubling, I believe, to the B.C. legislature to think that, despite its effort to codify standard of review and shift the focus of judicial review to the merits of the case, this Court would re-impose a duplicative *Dunsmuir*-type analysis in cases arising under the B.C. *ATA*.

IV. Statutory Interpretation of the *Federal Courts Act*

A. *Section 18.1(4)*

[117] Section 18.1(4) appears at para. 71 above. On my reading, where Parliament intended a deferential standard of review in s. 18.1(4), it used clear and unambiguous language. The necessary implication is that where Parliament did not provide for deferential review, it intended the reviewing court to apply a correctness standard as it does in the regular appellate context.

[118] In my opinion, it is useful to analyse s. 18.1(4) by first examining para. (*d*), which provides for judicial review where the federal board, commission or other tribunal

(*d*) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

[TRADUCTION] Les cours de justice assimilent souvent la détermination de la norme de contrôle applicable dans chaque cas à la recherche de l'intention du législateur. [. . .] Ainsi, la recherche de cette intention constitue souvent un exercice long et coûteux, qui a parfois un effet perturbateur.

. . . Les dispositions de ce projet de loi qui codifient les normes de contrôle applicables redirigeront l'attention accordée devant un tribunal administratif à un débat en grande partie théorique sur les subtilités du droit vers des questions qui sont beaucoup plus importantes dans l'immédiat pour les parties. [Je souligne.]

(*Debates of the Legislative Assembly*, p. 11193)

[116] À mon avis, la législature de la Colombie-Britannique jugerait inquiétant que, malgré les efforts qu'elle a faits pour codifier les normes de contrôle et recentrer le contrôle judiciaire sur le fond, notre Cour impose à nouveau une analyse semblable à celle décrite dans *Dunsmuir* qui ferait double emploi dans les causes régies par l'*Administrative Tribunals Act*.

IV. L'interprétation législative de la *Loi sur les Cours fédérales*

A. *Paragraphe 18.1(4)*

[117] Le paragraphe 18.1(4) est reproduit au par. 71 des présents motifs. Selon moi, lorsqu'il a voulu imposer une norme de contrôle empreinte de déférence au par. 18.1(4), le législateur a utilisé des termes clairs et non équivoques. Il faut nécessairement en déduire que dans les cas où le législateur n'a pas prévu une norme empreinte de déférence, il voulait que la cour de révision applique la norme de la décision correcte, comme elle le fait normalement en appel.

[118] Je juge utile de commencer l'analyse du par. 18.1(4) par un examen de l'al. *d*), qui prévoit le contrôle judiciaire dans les cas où l'office fédéral

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

In this paragraph, Parliament has expressly instructed courts to show significant deference to the original decision-maker. The words “in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it” are clear and unambiguous. They indicate that on questions of fact, courts are only to interfere in the most egregious cases of erroneous fact finding.

[119] Binnie J. also finds that “it is clear from s. 18.1(4)(d) that Parliament intended administrative fact finding to command a high degree of deference” (para. 46). It would seem that in recognizing that the legislature intended a high degree of deference, one would conclude that this provision speaks for itself and ousts a common law standard of review analysis. Yet, Binnie J. still suggests that the provision is merely complementary of the common law, rather than dispositive of the standard of review issue. He writes that s. 18.1(4)(d) “provides legislative precision to the reasonableness standard of review of factual issues” and is “quite consistent with *Dunsmuir*” (para. 46). By superimposing *Dunsmuir*, the majority signals that factual decisions are to be reviewed on a reasonableness standard. The question then is whether reasonableness implies the same level of deference as “capricious” and “perverse”. Arguably, a reasonableness review might be less deferential than that intended by the words Parliament used. Regardless of whether that is true or not, there is no justification for imposing a duplicative common law analysis where the statute expressly provides for the standard of review: see *Gendron*.

[120] By contrast with para. (d), there is no suggestion that courts should defer in reviewing a question that raises any of the other criteria in s. 18.1(4). Parliament recognized that with respect to factual determinations, a federal board, commission or other tribunal is better situated than a

Dans cet alinéa, le législateur a expressément donné aux tribunaux judiciaires la directive de faire preuve d’une grande déférence à l’égard du décideur initial. En effet, les mots « de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose » sont clairs et non équivoques. Ils indiquent que les tribunaux judiciaires ne doivent intervenir relativement aux conclusions de fait que dans le cas des erreurs les plus flagrantes.

[119] Selon le juge Binnie, « il ressort clairement de l’al. 18.1(4)d) que le législateur voulait qu’une conclusion de fait tirée par un organisme administratif appelle un degré élevé de déférence » (par. 46). Il me semble que la reconnaissance de l’intention du législateur d’imposer une norme empreinte d’une grande déférence devrait mener à la conclusion que cette disposition est suffisamment éloquente et écarte l’analyse relative à la norme de contrôle en common law. Pourtant, le juge Binnie laisse entendre que cette disposition n’est pas concluante pour la détermination de la norme de contrôle applicable, mais qu’elle complète simplement la common law. Il affirme que l’al. 18.1(4)d) « précise la norme de contrôle de la raisonabilité applicable aux questions de fait » et « est tout à fait compatible avec l’arrêt *Dunsmuir* » (par. 46). En y superposant l’analyse décrite dans *Dunsmuir*, les juges majoritaires indiquent que les conclusions de fait sont assujetties à la norme de contrôle de la raisonabilité. La question qui se pose alors est de savoir si la norme de la raisonabilité appelle le même degré de déférence que les conclusions tirées de façon « arbitraire » et « abusive ». On pourrait soutenir que la norme de la raisonabilité commande un degré de déférence moins élevé que celui que le législateur voulait imposer en utilisant ces termes. Que ce soit le cas ou non, rien ne justifie le recours à une analyse en common law qui fait double emploi dans les cas où la loi prévoit expressément la norme de contrôle applicable : voir *Gendron*.

[120] Contrairement à l’al. d), les autres dispositions du par. 18.1(4) ne comportent aucun élément qui donne à croire que les tribunaux judiciaires devraient faire preuve de déférence lorsque le contrôle porte sur les critères qui y sont énumérés. Le législateur a reconnu que les offices fédéraux

reviewing court. With respect to questions of law, jurisdiction, natural justice, fraud or perjured evidence, the legislation deems courts to have greater expertise than administrative decision-makers.

[121] There is no suggestion in the *FCA* that reviewing courts should defer on questions of law. Section 18.1(4)(c) provides for review where the federal board, commission or other tribunal

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

I can see no meaningful difference between the terms “the decision is based on a wrong decision on a question of law” which, in *Owen*, was considered to be sufficient by this Court to determine that a correctness standard of review applied, and “erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record” in s. 18.1(4)(c). Indeed, in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, a unanimous Court thought that the words of s. 18.1(4) were sufficiently clear that “[u]nder these provisions, questions of law are reviewable on a standard of correctness” (para. 37). *Mugesera*, like this case, was a judicial review of a decision of the IAD.

[122] The majority now attempts to qualify *Mugesera* by writing that “[e]rrors of law are generally governed by a correctness standard” (para. 44 (emphasis added)). With respect, *Mugesera* did not qualify its application of the correctness standard of review in interpreting s. 18.1(4)(c). Paragraph 37 of *Mugesera* states:

Applications for judicial review of administrative decisions rendered pursuant to the *Immigration Act* are subject to s. 18.1 of the *Federal Court Act*. Paragraphs (c) and (d) of s. 18.1(4), in particular, allow the Court to grant relief if the federal commission erred in law or based its decision on an erroneous finding of fact. Under

sont mieux placés que les cours de révision pour trancher les questions de fait. Par contre, la loi tient pour avéré que l’expertise des cours de justice est supérieure à celle des décideurs administratifs en ce qui concerne le droit, la compétence, la justice naturelle, la fraude ou les faux témoignages.

[121] Aucune disposition de la *LCF* ne laisse entendre que les cours de révision devraient faire preuve de déférence à l’égard des questions de droit. L’alinéa 18.1(4)c) prévoit le contrôle judiciaire dans les cas où l’office fédéral

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d’une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

Je ne vois aucune différence importante entre les termes en cause dans *Owen* — « il s’agit d’une erreur de droit » — qui ont amené notre Cour à conclure à l’application de la norme de la décision correcte, et le libellé de l’al. 18.1(4)c) — « a rendu une décision ou une ordonnance entachée d’une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier ». D’ailleurs, dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, notre Cour a jugé à l’unanimité que le libellé du par. 18.1(4) était assez clair pour que, « [p]our les besoins de ces dispositions, la norme de révision de la décision correcte s’applique à l’égard des questions de droit » (par. 37). À l’instar du cas qui nous occupe, l’arrêt *Mugesera* portait sur le contrôle judiciaire d’une décision rendue par la SAI.

[122] Les juges majoritaires tentent maintenant de nuancer l’arrêt *Mugesera* en déclarant que les « erreurs de droit sont généralement assujetties à la norme de la décision correcte » (par. 44 (je souligne)). Pourtant, la Cour n’a pas nuancé l’application de la norme de la décision correcte dans *Mugesera* lorsqu’elle a interprété l’al. 18.1(4)c). Voici ce qu’elle a dit au par. 37 :

L’article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* régit la demande de contrôle judiciaire visant une décision administrative rendue sous le régime de la *Loi sur l’immigration*. Les alinéas 18.1(4)c) et d) disposent plus particulièrement que les mesures prévues ne peuvent être prises que si l’office fédéral a commis une erreur de droit ou fondé

these provisions, questions of law are reviewable on a standard of correctness.

Moreover, contrary to what the present majority implies, the Court in *Mugesera* did not limit the application of the correctness standard to “the general questions of international law and criminal law at issue in that case” (para. 44 of majority). It is clear that as a matter of statutory interpretation, the Court understood s. 18.1(4)(c) as requiring a correctness review on questions of law. The Court saw no need to impose the common law over what the statute itself dictated.

[123] The majority nevertheless insists that “para. (c) provides a *ground* of intervention, but the common law will stay the hand of the judge(s) in certain cases if the interpretation is by an expert adjudicator interpreting his or her home statute or a closely related statute” (para. 44 (emphasis in original)). With respect, there is no authority for this in the legislation. The majority finds their opening in the *remedial* discretion of s. 18.1(4). Binnie J. writes: “This nuance does not appear on the face of para. (c), but it is the common law principle on which the discretion provided in s. 18.1(4) is to be exercised” (para. 44). As I will explain, the remedial discretion in s. 18.1(4) goes to the question of withholding relief, not the review itself. The bases upon which the remedial discretion is to be exercised are wholly distinct from the common law of standard of review analysis.

[124] Paragraphs (a), (b) and (e) of s. 18.1(4) provide for relief where a federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

sa décision sur une conclusion de fait erronée. Pour les besoins de ces dispositions, la norme de révision de la décision correcte s’applique à l’égard des questions de droit.

Qui plus est, contrairement à ce que les juges majoritaires en l’espèce laissent entendre, dans *Mugesera*, la Cour n’a pas limité l’application de la norme de la décision correcte aux « questions générales de droit international et de droit pénal soulevées dans cette affaire » (par. 44). Concernant l’interprétation législative de l’al. 18.1(4)c), la Cour a manifestement conclu qu’il commandait l’application de la norme de contrôle de la décision correcte aux questions de droit. La Cour n’a pas jugé nécessaire de superposer la common law aux exigences fixées par la loi elle-même.

[123] Néanmoins, les juges majoritaires soutiennent que « [l]’alinéa c) prévoit donc un *motif* d’intervention, mais la common law empêchera les juges d’intervenir dans certains cas, lorsqu’un organisme administratif spécialisé interprète sa loi constitutive ou une loi intimement liée à celle-ci » (par. 44 (en italique dans l’original)). En toute déférence, la loi ne fournit aucun fondement pour étayer cette position. Les juges majoritaires invoquent le pouvoir de *réparation* discrétionnaire conféré par le par. 18.1(4). Selon le juge Binnie, « [c]ette nuance n’apparaît pas à la simple lecture de l’al. c), mais c’est le principe de common law qui doit guider l’exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au par. 18.1(4) » (par. 44). Comme je l’expliquerai, le pouvoir discrétionnaire de réparation prévu au par. 18.1(4) porte sur le refus de prendre des mesures, et non sur le contrôle comme tel. Le fondement de l’exercice du pouvoir de réparation discrétionnaire n’a absolument aucun lien avec l’analyse relative à la norme de contrôle en common law.

[124] Les alinéas 18.1(4)a), b) et e) prévoient la prise de mesures lorsque l’office fédéral

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l’exercer;

b) n’a pas observé un principe de justice naturelle ou d’équité procédurale ou toute autre procédure qu’il était légalement tenu de respecter;

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence;

There is no indication in any of these provisions that the legislature intended for the reviewing court to show any deference to administrative decision-makers in determining questions of jurisdiction, natural justice, procedural fairness and fraud or perjured evidence.

[125] Section 18.1(4)(f) contemplates judicial intervention where the federal board, commission or other tribunal

(f) acted in any other way that was contrary to law.

The majority writes that s. 18.1(4)(f) “necessarily includes ‘law’ outside the [FCA]” (para. 48) and therefore demonstrates that “s. 18.1(4) is not intended to operate as a self-contained code, but is intended by Parliament to be interpreted and applied against the backdrop of the common law, including those elements most recently expounded in *Dunsmuir*” (para. 48). The majority relies on the statement by the authors of *Federal Courts Practice 2009* (2008), B. J. Saunders et al., that “[s]ection 18.1(4)(f) ensures that the Court will not be hindered in developing new grounds for review” (para. 49 (emphasis added by Binnie J.)).

[126] It is not in dispute that s. 18.1(4) is not intended to operate as a self-contained code. In judicial review of any administrative decision where a legal error is alleged, the court is required to consider whether the decision-maker was in breach of any statutory provision or common law rule that might be relevant. In this regard, I agree that s. 18.1(4)(f) provides for potentially expanded *grounds* of review. However, that is not the issue in this case. The issue in this case is whether Parliament has legislated exhaustively on the standard of review, so as to oust the *Dunsmuir* standard of review analysis. Binnie J.’s reliance on Saunders et al.’s discussion of the “grounds of review” under s. 18.1(4) does not address whether the section also provides for standards of review.

e) a agi ou omis d’agir en raison d’une fraude ou de faux témoignages;

Aucun élément de ces dispositions n’indique que le législateur voulait que la cour de révision fasse preuve de déférence à l’égard des décisions administratives portant sur des questions touchant la compétence, la justice naturelle, l’équité procédurale et la fraude ou les faux témoignages.

[125] Quant à l’al. 18.1(4)f), il prévoit l’intervention de la cour lorsque l’office fédéral

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

Selon les juges majoritaires, l’al. 18.1(4)f) « s’étend nécessairement à la “loi” qui n’est pas incluse dans la *Loi sur les Cours fédérales* » (par. 48) et, partant, démontre « que le législateur ne voulait pas que le par. 18.1(4) soit considéré comme un code indépendant, mais plutôt interprété et appliqué dans le contexte de la common law, et notamment des éléments mentionnés tout récemment par la Cour dans *Dunsmuir* » (par. 48). Les juges majoritaires s’appuient sur l’affirmation suivante des auteurs de l’ouvrage *Federal Courts Practice 2009* (2008), B. J. Saunders et autres : [TRADUCTION] « L’alinéa 18.1(4)f) garantit à la Cour la liberté nécessaire à l’élaboration de nouveaux motifs de contrôle » (par. 49 (souligné par le juge Binnie)).

[126] Nul ne conteste le fait que le par. 18.1(4) ne se veut pas un code indépendant. Lorsqu’une erreur de droit est alléguée comme fondement au contrôle judiciaire d’une décision administrative quelconque, la cour doit déterminer si le décideur a enfreint une disposition législative ou une règle de common law susceptible de s’appliquer. Sur ce point, je conviens que l’al. 18.1(4)f) reconnaît la possibilité de *motifs* de contrôle additionnels. Cependant, ce n’est pas la question qui se pose en l’espèce. Dans le présent pourvoi, la question est de savoir si le législateur a édicté, concernant la norme de contrôle, des règles exhaustives qui écartent l’analyse relative à la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir*. En s’appuyant sur l’examen des « motifs de contrôle » prévus au par. 18.1(4) proposé par

This is troubling, given that those same commentators find that s. 18.1(4) does provide for *standards of review* on questions of fact and law. At p. 145 of their text under the title “Grounds for Review — Standard of Review — Generally” in commenting on *Mugesera*, they write:

Under section 18.1(4)(c) and (d) of the *Federal Courts Act*, questions of law are reviewable on a standard of correctness. On questions of fact, the reviewing court can intervene under section 18.1(4)(d) only if it considers that the tribunal “based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it”.

[127] All that s. 18.1(4)(f) provides for is review of legal errors committed by a federal board, commission or other tribunal other than those “in making a decision or an order”, which are already captured under s. 18.1(4)(c): see *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30 (C.A.), at para. 44 (“the intent of the paragraph appears to have been to afford a ground that was not otherwise specifically mentioned in subsection 18.1(4)”). A tribunal’s refusal to make a decision or an order, for example, would not come under para. (c). The reference to “acted in any other way that was contrary to law” refers, then, to legal errors that are not captured by s. 18.1(4)(c). It does not provide an opening for a *Dunsmuir* standard of review analysis. With respect, the majority’s view of s. 18.1(4) ignores the obvious interpretation in search of something that is not there.

B. *Section 18 and the Origins of the Federal Courts Act*

[128] The majority is of the view that when s. 18.1 was added to the *FCA*, it “did not have the effect of excluding the common law” (para. 34). It appears that this proposition is intended to act as a platform for the applicability of the common law standard of

Saunders et autres, le juge Binnie ne traite pas de la question de savoir si cette disposition établit aussi des normes de contrôle, ce qui est troublant, car les mêmes commentateurs concluent que le par. 18.1(4) établit des *normes de contrôle* relativement aux questions de fait et de droit. À la page 145 de leur ouvrage, sous le titre [TRADUCTION] « Motifs de contrôle — Normes de contrôle — Généralités », ils écrivent ce qui suit, en commentant l’arrêt *Mugesera* :

[TRADUCTION] En vertu des alinéas 18.1(4)c) et d) de la *Loi sur les Cours fédérales*, les questions de droit sont assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte. En ce qui concerne les questions de fait, l’alinéa 18.1(4)d) ne permet à la cour de révision d’intervenir que si elle est convaincue que l’office « a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose ».

[127] L’alinéa 18.1(4)f) prévoit uniquement le contrôle judiciaire des erreurs de droit d’un office fédéral qui ne sont pas des erreurs entachant « une décision ou une ordonnance » déjà visées par l’al. 18.1(4)c) : voir *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30 (C.A.), par. 44 (« cette disposition semble viser un motif qui n’est pas par ailleurs expressément énoncé au paragraphe 18.1(4) »). Le refus d’un tribunal administratif de rendre une décision ou une ordonnance ne serait pas, par exemple, visé par l’al. c). Les mots « a agi de toute autre façon contraire à la loi » renvoient donc aux erreurs de droit qui ne sont pas régies par l’al. 18.1(4)c). Ils ne donnent pas ouverture à une analyse relative à la norme de contrôle comme celle décrite dans *Dunsmuir*. Soit dit en tout respect, les juges majoritaires font abstraction de l’interprétation évidente du par. 18.1(4) et y recherchent un sens qui en est absent.

B. *L’article 18 et la genèse de la Loi sur les Cours fédérales*

[128] Selon les juges majoritaires, l’adjonction de l’art. 18.1 à la *LCF* n’a « pas eu pour effet d’exclure la common law » (par. 34). Cette assertion semble avoir servi de prémisse à l’application de l’analyse relative à la norme de contrôle en common law.

review analysis. With respect, it is overly broad to suggest that *all* elements of the common law continued to apply to s. 18.1(4) simply because there were *some* gaps — for example, criteria in exercising the discretion to withhold relief — which the common law continued to fill. For the reasons I have explained, the *FCA* occupies the area of standard of review and therefore ousts the application of the common law on this question.

[129] The genesis of the *FCA* and its amendments is not in dispute. Section 18 was enacted to transfer jurisdiction from the provincial superior courts to the federal courts for judicial review of federal tribunals, subject to provincial courts retaining a residual jurisdiction to determine the constitutionality and applicability of legislation. Section 18, which refers to the prerogative writs, survives, but no application for judicial review can be made under it. Subsection (3) provides:

The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

Section 18.1 contains the statutory process under which judicial review may be applied for and under which the court exercises its jurisdiction.

[130] The 1990 amendments were intended to clarify pre-existing procedural confusion about whether the trial or appeal divisions had jurisdiction with regard to particular applications for judicial review. The amendments also aimed to simplify the procedure for obtaining a remedy by requiring that it be sought by way of application for judicial review, rather than by way of statement of claim or originating notice of motion as had been the prior practice: D. Sgayias et al., *Federal Court Practice 1998* (1997), at pp. 69-70. As reform legislation, the amendments did not concern the standard of review.

En toute déférence, il est exagéré de prétendre que *tous* les éléments de la common law continuent de s'appliquer au par. 18.1(4) simplement parce qu'il comporte *quelques* lacunes — par exemple, l'absence des critères relatifs à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser la prise de mesures — qui sont comblées par la common law. Pour les motifs exposés, je conclus que la *LCF* régit entièrement la question de la norme de contrôle applicable et, partant, écarte l'application de la common law à cet égard.

[129] La genèse de la *Loi sur les Cours fédérales* et de ses modifications n'est pas contestée. L'article 18 a été édicté dans le but de transférer la compétence en matière de contrôle judiciaire des décisions des offices fédéraux des cours supérieures des provinces aux Cours fédérales, tout en laissant aux cours provinciales le pouvoir résiduel de statuer sur la constitutionnalité et l'applicabilité des lois. L'article 18, qui traite des brefs de prérogatives est maintenu, mais aucune demande de contrôle judiciaire ne peut être fondée sur cette disposition. Le paragraphe (3) est ainsi libellé :

Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

Or, c'est l'art. 18.1 qui régit la présentation d'une demande de contrôle judiciaire et l'exercice par la Cour de sa compétence.

[130] Les modifications apportées en 1990 visaient à clarifier la procédure pour dissiper la confusion qui régnait alors sur la question de savoir laquelle de la Section de première instance ou de la Section d'appel avait compétence pour connaître des demandes particulières de contrôle judiciaire. Les modifications visaient également à simplifier la procédure pour l'obtention d'une réparation, les parties ne devant plus déposer une déclaration ou un avis introductif d'instance, mais présenter désormais une demande de contrôle judiciaire : D. Sgayias et autres, *Federal Court Practice 1998* (1997), p. 69-70. En tant que dispositions portant réforme, les modifications n'ont pas eu d'incidence sur la norme de contrôle.

C. *The Implications of Section 18.1(4) Remedial Discretion*

[131] I agree with Binnie J.'s bilingual analysis and conclusion that, "notwithstanding the bilingual issue in the text, s. 18.1(4) should be interpreted so as to preserve to the Federal Court a discretion to grant or withhold relief" (para. 40). The pertinent question is what should form the basis for the exercise of that judicial discretion. Relief on judicial review is equitable. The discretion in s. 18.1(4) recognizes that it may be inappropriate to grant equitable relief in some cases. This *remedial* discretion allows a reviewing judge to withhold relief in certain cases. It does not concern the *review* itself, however.

[132] The majority says that the *FCA* does not "indicate in what circumstances . . . relief may properly be withheld" (para. 42). It is true that the legislation does not provide for criteria according to which reviewing courts should exercise their discretion to withhold relief. In the context of this specific gap, I agree with the majority that "resort will have to be had to the common law" (para. 42). The pertinent question is which *part* of the common law is relevant to the withholding of relief by the court on judicial review.

[133] Binnie J. attempts to ground the court's remedial discretion to withhold relief in general judicial review principles. He states at para. 36 that the court's exercise of the s. 18.1(4) discretion "will depend on the court's appreciation of the respective roles of the courts and the administration as well as the 'circumstances of each case': see *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 575." He cites Brown and Evans' observation that "whenever the court exercises its discretion to deny relief, balance of convenience considerations are involved" (para. 36); D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at p. 3-99. While

C. *L'incidence du pouvoir discrétionnaire de réparation prévu au par. 18.1(4)*

[131] Je souscris à l'analyse que le juge Binnie fait du texte bilingue et à sa conclusion selon laquelle « malgré la question soulevée par son texte bilingue, le par. 18.1(4) doit recevoir une interprétation qui préserve le pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale d'accepter ou de refuser d'accorder réparation » (par. 40). La question pertinente est de savoir sur quel fondement doit reposer l'exercice de ce pouvoir. Le contrôle judiciaire donne ouverture à une réparation en equity. L'attribution d'un pouvoir discrétionnaire au par. 18.1(4) reconnaît la possibilité qu'il n'y ait parfois pas lieu d'accorder une réparation en equity. Ce pouvoir de *réparation* discrétionnaire permet au juge de révision de refuser de prendre des mesures spéciales dans certains cas. Il ne vise toutefois pas le *contrôle* proprement dit.

[132] Selon les juges majoritaires, la *LCF* ne précise pas « dans quelles circonstances la cour peut à bon droit refuser d'accorder réparation » (par. 42). Il est vrai que la loi ne prévoit pas les critères à appliquer par les cours de révision pour déterminer si elles doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire de refuser de prendre des mesures spéciales. En ce qui a trait à cette lacune précise, je partage l'avis des juges majoritaires qu'il « faut recourir à la common law » (par. 42). La question est de savoir quel *élément* de la common law est pertinent au refus de la cour de révision d'accorder réparation à l'issue du contrôle judiciaire.

[133] Le juge Binnie tente de rattacher le pouvoir discrétionnaire de la cour de refuser de prendre des mesures aux principes généraux en matière de contrôle judiciaire. Il affirme, au par. 36, que l'exercice par la cour du pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 18.1(4) « dépendra de son appréciation des rôles respectifs des cours de justice et des organismes administratifs ainsi que des "circonstances de chaque cas" : voir *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 575. » Il cite les propos de Brown et Evans selon lesquels : [TRADUCTION] « En un sens, des considérations relatives à la prépondérance des inconvénients jouent chaque fois que la cour exerce son

“the discretion must be exercised judicially”, Binnie J. finds that “the general principles of judicial review dealt with in *Dunsmuir* provide elements of the appropriate judicial basis for its exercise” (para. 36).

[134] By linking remedial discretion to *Dunsmuir* “general principles of judicial review”, Binnie J. conflates standard of review (deference) with the granting of relief. In doing so, he effectively reads in an opening for recourse to the common law standard of review analysis. He relies on the specific gap regarding the discretion to grant relief to impute a wider gap regarding standard of review.

[135] With respect, this is not the nature of the discretion under s. 18.1(4). The traditional common law discretion to refuse relief on judicial review concerns the parties’ conduct, any undue delay and the existence of alternative remedies: *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, at p. 364. As *Harelkin* affirmed, at p. 575, courts may exercise their discretion to refuse relief to applicants “if they have been guilty of unreasonable delay or misconduct or if an adequate alternative remedy exists, notwithstanding that they have proved a usurpation of jurisdiction by the inferior tribunal or an omission to perform a public duty”. As in the case of interlocutory injunctions, courts exercising discretion to grant relief on judicial review will take into account the public interest, any disproportionate impact on the parties and the interests of third parties. This is the type of “balance of convenience” analysis to which Brown and Evans were referring.

pouvoir discrétionnaire de refuser d’accorder réparation » (par. 36); D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-99. Le juge Binnie conclut que ce « pouvoir discrétionnaire doit bien sûr être exercé judiciairement, mais les principes généraux de contrôle judiciaire traités dans *Dunsmuir* fournissent des éléments du fondement judiciaire approprié de l’exercice de ce pouvoir » (par. 36).

[134] En établissant un lien entre le pouvoir de réparation discrétionnaire et les « principes généraux de contrôle judiciaire » décrits dans *Dunsmuir*, le juge Binnie mélange la norme de contrôle (la déférence) et la prise de mesures. Ce faisant, il interprète en fait la loi comme prévoyant implicitement la possibilité de recourir à l’analyse relative à la norme de contrôle en common law. Il utilise cette lacune particulière concernant l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’accorder réparation pour présumer qu’il existe une lacune plus importante se rapportant à la norme de contrôle.

[135] J’estime, avec égard, que le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 18.1(4) n’est pas de cette nature. En common law, le pouvoir discrétionnaire de refuser d’accorder réparation dans le cadre du contrôle judiciaire a traditionnellement été exercé en fonction de la conduite des parties, d’un retard excessif et de l’existence d’autres recours possibles : *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, p. 364. Comme le confirme l’arrêt *Harelkin*, à la p. 575, les tribunaux judiciaires peuvent exercer leur pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder réparation aux demandeurs si ceux-ci « sont responsables d’un retard déraisonnable ou d’une faute ou s’il existe un autre recours approprié, même s’ils ont fait la preuve de l’incompétence du tribunal d’instance inférieure ou de l’omission d’accomplir un devoir public ». Comme dans le cas des injonctions interlocutoires, les cours de justice exercent leur pouvoir discrétionnaire d’accorder réparation dans le cadre d’un contrôle judiciaire en tenant compte de l’intérêt public, de tout effet disproportionné sur les parties et des intérêts des tiers. Voilà le type d’analyse de la « prépondérance des inconvénients » que mentionnent Brown et Evans.

[136] Thus, the discretion contained in s. 18.1(4) speaks to the withholding of relief in appropriate cases; it does not engage the question of standard of review. Reliance upon it by the majority to support the view that it opens the door to the *Dunsmuir* standard of review analysis is, with respect, misplaced. In my view, the *Dunsmuir* standard of review should be confined to cases in which there is a strong privative clause. Excepting such cases, it does not apply to s. 18.1(4) of the *FCA*.

V. Decision in This Case

[137] In determining whether the respondent was eligible for the special relief available under s. 67(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the IAD acknowledged that its discretion should be exercised with consideration for the criteria set out in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL) (endorsed by this Court in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84). The majority of the IAD expressly referred to the *Ribic* factors and, in my view, had regard to those it considered relevant in exercising its discretion. The actual application of the *Ribic* factors to the case before it and its exercise of discretion is fact-based. I do not find that the factual findings of the IAD were perverse or capricious or were made without regard to the evidence. I would allow the appeal.

The following are the reasons delivered by

[138] DESCHAMPS J. — I agree with Rothstein J. that since s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, sets legislated standards of review, those standards oust the common law. Consequently, I agree with Parts III, IV and V of his reasons and would also allow the appeal.

[136] Le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 18.1(4) vise donc le refus d'accorder réparation dans les circonstances où une telle mesure n'est pas justifiée; il ne met pas en jeu la question de la norme de contrôle applicable. Soit dit en tout respect, les juges majoritaires font fausse route en l'utilisant pour étayer leur position selon laquelle ce pouvoir discrétionnaire permet l'analyse relative à la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir*. À mon sens, l'analyse de la norme de contrôle décrite dans *Dunsmuir* devrait s'appliquer uniquement en présence d'une clause privative rigoureuse. En l'absence d'une telle clause, elle ne s'applique pas dans le contexte du par. 18.1(4) de la *LCF*.

V. Dispositif

[137] Lorsqu'elle a déterminé si l'intimé pouvait bénéficier des mesures spéciales prévues à l'al. 67(1)(c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la SAI a reconnu devoir exercer son pouvoir discrétionnaire en tenant compte des critères énoncés dans *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL) (approuvés par notre Cour dans *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84). Les membres majoritaires de la SAI ont mentionné expressément les facteurs énumérés dans *Ribic* et, à mon avis, ils ont tenu compte des facteurs qu'ils jugeaient pertinents pour l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. L'application concrète des facteurs énoncés dans *Ribic* au cas dont la SAI était saisie et l'exercice de son pouvoir discrétionnaire relèvent des faits. Selon moi, la SAI n'a pas tiré ses conclusions de fait de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont elle disposait. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[138] LA JUGE DESCHAMPS — Je suis d'accord avec le juge Rothstein pour dire que, puisque le par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, établit des normes de contrôle légales, ces normes écartent la common law. Par conséquent, je souscris aux parties III, IV et V de ses motifs et, comme lui, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

FISH J. (dissenting) —

LE JUGE FISH (dissident) —

I

I

[139] This appeal raises two issues. The first concerns the standard of review with respect to decisions of the Immigration Appeal Division (“IAD”). In that regard, I agree with Justice Binnie that the standard of review is “reasonableness”.

[139] Le pourvoi soulève deux questions. La première a trait à la norme de contrôle à laquelle sont assujetties les décisions de la Section d’appel de l’immigration (« SAI »). Sur ce point, je suis d’accord avec le juge Binnie pour dire que la norme applicable est celle de la « décision raisonnable ».

[140] The second issue is whether the majority decision of the IAD in this case survives judicial scrutiny under that standard. Unlike Justice Binnie, and with the greatest of respect, I have concluded that it does not.

[140] La deuxième question est de savoir si, en l’espèce, la décision des membres majoritaires de la SAI résiste à un examen judiciaire effectué suivant cette norme. Contrairement au juge Binnie, et en toute déférence, j’y répondrais par la négative.

[141] Essentially, I find that the decision of the IAD rests on what the Court of Appeal has aptly described as a “fixation” that collides with the overwhelming weight of the uncontradicted evidence in the record before it. I agree with the majority below that the decision, for this reason, cannot stand.

[141] Essentially, j’estime que la SAI a fondé sa décision sur un élément qui l’a « obnubilée », comme la Cour d’appel l’a si bien dit, et qui allait à l’encontre des éléments éminemment prépondérants de la preuve non contredite dont elle disposait. Ce motif m’amène à conclure, comme les juges majoritaires de la Cour d’appel, que la décision de la SAI ne peut être maintenue.

[142] Accordingly, I would dismiss the appeal.

[142] Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

II

II

[143] In 2000, when he was 18 years old, Sukhvir Singh Khosa caused the death of Irene Thorpe by driving recklessly at more than twice the speed limit, losing control of his automobile and running it off the roadway. He had by then been living in Canada for four years. When his appeal to the IAD was decided in 2004, he was 22 and married. Four more years have elapsed since then.

[143] En 2000, à l’âge de 18 ans, Sukhvir Singh Khosa a causé la mort de Irene Thorpe en conduisant de façon téméraire lorsqu’il a perdu la maîtrise de son véhicule et quitté la voie publique à une vitesse plus de deux fois supérieure à la limite autorisée. Il vivait alors au Canada depuis quatre ans. Lorsque la SAI a statué sur son appel en 2004, M. Khosa avait 22 ans et il était marié. Quatre autres années se sont écoulées depuis.

[144] To order Mr. Khosa’s removal would separate him from his wife and immediate family. It would return him to a country he has visited only once since emigrating at the age of 14 and where he appears to have few relatives.

[144] S’il était renvoyé du Canada, M. Khosa serait séparé de son épouse et de sa famille immédiate. Une telle mesure l’obligerait à retourner dans un pays qu’il n’a visité qu’une seule fois après avoir émigré à l’âge de 14 ans et où il a très peu de famille.

[145] The IAD's task in this case is to look to "all the circumstances of the case" in order to determine whether "sufficient humanitarian and compassionate considerations" existed to warrant relief from a removal order: *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 67(1)(c). The IAD is bound in performing that function to consider the various factors set out in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL), and endorsed by this Court in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84, at para. 90. The IAD in this case placed the greatest emphasis on the factors of remorse, rehabilitation, and likelihood of reoffence.

[146] With respect to these factors, the record before the IAD consisted essentially of the following uncontested and uncontradicted evidence:

- The sentencing judge found that "by his actions immediately after learning of Ms. Thorpe's death and since the accident . . . he has expressed remorse" (*R. v. Khosa*, 2003 BCSC 221, [2003] B.C.J. No. 280 (QL), at para. 56).
- Mr. Khosa took responsibility for his crime early, expressing a desire to attend the funeral of the woman he had killed and offering — before any arraignment or preliminary inquiry — to plead guilty to dangerous driving causing death.
- The sentencing judge found that "[i]n the more than two years that have passed since the accident, Mr. Khosa has not left the house except to go to work, to school, or the Sikh temple. He normally does not drink. He does not take drugs. He has no criminal record. He has no driving record. He has complied with all of his bail conditions and is not likely to re-offend" (para. 55 (emphasis added)).

[145] La SAI devait, en l'espèce, examiner « les autres circonstances de l'affaire » pour décider s'il existait « des motifs d'ordre humanitaire justifiant » qu'elle accueille l'appel contre une mesure de renvoi : *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, al. 67(1)c). Pour ce faire, elle était tenue de considérer les divers facteurs établis dans *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL), et approuvés par notre Cour dans l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84, par. 90. En l'espèce, la SAI a attaché énormément d'importance aux remords, à la réadaptation et au risque de récidive.

[146] La preuve relative à ces facteurs produite devant la SAI était essentiellement composée des éléments non contestés et non contredits suivants :

- La juge qui a prononcé la sentence a conclu que [TRADUCTION] « par sa manière de se comporter immédiatement après avoir appris le décès de M^{me} Thorpe, et depuis l'accident, [M. Khosa] a montré du remords » (*R. c. Khosa*, 2003 BCSC 221, [2003] B.C.J. No. 280 (QL), par. 56).
- M. Khosa a accepté très tôt la responsabilité de ses actes, exprimé le désir d'assister aux funérailles de la femme qu'il avait tuée et s'est dit prêt — avant même son interpellation ou son enquête préliminaire — à plaider coupable à une accusation de conduite dangereuse causant la mort.
- La juge qui a prononcé la sentence a constaté que [TRADUCTION] « [p]endant la période de plus de deux ans écoulée depuis l'accident, M. Khosa n'a pas quitté la maison sauf pour aller au travail, à l'école ou au temple sikh. Il ne boit habituellement pas. Il ne prend pas de drogues. Il n'a aucun antécédent criminel. Il n'a aucun dossier d'infraction au code de la route. Il s'est conformé à toutes les conditions de sa mise en liberté sous caution et il est peu probable qu'il récidive » (par. 55 (je souligne)).

- Mr. Khosa had not driven a car since the accident, even though he was permitted to do so for some months thereafter.
- Mr. Khosa's probation officer concluded from close and extensive contact with Mr. Khosa that he "appears to be making a sincere effort to maintain a stable and responsible life style in which he is a contributing member of the community". The probation officer also reported that he has "demonstrated a very positive attitude towards community supervision [and] willingly conforms to the expectations, requirements, and restrictions of the Conditional Sentence". With respect to his character, the probation officer was of the view that Mr. Khosa "presents as a pro-social young man who values work, family, community and religion" (Appellant's Record, at p. 355).
- Mr. Khosa had no previous criminal or driving convictions whatever.
- Mr. Khosa had complied with all provisions of his conditional sentence.
- Several employers wrote letters describing Mr. Khosa as conscientious and reliable.
- M. Khosa n'a pas pris le volant depuis l'accident, même s'il a eu le droit de conduire pendant quelques mois.
- L'agent de probation de M. Khosa a conclu, à la suite de ses rapports étroits et prolongés avec M. Khosa, que ce dernier [TRADUCTION] « semble faire des efforts honnêtes pour mener une vie équilibrée, se comporter de manière responsable et contribuer à son milieu ». L'agent de probation a ajouté que M. Khosa « démontre une attitude très positive envers la surveillance communautaire [et] se conforme de son plein gré aux attentes, exigences et restrictions incluses dans l'ordonnance de sursis ». Quant à la moralité de M. Khosa, l'agent de probation le percevait comme « un jeune homme bien intégré à la société, pour qui le travail, la famille, la collectivité et la religion revêtent une grande importance » (dossier de l'appelant, p. 355).
- M. Khosa n'avait jamais été condamné auparavant pour une infraction criminelle ni pour une infraction au code de la route.
- M. Khosa s'était conformé à toutes les conditions incluses dans son ordonnance de sursis.
- Des lettres de plusieurs employeurs décrivaient M. Khosa comme une personne consciencieuse et fiable.

[147] Despite all of this evidence indicating that Mr. Khosa was extremely unlikely to reoffend and had taken responsibility for his actions, the majority at the IAD seized upon one consideration: Mr. Khosa's denial that he was "street-racing" at the time the accident occurred. Apart from a brief mention of Mr. Khosa's "show of relative remorse at [the] hearing" ([2004] I.A.D.D. No. 1268 (QL), at para. 15), and a passing allusion to the judgments of the criminal courts to his culpability (para. 14), Mr. Khosa's denial was the *only* consideration that the IAD majority considered with respect to these issues. Manifestly, this solitary fact was the decisive element — if not the sole basis — upon which

[147] Malgré tous ces éléments de preuve indiquant qu'il était extrêmement improbable que M. Khosa récidive et qu'il avait accepté la responsabilité de ses actes, les membres majoritaires de la SAI se sont arrêtés à un élément : le refus de M. Khosa de reconnaître qu'il participait à une « course de rue » au moment de l'accident. Bien que les membres majoritaires de la SAI aient mentionné brièvement que M. Khosa « a montré quelques remords à l'audience » ([2004] D.S.A.I. n° 1268 (QL), par. 15) et fait une vague allusion aux jugements des cours criminelles concernant sa culpabilité (par. 14), la dénégation de M. Khosa est en fait le *seul* élément dont ils ont tenu compte. Ce fait isolé constituait

the majority of the IAD denied Mr. Khosa's basis for all humanitarian and compassionate relief.

[148] So much cannot reasonably be made out of so little.

III

[149] While Mr. Khosa's denial of street racing may well evidence some "lack of insight" into his own conduct, it cannot reasonably be said to contradict — still less to outweigh, on a balance of probabilities — all of the evidence in his favour on the issues of remorse, rehabilitation and likelihood of reoffence.

[150] The IAD's cursory treatment of the sentencing judge's findings on remorse and the risk of recidivism are particularly troubling. While findings of the criminal courts are not necessarily binding upon an administrative tribunal with a distinct statutory purpose and a different evidentiary record, it was incumbent upon the IAD to consider those findings and to explain the basis of its disagreement with the decision of the sentencing judge. The majority decision at the IAD mentions only in passing the favourable findings of the criminal courts and does not explain *at all* its disagreement with them.

[151] Moreover, Mr. Khosa's denial of street racing is, at best, of little probative significance in determining his remorse, rehabilitation and likelihood of reoffence. In light, particularly, of the extensive, uncontradicted and unexplained evidence to the contrary, Mr. Khosa's denial of street racing cannot reasonably support the inference drawn from it by the majority in the IAD.

[152] It is also important to note that street racing was not a necessary element of Mr. Khosa's crime

manifestement l'élément décisif, voire l'unique élément sur lequel ils se sont appuyés pour décider qu'il n'y avait lieu d'accorder aucune mesure à M. Khosa pour des motifs d'ordre humanitaire.

[148] C'est trop peu pour qu'on puisse raisonnablement aller aussi loin.

III

[149] Le refus de M. Khosa de reconnaître qu'il participait à une course de rue peut certes indiquer qu'il « ne saisit pas bien toute la portée de sa conduite », mais il ne peut raisonnablement servir à contredire — et encore moins à surpasser, selon la prépondérance des probabilités, — tous les éléments de preuve en sa faveur concernant ses remords, sa réadaptation et son risque de récidive.

[150] Je juge tout particulièrement préoccupant le traitement superficiel réservé par la SAI aux conclusions tirées par la juge qui a prononcé la sentence concernant les remords et le risque de récidive. Il est entendu que les conclusions des cours criminelles ne lient pas nécessairement un tribunal administratif qui a une finalité distincte définie par la loi et dispose d'une preuve assujettie à des règles différentes, mais la SAI avait l'obligation de tenir compte de ces conclusions et d'expliquer pourquoi elle n'adhérait pas à la décision de la juge chargée de la détermination de la peine. Les membres majoritaires de la SAI ne mentionnent qu'accessoirement les conclusions favorables tirées par les cours criminelles et n'expliquent *pas du tout* leur décision de s'en écarter.

[151] Qui plus est, le refus de M. Khosa de reconnaître sa participation à une course de rue n'a, au mieux, qu'une faible valeur probante relativement à ses remords, à sa réadaptation et à son risque de récidive. Au regard tout particulièrement de l'abondante preuve contraire qui n'a été ni contredite, ni expliquée, le refus de M. Khosa de reconnaître sa participation à une course de rue ne peut raisonnablement étayer l'inférence qu'en ont tirée les membres majoritaires de la SAI.

[152] Il importe également de noter que la course de rue ne constituait pas un élément essentiel de

of criminal negligence causing death (*R. v. Khosa*, 2003 BCCA 644, 190 B.C.A.C. 23, at para. 85). It appears that Mr. Khosa's refusal to accept his guilty verdict on this charge — in contrast with his willingness to plead guilty to the less serious charge of dangerous driving causing death — is due solely to his mistaken impression that the former requires a finding that he was racing (Appellant's Record, at p. 145). This is therefore not a case where a person in deportation proceedings maintains his innocence, as suggested by the majority of the IAD (at para. 14), but rather a case where the immigrant simply disputes an ancillary finding of the criminal court.

[153] Whatever the correct interpretation of Mr. Khosa's denial that he was street-racing, it is clear that the majority at the IAD had "some kind of fixation" — to again borrow the phrase of the majority below — with this piece of evidence, and based its refusal to grant humanitarian and compassionate relief largely on this single fact.

[154] The majority at the IAD made repeated reference to the denial. Toward the end of its decision, it stated that in light of Mr. Khosa's "failure . . . to acknowledge his conduct and accept responsibility for . . . street-racing . . . , there is insufficient evidence upon which I can make a determination that [Mr. Khosa] does not represent a present risk to the public" (para. 23 (emphasis added)). I find that this conclusion is not only incorrect, but unreasonable. There was ample evidence suggesting that he posed no risk. The majority decision of the IAD simply disregarded virtually all of that evidence.

[155] Later, in justifying its decision to deny all relief rather than order a stay of removal, the majority wrote that Mr. Khosa's "failure to acknowledge or take responsibility for his specific reckless

l'infraction de négligence criminelle ayant causé la mort commise par M. Khosa (*R. c. Khosa*, 2003 BCCA 644, 190 B.C.A.C. 23, par. 85). Si M. Khosa refusait d'accepter le verdict de culpabilité pour ce chef d'accusation, tout en étant prêt à reconnaître sa culpabilité à l'infraction moins grave de conduite dangereuse ayant causé la mort, c'est semble-t-il uniquement parce qu'il croyait à tort que la première infraction exigeait que sa participation à une course soit tenue pour avérée (dossier de l'appelant, p. 145). Le pourvoi ne concerne donc pas une personne visée par une procédure d'expulsion qui clame son innocence, comme l'ont laissé entendre les membres majoritaires de la SAI (au par. 14), mais plutôt un immigrant qui conteste une conclusion accessoire de la cour criminelle.

[153] Quelle que soit l'interprétation juste du refus de M. Khosa de reconnaître sa participation à une course de rue, il ne fait aucun doute que les membres majoritaires de la SAI étaient « quelque peu obnubilés » — pour reprendre de nouveau l'expression utilisée par les juges majoritaires de la Cour d'appel — par cet élément de preuve et ont fondé en grande partie sur ce seul fait leur refus de prendre des mesures spéciales pour des motifs d'ordre humanitaire.

[154] La membre de la SAI qui a rédigé les motifs majoritaires a mentionné la dénégation de M. Khosa à maintes reprises. Vers la fin de ses motifs, elle a déclaré que, puisque M. Khosa « refuse de reconnaître sa conduite et d'accepter la responsabilité [de sa participation à] une course automobile sur la voie publique, [. . .] il y a trop peu de preuve qui me permettrait de conclure que [M. Khosa] ne représente pas un risque pour le public » (par. 23 (je souligne)). J'estime que cette conclusion n'est pas simplement incorrecte, mais déraisonnable. Suffisamment d'éléments de preuve montraient que M. Khosa ne représentait pas un risque pour le public. Les membres majoritaires de la SAI ont tout simplement fait fi de la quasi-totalité de cette preuve.

[155] Plus loin, pour justifier leur décision de refuser toute mesure spéciale plutôt que de surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi, les membres majoritaires de la SAI se sont exprimés en

conduct does not suggest that any purpose would be served by staying the present removal order” (para. 24). Here, again, the decision of the IAD majority transforms a limited, specific and ancillary denial into a general failure to take responsibility.

[156] The majority’s inordinate focus on racing and its failure to consider contrary evidence do not “fit comfortably with the principles of justification, transparency and intelligibility” that are required in order to withstand reasonableness review (reasons of Binnie J., at para. 59).

[157] With respect, I thus feel bound to conclude that the IAD was unreasonable in its evaluation of Mr. Khosa’s rehabilitation, remorse and likelihood of reoffence.

IV

[158] Because the IAD’s finding on these specific factors was central to its ultimate decision to deny any and all humanitarian and compassionate relief, the IAD’s determination cannot be sustained.

[159] To be sure, the majority at the IAD stated that even if it were to have found that Mr. Khosa did not present a risk to the public “in balancing all the relevant factors, I determine the scale does not tip in [Mr. Khosa’s] favour and decline to exercise favourable discretion” (para. 23). This sort of conclusory statement, however, cannot insulate the IAD’s decision from review when the rest of its reasons demonstrate that its decision rests on an unreasonable determination of central importance, as in this case.

[160] I agree that decisions of the IAD are entitled to deference. In my respectful view, however, deference ends where unreasonableness begins.

ces termes : « Le défaut de [M. Khosa] de reconnaître ou d’accepter sa responsabilité à l’égard de la conduite précise qu’il a adoptée laisse entendre qu’il ne servirait à rien de surseoir à la mesure de renvoi en cause » (par. 24). Là encore, la SAI transforme une dénégation limitée, particulière et accessoire en refus général d’accepter la responsabilité de ses actes.

[156] L’importance démesurée accordée par les membres majoritaires à la course et leur défaut de tenir compte des éléments de preuve contraires ne « cadrent [pas] bien avec les principes de justification, de transparence et d’intelligibilité » qui doivent être respectés pour qu’une décision résiste à l’application de la norme de la raisonabilité (motifs du juge Binnie, par. 59).

[157] Avec égard, je suis donc forcé de conclure au caractère déraisonnable de l’appréciation par la SAI de la possibilité de réadaptation, des remords et du risque de récidive de M. Khosa.

IV

[158] Étant donné que la conclusion de la SAI sur ces facteurs particuliers a joué un rôle capital dans sa décision finale de ne prendre aucune mesure spéciale pour des motifs d’ordre humanitaire, sa décision ne peut être maintenue.

[159] Certes, la membre de la SAI qui a rédigé les motifs majoritaires a ajouté que, même si elle en arrivait à la conclusion que M. Khosa ne représentait pas un risque pour le public, elle était « d’avis que les facteurs pertinents soupesés ne feraient pas pencher la balance en faveur de [M. Khosa] et [elle a] refus[é], pour cette raison, de prendre des mesures spéciales » (par. 23). Ce type de déclaration péremptoire ne saurait toutefois mettre la décision de la SAI à l’abri d’un contrôle lorsque, comme en l’espèce, le reste des motifs démontre qu’elle repose sur une conclusion déraisonnable d’importance capitale.

[160] Je reconnais que les décisions de la SAI commandent la déférence. Toutefois, je crois que la déférence s’arrête là où commence la déraisonabilité.

V

[161] For all these reasons, as stated at the outset, I would dismiss the appeal and affirm the judgment of the Court of Appeal returning this matter to the IAD for reconsideration before a differently constituted panel.

Appeal allowed, FISH J. dissenting.

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

Solicitor for the respondent: Garth Barriere, Vancouver.

Solicitors for the interveners: Arvay Finlay, Vancouver.

V

[161] Pour tous ces motifs, et comme je l'ai indiqué dès le départ, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel de renvoyer l'affaire à la SAI pour réexamen par une formation différemment constituée.

Pourvoi accueilli, le juge FISH est dissident.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intimé : Garth Barriere, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante : Arvay Finlay, Vancouver.

Emmanuel Royz *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. ROYZ****Neutral citation: 2008 SCC 13.**

File No.: 32806.

2009: March 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Charge to jury — Adequacy of trial judge's review of evidence — Charge adequate — Jury instruction conveying sufficient understanding of evidence and how it related to issues raised by defence.

Cases Cited

Referred to: *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Borins and MacFarland J.J.A.), 2008 ONCA 584, 234 C.C.C. (3d) 426 (*sub nom. R. v. R. (E.)*), [2008] O.J. No. 3129 (QL), 2008 CarswellOnt 5423, upholding the accused's conviction for extortion. Appeal dismissed.

Ian M. Carter, for the appellant.

Gillian Roberts, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] BINNIE J. — The appellant, convicted of extortion after a short trial, appeals as of right based on a dissent in the Ontario Court of Appeal related to the adequacy of the trial judge's review of the evidence in his charge to the jury.

Emmanuel Royz *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. ROYZ****Référence neutre : 2008 CSC 13.**

N° du greffe : 32806.

2009 : 25 mars.

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

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

Droit criminel — Exposé au jury — Caractère suffisant de l'examen de la preuve effectué par le juge du procès — Exposé adéquat — Les directives aux jurés ont suffisamment expliqué la preuve et précisé son lien avec les questions soulevées par la défense.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Borins et MacFarland), 2008 ONCA 584, 234 C.C.C. (3d) 426 (*sub nom. R. c. R. (E.)*), [2008] O.J. No. 3129 (QL), 2008 CarswellOnt 5423, qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour extorsion prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Ian M. Carter, pour l'appelant.

Gillian Roberts, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE BINNIE — Reconnu coupable d'extorsion à l'issue d'un court procès, l'appelant interjette un appel de plein droit fondé sur une dissidence au sein de la Cour d'appel de l'Ontario concernant le caractère suffisant de l'examen de la preuve effectué par le juge du procès lors de son exposé au jury.

[2] At issue is the application to particular facts of the general principle governing jury instructions set out in *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495, at pp. 497-98:

The rule which has been laid down, and consistently followed is that in a jury trial the presiding judge must, except in rare cases where it would be needless to do so, review the substantial parts of the evidence, and give the jury the theory of the defence, so that they may appreciate the value and effect of that evidence, and how the law is to be applied to the facts as they find them.

To this should be added what was said in *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, by Chief Justice Lamer: “I cannot emphasize enough that the role of a trial judge in charging the jury is to decant and simplify” (para. 13). Brevity is the soul of a jury charge that actually helps the jurors to focus on their job provided its members are given an adequate understanding of the relationship between the essential elements of the evidence and the issues they are required to resolve.

[3] The appellant argues that “[e]vidence critical to the defence case was not reviewed and the jurors were never told how the evidence that was referred to could support a defence to the charge of extortion” (Appellant’s Factum, at para. 39). We do not agree. In applying the *Azoulay* principle to the circumstances of a particular trial, a trial judge must necessarily be vested with considerable latitude to determine how much or how little of the evidence is to be reviewed in relation to the elements of the charge. Here the evidence took less than a day and a half. The entire trial took place over three and a half consecutive days including jury addresses, instructions, deliberations and verdict. There were only three witnesses. The appellant did not testify (although a number of telephone conversations with him were recorded by the complainant and played to the jury). The evidence was fully reviewed before the jury by defence counsel and the Crown immediately prior to the judge’s instruction. The judge’s review of the evidence was succinct but adequate. While we agree that juries may tend to place more weight on what a trial judge says about the evidence than on the argument by counsel, there was

[2] La question qui se pose est celle de l’application aux faits de l’espèce du principe général qui régit l’exposé au jury suivant l’arrêt *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495, p. 497-498 :

[TRADUCTION] La règle qui a été établie et constamment suivie veut que, dans un procès devant jury, le juge qui préside l’audience doive, sauf dans les rares cas où il serait inutile de le faire, examiner les parties essentielles de la preuve et exposer au jury la thèse de la défense afin de lui permettre d’apprécier la valeur et l’incidence de cette preuve, et la façon d’appliquer le droit aux faits constatés.

Ce à quoi il convient d’ajouter les propos du juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314 : « Je ne saurais trop insister sur le fait que le rôle du juge du procès, dans son exposé au jury, est de clarifier et de simplifier » (par. 13). La concision d’un exposé permet au jury de s’acquitter de sa tâche, à condition que le lien entre les éléments essentiels de la preuve et les questions à trancher soit bien expliqué aux jurés.

[3] L’appelant soutient que [TRADUCTION] « [d]es éléments de preuve cruciaux pour sa défense n’ont pas été considérés et que le juge n’a jamais dit aux jurés comment les éléments mentionnés pouvaient étayer une défense à l’accusation d’extorsion » (mémoire de l’appelant, par. 39). Nous ne sommes pas d’accord. Le juge du procès qui applique aux circonstances d’une affaire le principe dégagé dans l’arrêt *Azoulay* doit nécessairement avoir les coudées franches pour déterminer quels éléments de preuve seront examinés en liaison avec les chefs d’accusation. En l’espèce, la présentation de la preuve a duré moins d’une journée et demie. Le procès en entier — y compris les exposés des avocats, les directives du juge, les délibérations du jury et le verdict — s’est déroulé consécutivement sur trois jours et demi. Seulement trois témoins ont été entendus. L’appelant n’a pas témoigné (même si on a fait entendre au jury un certain nombre de conversations téléphoniques que la plaignante avait eues avec lui et qu’elle avait enregistrées). L’avocat de la défense et le ministère public ont examiné la preuve exhaustivement devant le jury avant que le juge ne donne ses directives. Le juge a examiné

no objection to the charge from defence counsel. Lack of objection is not fatal, but it may be informative, because defence counsel would have understood that additional evidentiary matters reviewed at his request might result in the judge repeating additional portions of the evidence requested by the prosecution on the same point, which might in the end have been expected to be more prejudicial than helpful to the defence. Trial counsel are well situated to assess whether the judge has given the jury an adequate review of the evidence for the purpose of the defence theory being pursued.

[4] Despite Mr. Carter's able argument on behalf of the appellant we are not persuaded that the jury instruction failed to convey a sufficient understanding of the evidence and how it related to the issues raised by the defence. The appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

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

la preuve succinctement, mais de manière suffisante. Nous convenons que les jurés peuvent avoir tendance à accorder plus d'importance aux propos du juge du procès sur la preuve qu'à l'argumentation des avocats, mais l'avocat de la défense n'a pas formulé d'objection à l'égard de l'exposé au jury. Cette omission n'est pas fatale, mais elle peut être significative. En effet, l'avocat de la défense a pu estimer que si des éléments de preuve supplémentaires étaient examinés à sa demande, le juge pourrait revenir sur d'autres parties de la preuve à la demande de la poursuite, sur le même point, ce qui pourrait en fin de compte se révéler plus préjudiciable que bénéfique pour son client. L'avocat au procès est bien placé pour déterminer si l'examen de la preuve par le juge à l'intention du jury est suffisant pour les besoins de la thèse qu'il avance.

[4] Malgré l'argumentation habile de M^c Carter présentée au nom de l'appelant, nous ne sommes pas convaincus que, dans ses directives au jury, le juge n'a pas suffisamment expliqué la preuve et précisé son lien avec les questions soulevées par la défense. Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

S.J.L.-G. and L.V.-P. *Respondents*

and

**Director of Public Prosecutions of
Canada, Attorney General of Ontario,
Attorney General of Manitoba and
Association des avocats de la défense de
Montréal** *Interveners*

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

Neutral citation: 2009 SCC 14.

File No.: 32309.

2008: December 16; 2009: March 27.

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

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

Criminal law — Youths — Procedure — Direct indictment — Joint trials — Young persons and adults arrested together in relation to drug trafficking activities by criminal organization — Crown preferring direct indictment against all accused, both adults and young persons — Whether Crown may proceed by direct indictment in case of young persons — Whether young persons can be tried jointly with adults — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 536(4), 577 — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 67(7), (9), 140.

Two young persons aged 16 and 17 were arrested with adults following a police investigation into drug trafficking activities by a criminal organization. The young persons were charged with numerous offences, including criminal organization offences. The Court of Québec dismissed the prosecution's motion for a preliminary inquiry in respect of all the accused, both adults and young persons. After this refusal, the Crown preferred a direct indictment against all the accused

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

S.J.L.-G. et L.V.-P. *Intimés*

et

**Directeur des poursuites pénales du
Canada, procureur général de l'Ontario,
procureur général du Manitoba et
Association des avocats de la défense de
Montréal** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. S.J.L.

Référence neutre : 2009 CSC 14.

N° du greffe : 32309.

2008 : 16 décembre; 2009 : 27 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Adolescents — Procédure — Acte de mise en accusation directe — Procès conjoints — Adolescents et adultes arrêtés ensemble en relation avec des activités de trafic de stupéfiants mettant en cause une organisation criminelle — Dépôt par le ministère public d'un acte de mise en accusation directe regroupant tous les accusés tant adultes qu'adolescents — Le ministère public peut-il procéder par acte de mise en accusation directe dans le cas des adolescents? — Les adolescents peuvent-ils subir leur procès conjointement avec des adultes? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 536(4), 577 — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 67(7), (9), 140.

Deux adolescents âgés de 16 et 17 ans ont été arrêtés avec des adultes à la suite d'une opération policière en relation avec des activités de trafic de stupéfiants mettant en cause une organisation criminelle. Les adolescents font face à plusieurs chefs d'accusation, dont celui de gangstérisme. La Cour du Québec a rejeté la requête de la poursuite demandant la tenue d'une enquête préliminaire qui regrouperait tous les accusés, tant adultes qu'adolescents. À la suite de ce refus, la poursuite

pursuant to s. 577 of the *Criminal Code*. The Superior Court granted a motion by the young persons to quash the direct indictment. The Court of Appeal upheld that decision. Since the young persons' preliminary inquiry took place in September 2007, the issue relating to the direct indictment has become moot, but given its importance, it must be addressed.

Held (Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: Preferring a direct indictment is consistent with the *Youth Criminal Justice Act* ("YCJA"). Prosecution by way of summary conviction, which does not involve a preliminary inquiry, is the general rule for young persons (s. 142 YCJA). However, where the charge is murder, or where an adult sentence is possible, the young person may elect a mode of trial. The elected mode of trial may then involve a preliminary inquiry if the Crown or the young person requests one. The YCJA does not limit the Attorney General's discretion to prefer a direct indictment under s. 577 of the *Criminal Code*. Section 67(7) of the YCJA — unlike s. 536(4), the equivalent provision of the *Code* — does not expressly provide that a preliminary inquiry must be held unless a direct indictment is preferred. It cannot, however, be concluded from the absence of this reservation from s. 67(7) that Parliament did not intend to allow a direct indictment to be preferred. The possibility of preferring a direct indictment clearly existed in Canadian law long before the reference in s. 536(4) came into force in 2004. When the YCJA came into force in 2003, the reservation did not appear in the *Code*, and the wording of s. 67(7) YCJA was consistent with that of s. 536(4). Since the addition of this reservation in s. 536(4) had no normative effect on the *Code*, its absence from s. 67(7) YCJA cannot be regarded as evidence that Parliament intended to preclude the direct indictment in cases under the YCJA. Nor does the wording of s. 67(7) YCJA — "the . . . court . . . shall . . . conduct a preliminary inquiry" — rule out the possibility of proceeding by direct indictment. These words simply state that the court has no discretion to refuse to hold a preliminary inquiry if one is requested. Finally, the general reference to the *Criminal Code* in s. 140 YCJA is not ousted by the specific reference to modifications that the circumstances require in s. 67(9) YCJA. Section 140 YCJA applies to the entire Act and the requirement of consistency accordingly applies to any provision incorporated by reference, but the direct indictment is not inconsistent with

a déposé un acte de mise en accusation directe contre tous les accusés sur le fondement de l'art. 577 du *Code criminel*. La Cour supérieure a accueilli la requête des adolescents en cassation de l'acte de mise en accusation directe. La Cour d'appel a confirmé cette décision. Puisque l'enquête préliminaire des adolescents s'est déroulée en septembre 2007, la question concernant la mise en accusation directe est devenue théorique, mais vu son importance il est nécessaire d'y répondre.

Arrêt (les juges Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Charron et Rothstein : La procédure de mise en accusation directe est compatible avec la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (« LSJPA »). La règle générale applicable dans le cas des adolescents est la procédure par voie sommaire, qui ne comporte pas d'enquête préliminaire (art. 142 LSJPA). Cependant, dans les cas d'accusation de meurtre, ou lorsqu'il y a possibilité d'assujettissement à une peine pour adultes, l'adolescent a le choix du mode de procès. Le mode de procès choisi peut alors impliquer une enquête préliminaire si la poursuite ou l'adolescent en fait la demande. La LSJPA ne limite pas le pouvoir discrétionnaire du procureur général de recourir à la mise en accusation directe en vertu de l'art. 577 du *Code criminel*. Le paragraphe 67(7) LSJPA ne prévoit pas explicitement la tenue d'une enquête préliminaire sous réserve du dépôt d'un acte de mise en accusation directe contrairement au par. 536(4) du *Code*, la disposition équivalente. On ne peut toutefois conclure de l'absence de cette réserve au par. 67(7) que le Parlement avait l'intention de ne pas permettre le dépôt d'un tel acte d'accusation. Bien avant l'entrée en vigueur de la mention figurant au par. 536(4) en 2004, le droit canadien reconnaissait déjà clairement la possibilité de déposer un acte de mise en accusation directe. Lors de l'entrée en vigueur de la LSJPA en 2003, la réserve ne figurait pas dans le *Code* et la formulation du par. 67(7) LSJPA concordait avec celle du par. 536(4). Comme l'ajout de cette réserve au par. 536(4) n'a pas eu d'effet normatif pour le *Code*, on ne peut, du fait de son absence au par. 67(7) LSJPA, en dégager l'intention du Parlement d'écarter l'application de la procédure de mise en accusation directe dans le cas de la LSJPA. Le libellé du par. 67(7) LSJPA — « le tribunal [. . .] tient une enquête » — n'a pas non plus pour effet d'éliminer la possibilité de recourir à la procédure de mise en accusation directe. Elle signifie simplement que le tribunal n'a aucun pouvoir discrétionnaire de refuser l'enquête préliminaire lorsque celle-ci est demandée. Finalement, le renvoi général au *Code criminel* de l'art. 140 LSJPA n'est pas écarté par la disposition spécifique traitant des adaptations nécessaires du par. 67(9) LSJPA.

the principles of the *YCJA*. [7] [10-12] [18] [20] [26] [77]

There is no constitutional right to a preliminary inquiry or to the outcome of such an inquiry. The preliminary inquiry is a screening mechanism for determining whether the Crown has sufficient evidence to commit the accused to trial. Dispensing with this mechanism does not result in a deprivation of fundamental justice, since the young person continues to be presumed innocent and retains the right to make full answer and defence. Nor does it impair the young person's right to discovery, which is distinct from the right to a preliminary inquiry. Furthermore, no particular importance is attached in the *YCJA* to the right of young persons to a preliminary inquiry. Young persons do not generally have a right to a preliminary inquiry, and where, in an exceptional case, the right to one is conferred on a young person, the same principles apply as where it is conferred on an adult: the preliminary inquiry is optional, and it is not available if the Crown prefers a direct indictment. The direct indictment is no less relevant simply because the accused is a young person, and there will even be cases in which it will advance the objectives and principles of the *YCJA*. [21] [23] [35-37] [40]

Co-accused young persons and adults cannot be tried together. The rule that two or more accused persons may be tried together is a common law rule. Although a joint trial of young persons and adults does not present insurmountable difficulties in practical terms, such a proceeding would be inconsistent with the governing principle of the *YCJA*, which maintains a criminal justice system for young people that is separate from the system for adults. The creation of this separate system was based on recognition of the presumption of diminished moral blameworthiness of young persons and on their heightened vulnerability in dealing with the justice system. The effect of the objectives of the *YCJA* is that the courts are asked to favour rehabilitation, reintegration and a fair and proportionate accountability that is consistent with the young person's reduced level of maturity, whereas the adult criminal justice system places greater emphasis on punishment. To apply the common law rule on joint trials would be inconsistent with the spirit and objectives of the *YCJA*, those resulting from the abolition of the transfer of young persons to adult court in particular. The transfer to adult court was the only way to try adults and young persons together, and the possibility of doing so disappeared when that procedure was abolished. The consequence

L'article 140 *LSJPA* s'applique à la loi tout entière et rend l'exigence de compatibilité applicable à toute disposition incorporée par renvoi, mais il n'y a pas d'incompatibilité entre la procédure de mise en accusation directe et les principes de la *LSJPA*. [7] [10-12] [18] [20] [26] [77]

Il n'existe pas de droit constitutionnel à l'enquête préliminaire ou au respect de ses résultats. L'enquête préliminaire est un mécanisme de filtrage qui permet de déterminer si le ministère public dispose d'une preuve suffisante justifiant le renvoi du prévenu à procès. La mise à l'écart de ce mécanisme de filtrage ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale, car l'adolescent demeure présumé innocent et conserve son droit à une défense pleine et entière. Elle ne porte pas non plus atteinte à son droit à la communication de la preuve, qui est distinct du droit à une enquête préliminaire. Par ailleurs, le droit des adolescents à une enquête préliminaire ne revêt pas une importance particulière dans la *LSJPA*. Les adolescents n'ont généralement pas droit à une enquête préliminaire et, exceptionnellement, lorsque le droit à une telle enquête est conféré, il l'est de la même façon qu'aux adultes, c'est-à-dire en tant que simple faculté et sous réserve du recours par la poursuite à la procédure de mise en accusation directe. Cette procédure ne perd rien de sa pertinence du seul fait que le prévenu est un adolescent et permet même, dans certains cas, de favoriser les objectifs et principes de la *LSJPA*. [21] [23] [35-37] [40]

Des coaccusés adolescents ne peuvent être jugés ensemble. La règle suivant laquelle on peut juger conjointement plusieurs accusés est issue de la common law. Bien que, sur le plan pratique, un procès réunissant des adolescents et des adultes ne présente pas de difficultés insurmontables, une telle procédure est incompatible avec le principe directeur de la *LSJPA* qui maintient, pour les adolescents, un système de justice pénale distinct de celui des adultes. La création de ce système distinct est fondée sur la reconnaissance de la présomption de culpabilité morale moindre des adolescents et de leur plus grande vulnérabilité face au système judiciaire. Les objectifs de la *LSJPA* invitent les tribunaux à favoriser la réadaptation, la réinsertion sociale et une responsabilité juste et proportionnelle, compatible avec la maturité moins grande des adolescents, alors que la justice criminelle pour adultes accorde une importance plus marquée à l'aspect punitif. L'application de la règle de common law régissant la tenue de procès conjoints va à l'encontre de l'esprit et des objectifs poursuivis par la *LSJPA*, en particulier depuis l'abolition de la procédure de renvoi d'un adolescent devant le système de justice pour adultes. Cette procédure constituait le seul moyen de juger conjointement des adultes et des adolescents et son abolition écarte désormais cette possibilité.

of the abolition of the transfer to adult court was to completely seal off the system, which is confirmed by s. 3(1)(b) *YCJA*. The absence of a procedure in the *YCJA* for joinder of a trial of adults with a trial of young persons also shows that Parliament's intention was that the common law rule should not apply. The provisions on joint trials in the *YCJA* apply only to co-accused young persons. Moreover, in the course of the preparation and passage of the *YCJA*, a proposal that would have authorized joint trials of co-accused adults and young persons was expressly rejected. Thus, Parliament chose to prohibit joint trials of adults and young persons. [48] [52] [56] [63-64] [67] [71-73] [75-76]

Per Fish and Abella JJ. (dissenting): There is agreement with the majority that young persons should not be tried jointly with adults, but not the view that direct indictments are available to the Crown in the youth justice context. Under the *YCJA*, a young person has a right to a preliminary inquiry when faced with the prospect of an adult sentence. This right should not be extinguished by interpreting the *YCJA* in a way that imports the possibility of direct indictments into the youth justice process. Doing so is inconsistent with the articulated principles and underlying philosophy of the *YCJA*, including s. 3(1)(b)(iii), which provides that young persons are entitled to "enhanced procedural protection". While it is true that there is no constitutional right to a preliminary inquiry, this does not minimize its significance in the context of youth justice. Both the central screening function of a preliminary inquiry and its ancillary benefit as a discovery mechanism are congruent with the *YCJA*'s goal of affording young persons enhanced procedural protection. Section 140 of the *YCJA* provides that the *Criminal Code* applies "except to the extent that it is inconsistent with" the *YCJA*; s. 67(9) of the *YCJA* states that proceedings in which a preliminary inquiry is contemplated are to be conducted in accordance with Parts XIX and XX of the *Criminal Code* "with any modifications that the circumstances require". Part XX includes s. 577 of the *Code*, which allows the Attorney General to foreclose the holding of a preliminary inquiry by preferring a direct indictment. [78-80] [83-84] [87-90] [102]

Together, ss. 140 and 67(9) are clear statutory directions that the *Criminal Code* is not to be applied in a

L'abolition de la procédure de renvoi a eu pour conséquence de sceller l'étanchéité du régime, consacrée par l'al. 3(1)(b) *LSJPA*. L'intention d'écarter l'application de la règle de common law ressort également de l'absence d'une procédure dans la *LSJPA* permettant de joindre un procès visant des adultes et un autre visant des adolescents. Les dispositions sur les procès conjoints dans la *LSJPA* ne visent que les coaccusés adolescents. De plus, lors du processus d'élaboration et d'adoption de la *LSJPA*, une proposition qui aurait permis des procès conjoints entre des coaccusés adultes et adolescents a été explicitement rejetée. Le Parlement a donc choisi de ne pas autoriser la tenue d'un procès réunissant un adulte et un adolescent. [48] [52] [56] [63-64] [67] [71-73] [75-76]

Les juges Fish et Abella (dissidents) : Il y a accord avec l'opinion des juges majoritaires selon laquelle les adolescents ne devraient pas être jugés conjointement avec des adultes, mais non pas avec l'opinion voulant que le ministère public puisse recourir à la mise en accusation directe dans le contexte de la justice pénale pour les adolescents. Sous le régime de la *LSJPA*, un adolescent a droit à une enquête préliminaire en cas d'assujettissement éventuel à une peine applicable aux adultes. Ce droit ne doit pas être éteint en interprétant la *LSJPA* de telle sorte qu'il devienne possible de procéder à des mises en accusation directes dans le contexte de la justice pénale pour les adolescents. Une telle approche est incompatible avec les principes énoncés dans la *LSJPA* et la philosophie qui la sous-tend, y compris avec le sous-al. 3(1)(b)(iii), qui prévoit la « prise de mesures procédurales supplémentaires » à l'égard des adolescents. S'il est vrai que la Constitution ne garantit pas le droit à une enquête préliminaire, ce droit n'est pas moins important dans le contexte de la justice pénale pour les adolescents. Tant la fonction principale de filtrage de l'enquête préliminaire que son rôle accessoire de mécanisme de communication de la preuve sont compatibles avec l'objet de la *LSJPA*, soit d'offrir aux adolescents des mesures procédurales supplémentaires. Suivant l'art. 140 de la *LSJPA*, les dispositions du *Code criminel* s'appliquent « [d]ans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec » la *LSJPA*. Quant au par. 67(9) de la *LSJPA*, il précise que les poursuites dans le cadre desquelles la tenue d'une enquête préliminaire est envisagée sont régies par les parties XIX et XX du *Code criminel*, « avec les adaptations nécessaires ». La partie XX du *Code* comprend l'art. 577, qui confère au procureur général le pouvoir d'empêcher la tenue d'une enquête préliminaire en y privilégiant la mise en accusation directe. [78-80] [83-84] [87-90] [102]

Pris conjointement, l'art. 140 et le par. 67(9) indiquent clairement que le *Code criminel* ne doit pas être

way that derogates from the unique conceptual, procedural, and substantive legal terrain inhabited by the *YCJA*. To interpret the *YCJA* as allowing the only possible screening mechanism before a young person is subject to an adult sentence to be overridden at the discretion of the Crown is inconsistent with Parliament providing access to that process for the most serious consequences a young offender can face. Furthermore, s. 536(4) of the *Criminal Code* mandates the holding of a preliminary inquiry in certain circumstances “subject to section 577”, but this exception did not find its way into the corresponding provision in the *YCJA*, s. 67(7). This is another cogent indicator that Parliament did not intend that the preliminary inquiry for young persons facing an adult sentence be eliminated through direct indictments. If there is any remaining doubt as to the proper interpretation of s. 67(7), it should be resolved in favour of the young person. [91] [94] [96] [99-103]

Cases Cited

By Deschamps J.

Referred to: *McKibbon v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 131; *In re Criminal Code* (1910), 43 S.C.R. 434; *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623; *R. v. Sazant*, 2004 SCC 77, [2004] 3 S.C.R. 635; *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398, leave to appeal refused, [1987] 2 S.C.R. vii; *R. v. Moore* (1986), 26 C.C.C. (3d) 474; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v; *R. v. Sterling* (1993), 113 Sask. R. 81; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307; *R. v. Khela*, [1995] 4 S.C.R. 201; *R. v. R.L.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 417; *R. v. K.G.* (1986), 31 C.C.C. (3d) 81; *R. v. B. (S.)* (1989), 50 C.C.C. (3d) 34; *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446; *R. v. J.T.J.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 574; *R. v. Kennedy*, [1991] B.C.J. No. 3726 (QL); *R. v. Pelletier* (1998), 129 C.C.C. (3d) 65; *R. v. Chan* (2003), 172 C.C.C. (3d) 349; *R. v. A.S.*, [1996] O.J. No. 188 (QL); *R. v. R.V.B.* (1994), 145 A.R. 384; *R. v. L. (M.)* (1995), 34 C.R.R. (2d) 147; *R. v. J.W.* (1989), 99 A.R. 257; *R. v. Cansanay*, Man. Q.B., April 23, 2007; *R. v. S.*, Man. Q.B., June 19, 2007; *Phillips v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 161; *R. v. Clunas*, [1992] 1 S.C.R. 595; *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858; *R. v. Chow*, 2005 SCC 24, [2005] 1 S.C.R. 384; *R. v. X*, 2007 QCCQ

appliqué de manière à porter atteinte à l'espace légal conceptuel, procédural et de fond unique occupé par la *LSJPA*. Interpréter cette loi de manière à autoriser que le ministère public dispose du pouvoir discrétionnaire de passer outre au seul mécanisme de filtrage dont dispose un adolescent avant son assujettissement éventuel à une peine applicable aux adultes est contraire à l'intention du législateur de fournir ce mécanisme pour les cas où le jeune contrevenant est exposé aux conséquences les plus graves. En outre, le par. 536(4) du *Code criminel* impose la tenue d'une enquête préliminaire dans certaines circonstances « sous réserve de l'article 577 », mais cette exception n'a jamais été incorporée dans la disposition correspondante de la *LSJPA*, le par. 67(7). C'est un indicateur convaincant supplémentaire du fait que le législateur n'avait pas l'intention d'éliminer la tenue d'enquêtes préliminaires relativement aux adolescents susceptibles d'être assujettis à une peine applicable aux adultes en permettant le recours aux mises en accusation directes. S'il subsiste un doute quant à l'interprétation juste du par. 67(7), il convient de le dissiper en faveur de l'adolescent. [91] [94] [96] [99-103]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *McKibbon c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 131; *In re Criminal Code* (1910), 43 R.C.S. 434; *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623; *R. c. Sazant*, 2004 CSC 77, [2004] 3 R.C.S. 635; *R. c. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 2 R.C.S. vii; *R. c. Moore* (1986), 26 C.C.C. (3d) 474; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v; *R. c. Sterling* (1993), 113 Sask. R. 81; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307; *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201; *R. c. R.L.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 417; *R. c. K.G.* (1986), 31 C.C.C. (3d) 81; *R. c. B. (S.)* (1989), 50 C.C.C. (3d) 34; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446; *R. c. J.T.J.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 574; *R. c. Kennedy*, [1991] B.C.J. No. 3726 (QL); *R. c. Pelletier* (1998), 129 C.C.C. (3d) 65; *R. c. Chan* (2003), 172 C.C.C. (3d) 349; *R. c. A.S.*, [1996] O.J. No. 188 (QL); *R. c. R.V.B.* (1994), 145 A.R. 384; *R. c. L. (M.)* (1995), 34 C.R.R. (2d) 147; *R. c. J.W.* (1989), 99 A.R. 257; *R. c. Cansanay*, B.R. Man., 23 avril 2007; *R. c. S.*, B.R. Man., 19 juin 2007; *Phillips c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 161; *R. c. Clunas*, [1992] 1 R.C.S. 595; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *R. c. Chow*, 2005 CSC 24, [2005] 1 R.C.S. 384;

2076, [2007] J.Q. n° 2118 (QL); *R. v. Grant* (1992), 52 O.A.C. 244; *R. v. L.T.H.*, 2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739; *R. v. R.C.*, 2005 SCC 61, [2005] 3 S.C.R. 99; *R. v. Z. (D.A.)*, [1992] 2 S.C.R. 1025; *R. v. J.M.J.* (1999), 120 O.A.C. 294, leave to appeal refused, [1999] 3 S.C.R. xi; *R. v. Smith* (1975), 28 C.C.C. (2d) 368; *R. v. E.S.R.* (1985), 49 C.R. (3d) 88; *Protection de la jeunesse — 350*, [1988] R.J.Q. 2395; *R. v. D.M.* (1990), 46 O.A.C. 77; *R. v. J.E.L.* (1987), 4 W.C.B. (2d) 97; *R. v. M.T.*, [1993] Y.J. No. 97 (QL).

By Abella J. (dissenting)

R. v. Sazant, 2004 SCC 77, [2004] 3 S.C.R. 635; *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551; *R. v. C.D.*, 2005 SCC 78, [2005] 3 S.C.R. 668; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252; *R. v. L.T.H.*, 2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting municipal courts, R.S.Q., c. C-72.01, s. 44.
Act to amend the Young Offenders Act and the Criminal Code, S.C. 1995, c. 19, ss. 12(2), 13(3).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f).
Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, ss. 70, 128.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2, Part XVIII, 535, 536(2), (4), (4.2), (4.3), 537(1)(i), 548(1), Part XIX, 556, 565(2), 567, Part XX, 577, 591(1), (3), 675(1.1), 676(1.1), 691 to 693, Part XXVII, 785.
Criminal Law Amendment Act, 2001, S.C. 2002, c. 13, ss. 25, 27.
Criminal Law Improvement Act, 1996, S.C. 1997, c. 18, ss. 92(1), 93(2).
Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3, ss. 2 “court” or “juvenile court”, “judge”, 4, 9, 38.
Juvenile Delinquents Act, 1908, S.C. 1908, c. 40, Preamble, ss. 2(f), (g), 4, 7, 31.
Young Offenders Act, R.S.C. 1985, c. Y-1, ss. 16, 16(1), (1.1), (2), (3), (7).
Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 3, 14, 25, 26, 27, 37(10), 38, 39, 64(2), 67(1), (2), (4), (5), (7), (7.1), (7.2), (8), (9), 71, 72, 85(7), 110 to 125, 140, 142, 146, 147, 151.

Authors Cited

Bala, Nicholas. *Young Offenders Law*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

R. c. X, 2007 QCCQ 2076, [2007] J.Q. n° 2118 (QL); *R. c. Grant* (1992), 52 O.A.C. 244; *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739; *R. c. R.C.*, 2005 CSC 61, [2005] 3 R.C.S. 99; *R. c. Z. (D.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 1025; *R. c. J.M.J.* (1999), 120 O.A.C. 294, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 3 R.C.S. xi; *R. c. Smith* (1975), 28 C.C.C. (2d) 368; *R. c. E.S.R.* (1985), 49 C.R. (3d) 88; *Protection de la jeunesse — 350*, [1988] R.J.Q. 2395; *R. c. D.M.* (1990), 46 O.A.C. 77; *R. c. J.E.L.* (1987), 4 W.C.B. (2d) 97; *R. c. M.T.*, [1993] Y.J. No. 97 (QL).

Citée par la juge Abella (dissidente)

R. c. Sazant, 2004 CSC 77, [2004] 3 R.C.S. 635; *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551; *R. c. C.D.*, 2005 CSC 78, [2005] 3 R.C.S. 668; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252; *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2, partie XVIII, 535, 536(2), (4), (4.2), (4.3), 537(1)(i), 548(1), partie XIX, 556, 565(2), 567, partie XX, 577, 591(1), (3), 675(1.1), 676(1.1), 691 à 693, partie XXVII, 785.
Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale, L.C. 1997, ch. 18, art. 92(1), 93(2).
Loi de 2001 modifiant le droit criminel, L.C. 2002, ch. 13, art. 25, 27.
Loi des jeunes délinquants, 190[8], S.C. 1908, ch. 40, préambule, art. 2f), g), 4, 7, 31.
Loi modifiant la Loi sur les jeunes contrevenants et le Code criminel, L.C. 1995, ch. 19, art. 12(2), 13(3).
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 3, 14, 25, 26, 27, 37(10), 38, 39, 64(2), 67(1), (2), (4), (5), (7), (7.1), (7.2), (8), (9), 71, 72, 85(7), 110 à 125, 140, 142, 146, 147, 151.
Loi sur les cours municipales, L.R.Q., ch. C-72.01, art. 44.
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. 1985, ch. Y-1, art. 16, 16(1), (1.1), (2), (3), (7).
Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, ch. J-3, art. 2 « la cour » ou « la cour pour jeunes délinquants », « juge », 4, 9, 38.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 70, 128.

Doctrine citée

Bala, Nicholas. *Young Offenders Law*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

- Bala, Nicholas. *Youth Criminal Justice Law*. Toronto: Irwin Law, 2003.
- Béliveau, Pierre, et Martin Vauclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 15^e éd. Montréal: Thémis, 2008.
- British Columbia. Ministry of Attorney General, Criminal Justice Branch. *Crown Counsel Policy Manual*, "Direct Indictment", November 22, 2004 (online: http://www.llbc.leg.bc.ca/public/PubDocs/bcdocs/411866/Crown_Counsel_policy_manual.pdf).
- Canada. Department of Justice. *A Strategy for the Renewal of Youth Justice*. Ottawa: The Department, 1998.
- Canada. Department of Justice. Public Prosecution Service. *The Federal Prosecution Service Deskbook*, Part V, c. 17, "Direct Indictments", 2000 (update October 2005) (online: <http://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/fps-sfp/fpd/ch17.html>).
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001, p. 3583.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., May 29, 2001, p. 4314.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Minutes of Proceedings and Evidence*, 1st Sess., 37th Parl., October 2, 2001 (online: <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=%20652651&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=E>).
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 62. *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor*. Ottawa: The Commission, 1990.
- Canada. Solicitor General's Committee on Proposals for new legislation to replace the Juvenile Delinquents Act. *Young Persons in Conflict with the Law*. Ottawa: Ministry of the Solicitor General, 1975.
- Elliott, D. W. "Cut Throat Tactics: the freedom of an accused to prejudice a co-accused", [1991] *Crim. L. Rev.* 5.
- Harris, Peter J., and Miriam H. Bloomenfeld. *Youth Criminal Justice Act Manual*, vol. 2, Part Ten: Adult Sentence Hearing Cases. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003.
- MacFarlane, Bruce, and Judith Webster, "Preferred Indictments". In Vincent M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada: Studies*. Toronto: Butterworths, 1982, 319.
- Manitoba. Department of Justice, Prosecutions. *Crown Policy Manual*, Policy Directive, Guideline No. 2:DIR:1, "Direct Indictments", March 2008.
- Bala, Nicholas. *Youth Criminal Justice Law*. Toronto: Irwin Law, 2003.
- Béliveau, Pierre, et Martin Vauclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 15^e éd. Montréal: Thémis, 2008.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Procès-verbaux et témoignages*, 1^{re} sess., 37^e lég., 2 octobre 2001 (en ligne : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=%20652651&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F>).
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 3 mai 2001, p. 3583.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 29 mai 2001, p. 4314.
- Canada. Comité du ministre du Solliciteur général sur les propositions formulées en remplacement de la Loi sur les jeunes délinquants. *Loi sur les Jeunes qui ont des démêlés avec la Justice*. Ottawa : Ministère du Solliciteur général, 1975.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 62. *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne*. Ottawa : La Commission, 1990.
- Canada. Ministère de la Justice. Service des poursuites pénales. *Guide du Service fédéral des poursuites*, partie V, ch. 17, « La mise en accusation directe », 2000 (mise à jour octobre 2005) (en ligne : <http://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/sfp-fps/fpd/ch17.html>).
- Canada. Ministère de la Justice. *Stratégie de renouvellement du système de justice pour les jeunes*. Ottawa : Le Ministère, 1998.
- Colombie-Britannique. Ministry of Attorney General, Criminal Justice Branch. *Crown Counsel Policy Manual*, « Direct Indictment », November 22, 2004 (online : http://www.llbc.leg.bc.ca/public/PubDocs/bcdocs/411866/Crown_Counsel_policy_manual.pdf).
- Elliott, D. W. « Cut Throat Tactics : the freedom of an accused to prejudice a co-accused », [1991] *Crim. L. Rev.* 5.
- Harris, Peter J., and Miriam H. Bloomenfeld. *Youth Criminal Justice Act Manual*, vol. 2, Part Ten : Adult Sentence Hearing Cases. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2003.
- MacFarlane, Bruce, et Judith Webster, « L'inculpation directe ». Dans Vincent M. Del Buono, dir., *Procédure pénale au Canada*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1983, 369.
- Manitoba. Ministère de la Justice, poursuites. *Crown Policy Manual*, Policy Directive, Guideline No. 2:DIR:1, « Direct Indictments », March 2008.

- Martin, G. Arthur, and Joseph W. Irving. *G. Arthur Martin: Essays on Aspects of Criminal Practice*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
- New Brunswick. Ministry of the Attorney General, Public Prosecutions. *Public Prosecution Services Operational Manual*, DPP Guideline 16, “Direct Indictment”, March 10, 2003 (online: http://www.gnb.ca/0227/PPOM/PDF/Direct%20Indictments_DPP16.pdf).
- Newfoundland and Labrador. Department of Justice. *Guide Book of Policies and Procedures for the Conduct of Criminal Prosecutions in Newfoundland and Labrador*, “Direct Indictments”, October 1, 2007 (online: <http://www.justice.gov.nl.ca/just/prosect/guidebook/019.pdf>).
- Ontario. Ministry of the Attorney General. “No-More-Free-Ride for Young Offenders Act”: *Protecting the Public and Holding Young Offenders Accountable*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 2001.
- Ontario. Ministry of the Attorney General, Criminal Law Division. Practice Memorandum, “Direct Indictments”, September 28, 2005, incorporated in *Crown Policy Manual*, PM [2005] No. 31, March 31, 2006.
- Platt, Priscilla. *Young Offenders Law in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1995.
- Pomerant, David, and Glenn Gilmour. Working Document. *A Survey of the Preliminary Inquiry in Canada*. Ottawa: Department of Justice Canada, 1993.
- Québec. Directeur des poursuites criminelles et pénales. Directive n° ACC-2, “Accusation — Acte d’accusation direct et nouvelle dénonciation”, 1987 (actualisée mars 2007) (en ligne: <http://www.justice.gouv.qc.ca/FRANCAIS/themes/prof/juristes/pdf/ACC-2.pdf>).
- Quigley, Tim. *Procedure in Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2008, release 2).
- Saskatchewan. Department of Justice, Public Prosecutions. *Policy Manual*, Policy and Practice Directive DIR1, “Direct Indictments”, June 1994.
- Tustin, Lee, and Robert E. Lutes. *A Guide to the Youth Criminal Justice Act*, 2006 ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005.
- Martin, G. Arthur, and Joseph W. Irving. *G. Arthur Martin: Essays on Aspects of Criminal Practice*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
- Nouveau-Brunswick. Ministère du Procureur général, Poursuites publiques. *Manuel pratique des services des poursuites publiques*, Ligne directrice du DPP 16, « Mise en accusation directe », 10 mars 2003 (en ligne: http://www.gnb.ca/0227/PPOM/PDF/Mises%20en%20accusation%20directes_DPP16.pdf).
- Ontario. Ministère du Procureur général. « Loi augmentant la sévérité des peines imposées aux jeunes contrevenants » : *Protéger le public et faire répondre les jeunes contrevenants de leurs actes*. Toronto : Ministère du Procureur général, 2001.
- Ontario. Ministry of the Attorney General, Criminal Law Division. Practice Memorandum, « Direct Indictments », September 28, 2005, incorporated in *Crown Policy Manual*, PM [2005] No. 31, March 31, 2006.
- Platt, Priscilla. *Young Offenders Law in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont. : Butterworths, 1995.
- Pomerant, David, et Glenn Gilmour. Document de travail. *Étude de l’enquête préliminaire au Canada*. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, 1993.
- Québec. Directeur des poursuites criminelles et pénales. Directive n° ACC-2, « Accusation — Acte d’accusation direct et nouvelle dénonciation », 1987 (actualisée mars 2007) (en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/FRANCAIS/themes/prof/juristes/pdf/ACC-2.pdf>).
- Quigley, Tim. *Procedure in Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2008, release 2).
- Saskatchewan. Department of Justice, Public Prosecutions. *Policy Manual*, Policy and Practice Directive DIR1, « Direct Indictments », June 1994.
- Terre-Neuve-et-Labrador. Ministère de la Justice. *Guide Book of Policies and Procedures for the Conduct of Criminal Prosecutions in Newfoundland and Labrador*, « Direct Indictments », October 1, 2007 (online : <http://www.justice.gov.nl.ca/just/prosect/guidebook/019.pdf>).
- Tustin, Lee, and Robert E. Lutes. *A Guide to the Youth Criminal Justice Act*, 2006 ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Hilton, Bich and Dufresne J.J.A.), 2007 QCCA 1201, [2007] R.J.Q. 2197, [2007] J.Q. n° 10607 (QL), 2007 CarswellQue 8533, affirming a decision of Mongeau J. Appeal allowed, Fish and Abella J.J. dissenting.

Robert Rouleau, Sophie Delisle, Antoine Piché and Isabelle Bouchard, for the appellant.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Hilton, Bich et Dufresne), 2007 QCCA 1201, [2007] R.J.Q. 2197, [2007] J.Q. n° 10607 (QL), 2007 CarswellQue 8533, qui a confirmé une décision du juge Mongeau. Pourvoi accueilli, les juges Fish et Abella sont dissidents.

Robert Rouleau, Sophie Delisle, Antoine Piché et Isabelle Bouchard, pour l’appelante.

Éric Coulombe, for the respondent S.J.L.-G.

Éric Coulombe, pour l'intimé S.J.L.-G.

Catherine Pilon and Marie-Pierre Blouin, for the respondent L.V.-P.

Catherine Pilon et Marie-Pierre Blouin, pour l'intimé L.V.-P.

Michel F. Denis and Éric Marcoux, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Michel F. Denis et Éric Marcoux, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

Christine Bartlett-Hughes, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Christine Bartlett-Hughes, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

A. Gerald Bowering, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

A. Gerald Bowering, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

François Dadour, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

François Dadour, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Charron and Rothstein JJ. delivered by

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Charron et Rothstein a été rendu par

[1] DESCHAMPS J. — Two questions relating to youth criminal justice are before the Court: (1) May the Crown prefer a direct indictment? (2) Can a young person be tried jointly with an adult? For the reasons that follow, I would answer yes to the first question and no to the second.

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Deux questions sont posées à la Cour dans le contexte de la justice pénale pour adolescents : (1) La poursuite peut-elle déposer un acte de mise en accusation directe? (2) Un adolescent peut-il subir son procès conjointement avec un adulte? Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de répondre à la première question par l'affirmative et à la deuxième par la négative.

[2] On September 20, 2006, the respondents were arrested with 16 adults following a major police investigation into drug trafficking activities by a criminal organization. The investigation lasted over five months and required the interception of more than 100,000 telephone conversations. The respondents were charged with numerous offences, including criminal organization offences. At the beginning of the period in which the events were alleged to have occurred, S.J.L.-G. and L.V.-P. were 16 and 17 years old, respectively.

[2] Le 20 septembre 2006, les intimés ont été arrêtés avec 16 adultes à la suite d'une importante opération policière visant des activités de trafic de stupéfiants mettant en cause une organisation criminelle. L'enquête policière a duré plus de cinq mois et nécessité l'interception de plus de 100 000 conversations téléphoniques. Les intimés font face à de nombreux chefs d'accusation, dont celui de gangstérisme. Au début de la période couvrant les événements reprochés, S.J.L.-G. et L.V.-P. étaient âgés de 16 ans et 17 ans respectivement.

[3] The Crown filed a motion in the Court of Québec, Youth Division, for a preliminary inquiry in respect of all the accused, both adults and young persons, to be held in the Court of Québec, Criminal and Penal Division, pursuant to s. 537(1)(i) of the

[3] La poursuite a présenté à la chambre de la jeunesse de la Cour du Québec, en vertu de l'al. 537(1*i*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« C. cr. »), une requête demandant la tenue devant la chambre criminelle et pénale de la Cour du

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”). Judge Broseau of the Court of Québec dismissed the motion.

[4] After this refusal, the Crown preferred a direct indictment against all the co-accused, adults and young persons alike, pursuant to s. 577 *Cr. C.* One of the adults applied, unsuccessfully, to have the direct indictment quashed for abuse of process. The respondents filed their own motion to quash the direct indictment. The Superior Court granted the respondents’ motion, and the Court of Appeal upheld that decision.

[5] A stay of proceedings was not granted. The respondents’ preliminary inquiry took place from September 18 to 26, 2007. The issue relating to the direct indictment has therefore become moot, but given its importance, it must be addressed.

[6] The main purpose of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (“*YCJA*”), is to lay down special rules for young persons. It is not exhaustive. The *YCJA* does not set out all the procedures that apply to the prosecution of an accused young person, and it establishes very few offences. The techniques employed by Parliament in this regard are those of reference and exclusion. As is true of most special legislation, the rules provided for in the *YCJA* interact with the rules of general application. In the case at bar, the *YCJA* does not provide precise answers to the two questions before the Court. The Court must therefore interpret the general rules and the special rules and determine to what extent the general rules are consistent with the special rules for young persons, and whether the rules for adults must be adapted when being applied to young persons. Although all the provisions to which I will be referring in the course of this exercise of statutory interpretation are reproduced in the Appendix, I have also reproduced certain of them in the body of the text for ease of reference.

Québec d’une enquête préliminaire qui regrouperait tous les accusés, tant adultes qu’adolescents. La juge Broseau de la Cour du Québec a rejeté cette requête.

[4] À la suite de ce refus, la poursuite a déposé un acte de mise en accusation directe contre tous les coaccusés, adultes et adolescents, sur le fondement de l’art. 577 *C. cr.* L’un des adultes a demandé, sans succès, l’annulation de l’acte de mise en accusation directe, plaidant l’abus de procédure. Les intimés, quant à eux, ont présenté une requête en cassation de l’acte de mise en accusation directe. La Cour supérieure a accueilli la requête des intimés et la Cour d’appel a confirmé cette décision.

[5] Aucune suspension d’instance n’a été prononcée. L’enquête préliminaire des intimés s’est déroulée du 18 au 26 septembre 2007. La question concernant la mise en accusation directe est donc devenue théorique, mais vu son importance il est nécessaire d’y répondre.

[6] La *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (« *LSJPA* »), est avant tout une loi destinée à établir les règles particulières qui s’appliquent aux adolescents. Elle n’est pas exhaustive. En effet, la *LSJPA* ne prescrit pas toutes les procédures applicables lors de la poursuite d’un prévenu adolescent et ne crée que très peu d’infractions. Les méthodes utilisées par le Parlement à l’égard de ces questions sont celles du renvoi et de l’exclusion. Comme pour la majorité des lois particulières, les règles prévues par la *LSJPA* interagissent avec les règles d’application générale. En l’espèce, la *LSJPA* n’apporte pas de réponse précise aux deux questions posées à la Cour. Celle-ci est donc appelée à interpréter les règles générales et les règles particulières et à déterminer dans quelle mesure les règles générales sont compatibles avec les règles particulières prévues pour les adolescents, et si des adaptations doivent être faites pour appliquer à ces derniers les règles prévues pour les adultes. Bien que toutes les dispositions auxquelles je me reporte dans cet exercice d’interprétation législative figurent dans l’annexe, par souci de commodité j’en ai reproduit certaines dans le corps du texte.

1. Direct Indictment

[7] Unlike an adult accused, a young person will ordinarily be prosecuted by way of summary conviction under Part XXVII *Cr. C.* (that is, without a preliminary inquiry) (s. 142 *YCJA*). However, where a young person is charged with murder or is liable to be sentenced as an adult, he or she may elect a mode of trial. The elected mode of trial may then involve a preliminary inquiry if the Crown or the young person requests one. These situations are provided for in s. 67(7) *YCJA*:

67. . . .

(7) When a young person elects to be tried by a judge without a jury, or elects or is deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury, the youth justice court referred to in subsection 13(1) shall, on the request of the young person or the prosecutor made at that time or within the period fixed by rules of court made under section 17 or 155 or, if there are no such rules, by the youth justice court judge, conduct a preliminary inquiry and if, on its conclusion, the young person is ordered to stand trial, the proceedings shall be conducted

(a) before a judge without a jury or a court composed of a judge and jury, as the case may be; or

(b) in Nunavut, before a judge of the Nunavut Court of Justice acting as a youth justice court, with or without a jury, as the case may be.

[8] The *YCJA* is silent with respect to the direct indictment. Preferring a direct indictment is instead provided for in Part XX of the *Cr. C.*, in s. 577, which reads as follows:

577. Despite section 574, an indictment may be preferred even if the accused has not been given the opportunity to request a preliminary inquiry, a preliminary inquiry has been commenced but not concluded or a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged, if

(a) in the case of a prosecution conducted by the Attorney General or one in which the Attorney General intervenes, the personal consent in writing of the Attorney General or Deputy Attorney General is filed in court; or

1. L'acte de mise en accusation directe

[7] À la différence de la procédure suivie pour les adultes, la procédure par voie sommaire prévue à la partie XXVII *C. cr.* (c'est-à-dire sans enquête préliminaire) constitue la voie ordinaire pour les adolescents (art. 142 *LSJPA*). Cependant, lorsque l'adolescent est accusé de meurtre ou qu'il pourrait être assujéti à une peine pour adultes, cet adolescent a le choix du mode de procès. Le mode de procès choisi peut alors impliquer la tenue d'une enquête préliminaire si la poursuite ou l'adolescent en fait la demande. Ces situations sont prévues par le par. 67(7) *LSJPA* :

67. . . .

(7) Lorsque l'adolescent a choisi d'être jugé par un juge sans jury ou a choisi ou est réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, le tribunal pour adolescents mentionné au paragraphe 13(1) tient une enquête préliminaire sur demande présentée par l'adolescent ou le poursuivant à ce moment ou dans le délai prévu par les règles établies en vertu des articles 17 ou 155 ou, en l'absence de règles, dans le délai fixé par le juge du tribunal pour adolescents; dans le cas où il est renvoyé pour subir son procès, le procès a lieu devant un juge sans jury ou un tribunal composé d'un juge et d'un jury, selon le cas, ou, dans le cas d'une procédure au Nunavut, devant un juge de la Cour de justice du Nunavut, agissant à titre de tribunal pour adolescents, avec ou sans jury, selon le cas.

[8] La *LSJPA* est muette sur la procédure de mise en accusation directe. Le dépôt d'un tel acte d'accusation est plutôt prévu à la partie XX du *C. cr.*, par l'art. 577, qui est rédigé ainsi :

577. Malgré le fait que le prévenu n'a pas eu la possibilité de demander la tenue d'une enquête préliminaire, que l'enquête préliminaire a débuté et n'est pas encore terminée ou qu'une enquête préliminaire a été tenue et le prévenu a été libéré, un acte d'accusation peut, malgré l'article 574, être présenté si, selon le cas :

a) dans le cas d'une poursuite qui est menée par le procureur général ou dans laquelle il intervient, le consentement personnel écrit de celui-ci ou du sous-procureur général est déposé au tribunal;

(b) in any other case, a judge of the court so orders.

[9] Thus, a direct indictment is preferred only if the accused is or was entitled to a preliminary inquiry. By preferring a direct indictment, the prosecution can terminate or skip the preliminary inquiry stage. It can also put the accused on trial even if he or she was discharged following a preliminary inquiry. Where a direct indictment is preferred, the accused is deemed both to have elected to be tried by a judge and jury, and not to have requested a preliminary inquiry. He or she may nevertheless elect to be tried by a judge without a jury (s. 565(2) *Cr. C.* — Part XIX).

[10] As can be seen, s. 67(7) of the *YCJA* does not expressly provide that a preliminary inquiry must be held unless a direct indictment is preferred. The equivalent provision of the *Cr. C.*, s. 536(4), is worded differently:

536. . . .

(4) If an accused elects to be tried by a judge without a jury or by a court composed of a judge and jury or does not elect when put to the election or is deemed under paragraph 565(1)(b) to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury or is charged with an offence listed in section 469, the justice shall, subject to section 577, on the request of the accused or the prosecutor made at that time or within the period fixed by rules of court made under section 482 or 482.1 or, if there are no such rules, by the justice, hold a preliminary inquiry into the charge.

This provision expressly states that if the accused or the prosecutor requests that a preliminary inquiry be held, the justice must hold one *subject to s. 577*, that is, unless a direct indictment is preferred. According to the Court of Appeal, the absence of this reservation from s. 67(7) shows that Parliament did not intend to allow a direct indictment to be preferred under the *YCJA*.

[11] In my view, the difference in wording does not have the consequence the Court of Appeal considered it to have. The reservation regarding

b) dans les autres cas, le juge du tribunal l'ordonne.

[9] La procédure de mise en accusation directe n'est donc pertinente que dans les cas où le prévenu a droit ou a eu droit à une enquête préliminaire. Elle permet de mettre fin à l'enquête préliminaire ou de sauter cette étape. Elle permet aussi la tenue d'un procès même si le prévenu a été libéré à la suite d'une telle enquête. Lorsqu'un acte de mise en accusation directe est déposé, le prévenu est réputé avoir choisi un procès avec juge et jury et ne pas avoir requis la tenue d'une enquête préliminaire. Il peut toutefois opter pour un procès sans jury (par. 565(2) *C. cr.* — partie XIX).

[10] On peut constater que le par. 67(7) de la *LSJPA* ne prévoit pas explicitement la tenue d'une enquête préliminaire sous réserve du dépôt d'un acte de mise en accusation directe. La disposition équivalente du *C. cr.*, le par. 536(4), est rédigée différemment :

536. . . .

(4) Lorsqu'un prévenu choisit d'être jugé par un juge sans jury ou par un tribunal composé d'un juge et d'un jury ou est réputé, au titre de l'alinéa 565(1)b), avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury ou est accusé d'une infraction mentionnée à l'article 469 ou encore ne fait pas de choix, le juge de paix tient, sous réserve de l'article 577, une enquête préliminaire sur l'inculpation, sur demande présentée par le prévenu ou le poursuivant à ce moment ou dans le délai prévu par les règles établies en vertu des articles 482 ou 482.1, ou, en l'absence de règles, dans le délai fixé par lui.

Cette disposition indique expressément que, lorsque le prévenu ou le poursuivant a demandé la tenue d'une enquête préliminaire, le juge tient cette enquête *sous réserve de l'art. 577* (c'est-à-dire sous réserve du dépôt d'un acte de mise en accusation directe). Pour la Cour d'appel, l'absence de cette réserve au par. 67(7) révèle l'intention du Parlement de ne pas permettre le dépôt d'un tel acte d'accusation en vertu de la *LSJPA*.

[11] Je ne crois pas que la différence de formulation emporte la conséquence qu'y a vue la Cour d'appel. La réserve prévue au par. 536(4) *C. cr.*

the direct indictment set out in s. 536(4) *Cr. C.* was added to the *Cr. C.* only in the *Criminal Law Amendment Act, 2001* (S.C. 2002, c. 13, s. 25(2)), which came into force on June 1, 2004, SI/2003-182. The possibility of preferring a direct indictment clearly existed in Canadian law long before the reference to it in s. 536(4) *Cr. C.* came into force. In fact, the Crown's power to proceed by direct indictment existed even before the *Cr. C.* came into force in 1892; at the time of the codification of the rules, this power was limited, but the validity of proceeding by indictment without a preliminary inquiry was recognized: see *McKibbon v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 131, at pp. 137-40, and *In re Criminal Code* (1910), 43 S.C.R. 434. Over the years, other restrictions were introduced, but the Attorney General's power to proceed by direct indictment survived: see *McKibbon*, at pp. 140-52 and 155. When the *YCJA* came into force on April 1, 2003, the reservation did not appear in the *Cr. C.*, and the wording of s. 67(7) of the *YCJA* was consistent with that of the corresponding provision of the *Cr. C.* Consequently, as the addition of this reference in s. 536(4) *Cr. C.* had no normative effect on the *Cr. C.*, its absence from s. 67(7) *YCJA* cannot be regarded as evidence that Parliament intended to preclude the direct indictment in cases under the *YCJA*.

[12] I also reject the respondents' textual argument, which the Court of Appeal endorsed, that the wording of s. 67(7) *YCJA*, "the . . . court . . . shall . . . conduct a preliminary inquiry", is mandatory. These words do not rule out the possibility of proceeding by direct indictment. They simply state that the court has no discretion to refuse to hold a preliminary inquiry if one is requested. There is nothing in them that would, in a case involving young persons, cast doubt on the Attorney General's discretion in this respect under s. 577 *Cr. C.*

[13] Moreover, there are two references to the *Cr. C.* that suggest that the direct indictment has been incorporated into the *YCJA*: a general one in

concernant la mise en accusation directe n'a été ajoutée au *C. cr.* que par la *Loi de 2001 modifiant le droit criminel* (L.C. 2002, ch. 13, par. 25(2)), entrée en vigueur le 1^{er} juin 2004, TR/2003-182. Le droit canadien reconnaissait déjà clairement la possibilité de déposer un acte de mise en accusation directe, bien avant l'entrée en vigueur de la mention figurant au par. 536(4) *C. cr.* En effet, le pouvoir de la poursuite de recourir à la mise en accusation directe existait avant même l'entrée en vigueur du *C. cr.* en 1892; lors de la codification des règles, ce pouvoir a été limité, mais la validité de la procédure de mise en accusation sans enquête préliminaire a été reconnue : voir *McKibbon c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 131, p. 137-140, et *In re Criminal Code* (1910), 43 R.C.S. 434. Au fil des ans, d'autres restrictions ont été apportées, mais le pouvoir de mise en accusation directe du procureur général a subsisté : voir *McKibbon*, p. 140-152 et 155. Lors de l'entrée en vigueur de la *LSJPA*, le 1^{er} avril 2003, la réserve ne figurait pas dans le *C. cr.* et la formulation du par. 67(7) de la *LSJPA* concordait avec celle de la disposition correspondante du *C. cr.* Par conséquent, comme l'ajout de cette mention au par. 536(4) *C. cr.* n'a pas eu d'effet normatif pour le *C. cr.*, on ne peut, du fait de son absence au par. 67(7) *LSJPA*, en dégager l'intention du Parlement d'écarter l'application de la procédure de mise en accusation directe dans le cas de la *LSJPA*.

[12] Je rejette également l'argument de texte avancé par les intimés et retenu par la Cour d'appel suivant lequel le libellé du par. 67(7) *LSJPA*, « le tribunal [. . .] tient une enquête », aurait un caractère impératif. Cette formulation n'a pas pour effet d'éliminer la possibilité de recourir à la procédure de mise en accusation directe. Elle signifie simplement que le tribunal n'a aucun pouvoir discrétionnaire d'écarter l'enquête préliminaire lorsque celle-ci est demandée. Cette formulation ne donne aucune indication qui permettrait de mettre en doute, dans le cas des adolescents, le pouvoir discrétionnaire reconnu au procureur général à cet égard par l'art. 577 *C. cr.*

[13] Par ailleurs, deux renvois au *C. cr.* invitent à conclure à l'intégration à la *LSJPA* de la procédure de mise en accusation directe : le renvoi général de

s. 140 *YCJA* and a specific one in s. 67(9) *YCJA*. These provisions read as follows:

140. Except to the extent that it is inconsistent with or excluded by this Act, the provisions of the *Criminal Code* apply, with any modifications that the circumstances require, in respect of offences alleged to have been committed by young persons.

67. . . .

(9) Proceedings under this Act before a judge without a jury or a court composed of a judge and jury or, in Nunavut, a judge of the Nunavut Court of Justice acting as a youth justice court, with or without a jury, as the case may be, shall be conducted in accordance with the provisions of Parts XIX (indictable offences — trial without jury) and XX (procedure in jury trials and general provisions [which is where s. 577 *Cr. C.* is found]) of the *Criminal Code*, with any modifications that the circumstances require, except that

(a) the provisions of this Act respecting the protection of privacy of young persons prevail over the provisions of the *Criminal Code*; and

(b) the young person is entitled to be represented in court by counsel if the young person is removed from court in accordance with subsection 650(2) of the *Criminal Code*.

[14] Owing to the generality of these references, the direct indictment is, at first glance, available. The question is whether the effect of the wording of s. 67(7) *YCJA* or the reservations provided for in the specific and general references in ss. 67(9) and 140 *YCJA* — according to which the provisions of the *Cr. C.* apply “with any modifications that the circumstances require” and except where they are inconsistent — is that the direct indictment has been excluded from the procedure applicable to young persons.

[15] The Court of Appeal found that the direct indictment was inconsistent with the underlying principles of the *YCJA*, because it eliminated or short-circuited the preliminary inquiry. The court held that as a result of the requirement of modifications that the circumstances require in s. 67(9) *YCJA* and that of consistency set out in the general reference in s. 140 *YCJA*, s. 577 *Cr. C.* did not apply: [TRANSLATION] “[T]he principle of protection of young persons means that young persons should

l’art. 140 *LSJPA* et celui, particulier, du par. 67(9) *LSJPA*. Ces dispositions sont rédigées ainsi :

140. Dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la présente loi ou écartées par celle-ci, les dispositions du *Code criminel* s’appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux infractions imputées aux adolescents.

67. . . .

(9) Les poursuites intentées sous le régime de la présente loi devant un juge sans jury ou un tribunal composé d’un juge et d’un jury ou, dans le cas d’une procédure au Nunavut, devant un juge de la Cour de justice du Nunavut, agissant à titre de tribunal pour adolescents, avec ou sans jury, sont régies par les parties XIX (actes criminels — procès sans jury) et XX (procédures lors d’un procès devant jury — dispositions générales [où se retrouve l’art. 577 *C. cr.*]) du *Code criminel*, avec les adaptations nécessaires, sauf que :

a) les dispositions de la présente loi relatives à la protection de la vie privée des adolescents l’emportent sur les dispositions du *Code criminel*;

b) l’adolescent a le droit d’être représenté par un avocat si le tribunal le fait éloigner en application du paragraphe 650(2) du *Code criminel*.

[14] La généralité des renvois rend applicable, à première vue, la procédure de mise en accusation directe. La question qui se pose est de savoir si le libellé du par. 67(7) *LSJPA* ou les réserves prévues par le renvoi particulier figurant au par. 67(9) et celui général à l’art. 140 *LSJPA* — réserves suivant lesquelles les dispositions du *C. cr.* s’appliquent « avec les adaptations nécessaires » et sous réserve d’incompatibilité — ont pour effet d’exclure la mise en accusation directe de la procédure applicable aux adolescents.

[15] La Cour d’appel a conclu que la procédure de mise en accusation directe était incompatible avec les principes sous-jacents de la *LSJPA*, puisqu’elle avait pour effet d’éliminer ou de court-circuiter l’étape de l’enquête préliminaire. La Cour a jugé que les adaptations nécessaires requises par le par. 67(9) *LSJPA* et l’exigence de compatibilité inscrite au renvoi général de l’art. 140 *LSJPA*, rendaient l’art. 577 *C. cr.* inapplicable : « [L]e principe de protection des adolescents veut qu’on ne les envoie

not be made to stand trial, and should not even be exposed to a risk of standing trial, unnecessarily” (2007 QCCA 1201, [2007] R.J.Q. 2197, at para. 40) and that the defence should not be deprived of the opportunity to take cognizance of the Crown’s evidence. The Court of Appeal concluded that if s. 577 *Cr. C.* were applied, this would neutralize s. 67 *YCJA*, and it questioned the constitutional validity of applying s. 577 *Cr. C.* in a case involving young persons, although it did not answer the question, which had not been argued by the parties. The constitutional question is not before this Court.

[16] The respondents support the Court of Appeal’s position, adding that any ambiguity must be resolved in favour of the young person and of conformity with the principles set out in s. 3 *YCJA*. According to the respondents, the preliminary inquiry is a supplementary procedural guarantee in favour of young persons who are liable to a youth sentence for murder or to an adult sentence.

[17] The appellant submits that as a result of the specific reference in s. 67(9) *YCJA*, the general reference in s. 140 *YCJA*, including its requirement of consistency, is inapplicable. In the alternative, she argues that the procedure provided for in s. 577 *Cr. C.* is not inconsistent with the provisions of the *YCJA*, that s. 577 *Cr. C.* has been held to be constitutional on several occasions and that the preliminary inquiry is not mandatory under the *YCJA*.

[18] I cannot endorse the argument that the general reference in s. 140 *YCJA* is ousted by the specific reference in s. 67(9) *YCJA*. I agree with the Court of Appeal that the general reference is applicable. It is impossible to conclude that all the provisions in Parts XIX and XX *Cr. C.* apply regardless of the requirement of consistency. Indeed, it is clear from their very wording that several of the provisions in those parts are quite simply inapplicable, either because specific equivalent provisions have been included in the *YCJA* (for example, s. 67(5) *YCJA*, which is the counterpart of s. 567 *Cr. C.* regarding the procedure applicable where two or more young persons are charged with the same offence or charged jointly) or, in some cases,

pas inutilement à procès et qu’on ne leur fasse pas même subir le risque d’un procès inutile » (2007 QCCA 1201, [2007] R.J.Q. 2197, par. 40) et qu’on ne prive pas la défense de prendre connaissance de la preuve du ministère public. La Cour d’appel a conclu que l’application de l’art. 577 *C. cr.* neutraliserait l’art. 67 *LSJPA* et s’est interrogée sur la constitutionnalité d’une telle procédure en ce qui concerne les adolescents sans toutefois apporter de réponse, puisque la question n’avait pas été débattue par les parties. La question constitutionnelle ne se pose pas devant notre Cour.

[16] Les intimés soutiennent la position de la Cour d’appel, ajoutant qu’en cas d’ambiguïté il faut trancher en faveur de l’adolescent et du respect des principes prévus par l’art. 3 *LSJPA*. Selon les intimés, l’enquête préliminaire constitue une garantie procédurale supplémentaire en faveur des adolescents qui risquent d’être assujettis à une peine spécifique pour meurtre ou à une peine pour adultes.

[17] Pour sa part, l’appelante soutient que le renvoi spécifique fait au par. 67(9) *LSJPA* rend inapplicable le renvoi général figurant à l’art. 140 *LSJPA*, y compris la réserve touchant la compatibilité. Subsidiairement, elle plaide que le recours prévu à l’art. 577 *C. cr.* n’est pas incompatible avec les dispositions de la *LSJPA*, que l’art. 577 *C. cr.* a été jugé constitutionnellement valide à plusieurs reprises, et que la *LSJPA* ne fait pas de l’enquête préliminaire une étape obligatoire.

[18] Je ne saurais retenir l’argument suivant lequel le renvoi général de l’art. 140 *LSJPA* est écarté par la disposition spécifique du par. 67(9) *LSJPA*. Tout comme la Cour d’appel, je suis d’avis que le renvoi général s’applique. Il est impossible de conclure à l’application de l’ensemble des dispositions des parties XIX et XX *C. cr.* sans tenir compte de la réserve concernant leur compatibilité. En effet, il ressort du texte même de plusieurs dispositions de ces parties qu’elles ne sont tout simplement pas applicables, soit parce que la *LSJPA* comporte des dispositions équivalentes spécifiques (par exemple, le par. 67(5) *LSJPA*, qui est le pendant de l’art. 567 *C. cr.* en ce qui a trait à la procédure applicable lorsque plusieurs adolescents sont inculpés de la

because of their nature (for example, s. 556 *Cr. C.*, which sets out the procedure for appearances and preliminary inquiries for accused organizations, is not relevant to the *YCJA*, since the youth justice court's jurisdiction is limited to young persons (s. 14 *YCJA*). These are not measures to which "modifications that the circumstances require" could be made so that they would become applicable to young persons. Rather, they are measures that are inapplicable pursuant to the clause on inconsistency.

[19] It seems to me that an interpretation involving a review of consistency is more consonant with the inherent philosophy of the scheme applicable to young offenders. The scheme's specificity must not be undermined by importing procedures that are inconsistent with it under the cover of technical arguments.

[20] Thus, it is my view that the rule in s. 140 *YCJA* applies to the entire Act and that the requirement of consistency accordingly applies to any provision incorporated by reference. I disagree, however, with the Court of Appeal's view that the direct indictment is inconsistent with the principles of the *YCJA*.

[21] It is well established that the preliminary inquiry is a screening mechanism for the purpose of determining whether the Crown has sufficient evidence to commit the accused to trial: *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623, at para. 30, and *R. v. Sazant*, 2004 SCC 77, [2004] 3 S.C.R. 635, at paras. 14-16. However, there is no constitutional right to a preliminary inquiry or to the outcome of such an inquiry: *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1987] 2 S.C.R. vii; *R. v. Moore* (1986), 26 C.C.C. (3d) 474 (Man. C.A.). The principle of fundamental justice recognized by this Court in *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, according to which young persons are entitled to a presumption of diminished moral blameworthiness has no bearing on the right to a preliminary inquiry. That is not the stage at which the guilt of the accused or the appropriate sanction is determined. Dispensing with the

même infraction ou inculpés conjointement), soit en raison de la nature de certaines de ces dispositions (par exemple, l'art. 556 *C. cr.* — qui prévoit les modalités de la comparution et de l'enquête préliminaire d'une organisation — n'est pas utile pour l'application de la *LSJPA*, puisque le tribunal pour adolescents n'a compétence qu'à l'égard de ces derniers (art. 14 *LSJPA*). Il ne s'agit pas là de simples mesures qui pourraient faire l'objet d'« adaptations nécessaires » pour les rendre applicables aux adolescents. Ce sont plutôt des mesures qui tombent victimes de la clause d'incompatibilité.

[19] Une interprétation qui permet l'examen de la compatibilité me semble par ailleurs plus cohérente avec la philosophie inhérente au régime propre aux prévenus adolescents. On ne peut porter atteinte à la spécificité du régime en y important des procédures incompatibles avec celui-ci sous couvert d'arguments techniques.

[20] Je considère donc que la règle prévue par l'art. 140 *LSJPA* s'applique à la loi tout entière et rend l'exigence de compatibilité applicable à toute disposition incorporée par renvoi. Cependant, contrairement à la Cour d'appel, je crois qu'il n'y a pas incompatibilité entre la procédure de mise en accusation directe et les principes de la *LSJPA*.

[21] Il est bien établi que le but de l'enquête préliminaire est de servir de mécanisme de filtrage permettant de déterminer si le ministère public dispose d'une preuve suffisante justifiant le renvoi du prévenu à procès : *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623, par. 30, et *R. c. Sazant*, 2004 CSC 77, [2004] 3 R.C.S. 635, par. 14-16. Il n'existe toutefois pas de droit constitutionnel à l'enquête préliminaire ou au respect de ses résultats : *R. c. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1987] 2 R.C.S. vii; *R. c. Moore* (1986), 26 C.C.C. (3d) 474 (C.A. Man.). Le principe de justice fondamentale reconnu par notre Cour dans *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, et suivant lequel les adolescents bénéficient d'une présomption de culpabilité morale réduite n'a pas d'incidence sur le droit à une enquête préliminaire. En effet, ce n'est pas à ce stade que sont déterminées la culpabilité du prévenu ou la sanction applicable.

screening process therefore does not result in a deprivation of fundamental justice, since the accused continues to be presumed innocent and retains the right to make full answer and defence: *Ertel*.

[22] Similarly, although the preliminary inquiry may also allow an accused to test the credibility of witnesses and better appreciate the Crown's evidence (*Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, at p. 105), such incidental benefits do not give rise to a constitutional right to this proceeding: *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551 (C.A.), leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v; *Ertel and R. v. Sterling* (1993), 113 Sask. R. 81 (C.A.).

[23] Moreover, since *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, and *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307, an accused has had a right under the Constitution to the disclosure of all relevant information that is distinct from the right to a preliminary inquiry. But the Crown's duty in this respect does not extend to producing a witness for discovery: *R. v. Khela*, [1995] 4 S.C.R. 201, at para. 18. Consequently, the incidental function of the preliminary inquiry as a discovery mechanism has lost much of its relevance: Department of Justice of Canada, working document prepared by D. Pomerant and G. Gilmour, *A Survey of the Preliminary Inquiry in Canada* (April 1993), at pp. ix and 35-36, and G. A. Martin and J. W. Irving, *G. Arthur Martin: Essays on Aspects of Criminal Practice* (1997), at p. 78.

[24] The reforms effected by Parliament in 2002 — which made the preliminary inquiry optional, authorized agreements to limit the scope of the preliminary inquiry and authorized the holding of a pre-hearing conference, *inter alia* to promote a fair and expeditious inquiry — also tend to reduce the number of preliminary inquiries and their length (S.C. 2002, c. 13, particularly ss. 25 and 27, which came into force on June 1, 2004). These

La mise à l'écart du mécanisme de filtrage ne porte donc pas atteinte aux principes de justice fondamentale, car l'accusé demeure présumé innocent et conserve son droit à une défense pleine et entière : *Ertel*.

[22] De même, quoique l'enquête préliminaire puisse aussi permettre à un accusé de mettre à l'épreuve la crédibilité des témoins et de mieux connaître la preuve dont dispose la poursuite (*Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, p. 105), ces avantages accessoires n'érigent pas cette procédure en droit constitutionnel : *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v; *Ertel et R. c. Sterling* (1993), 113 Sask. R. 81 (C.A.).

[23] En outre, depuis les arrêts *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, et *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307, l'accusé a droit, en vertu de la Constitution, à la communication de tous les renseignements pertinents, droit par ailleurs distinct du droit à une enquête préliminaire. L'obligation qui incombe à la poursuite ne va toutefois pas jusqu'à contraindre celle-ci à produire un témoin pour un interrogatoire préalable : *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201, par. 18. Par conséquent, la fonction incidente de l'enquête préliminaire comme mécanisme de communication de la preuve a perdu une grande partie de sa pertinence : ministère de la Justice du Canada, document de travail préparé par D. Pomerant et G. Gilmour, *Étude de l'enquête préliminaire au Canada* (avril 1993), p. ix et 40, et G. A. Martin et J. W. Irving, *G. Arthur Martin : Essays on Aspects of Criminal Practice* (1997), p. 78.

[24] Les réformes apportées par le Parlement en 2002 — qui ont rendu l'enquête préliminaire facultative, en plus de permettre la conclusion d'un accord limitant la portée de l'enquête ou la tenue d'une conférence préparatoire, notamment afin de favoriser une enquête rapide et équitable — tendent elles aussi à réduire le nombre d'enquêtes préliminaires et leur durée (L.C. 2002, ch. 13, particulièrement les art. 25 et 27, entrés en vigueur le 1^{er} juin

amendments show clearly that the trend is toward the adoption of mechanisms that are better adapted to the needs of the parties, not the imposition of more inflexible procedures. Furthermore, they do not affect the direct indictment. Whether a direct indictment should be preferred is at the Attorney General's discretion, and the courts will intervene in such a case only if there is an abuse of process. In the case at bar, one of the adults implicated in the same events as the respondents attempted unsuccessfully to quash the direct indictment, and no argument on that subject is raised in this Court.

[25] Moreover, I am not persuaded that Parliament could have considered the right to a preliminary inquiry to be a benefit in the particular case of young persons.

[26] First of all, it is revealing that prosecution by way of summary conviction, which does not involve a preliminary inquiry, is the general rule for young persons (s. 142 *YCJA*). If Parliament had regarded the preliminary inquiry as an additional and special procedural guarantee that benefited young persons, it would surely not have provided, as a general rule, in both the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1 (“*YOA*”), and the *YCJA*, for a procedure that does not include this “benefit”. What is more, the summary conviction procedure, which does not include the option of electing a jury trial preceded by a preliminary inquiry, has been held to be constitutional on several occasions: *R. v. R.L.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.); *R. v. K.G.* (1986), 31 C.C.C. (3d) 81 (Alta. C.A.); *R. v. B. (S.)* (1989), 50 C.C.C. (3d) 34 (Sask. C.A.).

[27] It can also be seen from the provisions of the *YOA* and the *YCJA* that establish exceptional cases in which a young person may opt for a preliminary inquiry that the same rules apply to the preliminary inquiry as in the criminal justice system for adults; this is an indication that the direct indictment is compatible with the system for young persons.

2004). Ces modifications montrent bien que la tendance consiste à rechercher des mécanismes mieux adaptés aux besoins des parties, non à imposer une procédure plus rigide. Les modifications n'ont pas non plus d'incidence sur la procédure d'acte de mise en accusation directe. Le dépôt d'un tel acte d'accusation relève du pouvoir discrétionnaire du procureur général, et les tribunaux n'interviennent à cet égard qu'en cas d'abus de procédure. Dans la présente affaire, un des adultes impliqués dans les mêmes événements que les intimés a tenté sans succès de faire casser l'acte de mise en accusation directe, et aucun argument à cet effet n'est soulevé devant nous.

[25] Par ailleurs, je ne suis pas convaincue que le droit à une enquête préliminaire ait pu être considéré par le Parlement comme un bénéfice dans le cas particulier des adolescents.

[26] Tout d'abord, il est révélateur que la règle générale applicable dans le cas des adolescents soit la procédure par voie sommaire, qui ne comporte pas d'enquête préliminaire (art. 142 *LSJPA*). Si le Parlement avait considéré que l'enquête préliminaire constituait une garantie procédurale additionnelle et particulière bénéficiant aux adolescents, il n'aurait sans doute pas instauré, comme règle générale, une procédure n'incluant pas ce soi-disant « bénéfice », tant sous le régime de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1 (« *LJC* »), que celui de la *LSJPA*. La procédure sommaire, qui a pour effet d'écarter la possibilité de choisir un procès avec jury précédé d'une enquête préliminaire, a d'ailleurs été jugée constitutionnelle à plusieurs reprises : *R. c. R.L.* (1986), 26 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.); *R. c. K.G.* (1986), 31 C.C.C. (3d) 81 (C.A. Alb.); *R. c. B. (S.)* (1989), 50 C.C.C. (3d) 34 (C.A. Sask.).

[27] De plus, l'analyse des dispositions de la *LJC* et de la *LSJPA* qui prévoient les cas où un adolescent peut opter pour une enquête préliminaire révèle qu'elle obéit aux mêmes modalités que dans le système de justice pour les adultes, ce qui témoigne de la compatibilité de la procédure de mise en accusation directe avec le régime pour adolescents.

[28] Under the *YOA*, there were two situations in which a young person was entitled to a preliminary inquiry. The first was on being transferred to adult court. “[T]ransfer is based on the assumption that there are cases in which the general intent of the Juvenile Delinquents Act must be overridden because some aspect of the case demands an exception to the philosophy or practices of the juvenile court” (Report of the Solicitor General’s Committee on Proposals for new legislation to replace the Juvenile Delinquents Act, *Young Persons in Conflict with the Law* (1975), at p. 38, quoted in *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, at p. 476). Once transferred, the young person was treated as an adult and could, if the offence with which he or she was charged was one entailing election of a mode of trial that involved a preliminary inquiry, choose to have a preliminary inquiry. If convicted, the young person was sentenced as an adult, that is, pursuant to the *Cr. C.* Under that system, after a young person had been transferred, a direct indictment could be preferred against him or her: *R. v. J.T.J.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 574 (Man. Q.B.); *R. v. Kennedy*, [1991] B.C.J. No. 3726 (QL) (S.C.); *R. v. Pelletier* (1998), 129 C.C.C. (3d) 65 (B.C. Prov. Ct.); *R. v. Chan* (2003), 172 C.C.C. (3d) 349 (Alta. Q.B.).

[29] Then, when Parliament raised the maximum youth sentences under the *YOA* for first and second degree murder to 10 and 7 years, respectively, it granted young persons who were now liable to sentences of five years or more the right, in conformity with s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to elect a jury trial in the superior court and, at the same time, to request a preliminary inquiry (*R. v. A.S.*, [1996] O.J. No. 188 (QL) (Prov. Div.), at para. 25). Where such an election was made, the Superior Court then applied the *YOA* (S.C. 1995, c. 19, ss. 12(2) and 13(3)). Thus, the possibility of electing the mode of trial and having a preliminary inquiry under the *YOA* was based either on the procedure for adults or on a constitutional right related to maximum sentences.

[28] Selon la *LJC*, un adolescent avait droit à une enquête préliminaire dans deux situations. La première situation se présentait lorsque l’adolescent était renvoyé devant la juridiction pour adultes. « [L]e renvoi repose sur l’hypothèse qu’il y a des cas où l’esprit de la Loi sur les jeunes délinquants doit être dépassé, parce qu’un certain aspect du cas exige que l’on déroge à la philosophie ou aux pratiques de la cour pour jeunes délinquants » (Rapport du Comité du ministère du Solliciteur général sur les propositions formulées en remplacement de la Loi sur les jeunes délinquants, *Loi sur les Jeunes qui ont des démêlés avec la Justice* (1975), p. 38), cité dans *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, p. 476). Une fois renvoyé, l’adolescent était traité comme un adulte et il pouvait choisir d’avoir une enquête préliminaire si l’infraction dont il était accusé lui procurait le choix d’un mode de procès comportant une telle procédure. S’il était jugé coupable, la peine lui était imposée comme s’il était un adulte, c’est-à-dire en vertu des dispositions du *C. cr.* Dans le cadre de ce régime, dès le renvoi prononcé, il était possible de présenter un acte de mise en accusation directe à l’encontre d’un adolescent : *R. c. J.T.J.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 574 (B.R. Man.); *R. c. Kennedy*, [1991] B.C.J. No. 3726 (QL) (C.S.); *R. c. Pelletier* (1998), 129 C.C.C. (3d) 65 (C. prov. C.-B.); *R. c. Chan* (2003), 172 C.C.C. (3d) 349 (B.R. Alb.).

[29] Par ailleurs, lorsque le législateur a haussé à 10 et 7 ans respectivement, les peines maximales spécifiques de la *LJC* pour les accusations de meurtre au premier et au deuxième degré, conformément à l’al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il a offert aux adolescents désormais assujettis à une peine de cinq ans ou plus la possibilité de choisir un procès avec jury devant la Cour supérieure et, du même coup, de demander la tenue d’une enquête préliminaire (*R. c. A.S.*, [1996] O.J. No. 188 (QL) (Div. prov.), par. 25). Lorsqu’un tel choix était fait, la Cour supérieure appliquait alors la *LJC* (L.C. 1995, ch. 19, par. 12(2) et 13(3)). La possibilité de choisir le mode de procès et d’obtenir une enquête préliminaire en vertu de la *LJC* résultaient donc soit de l’application du traitement procédural réservé aux adultes, soit de la mise en œuvre d’un droit constitutionnel lié à la peine maximale.

[30] Under the *YCJA*, the transfer to adult court was replaced with liability to an adult sentence. The primary objective of the new procedure remains to determine whether the interests of society are better served by a youth sentence or an adult sentence. It was how transfers were carried out, not whether they should be, that had been criticized, as transfers gave rise to significant delays and took place before a finding of guilt was made (Department of Justice Canada, *A Strategy for the Renewal of Youth Justice* (1998), at pp. 25-27; N. Bala, *Youth Criminal Justice Law* (2003), at pp. 503-5). To address these concerns, Parliament, in enacting the *YCJA*, changed the time when the court is to determine whether the young person should be sentenced as an adult. This decision is now made after conviction, at the commencement of the sentencing hearing (s. 71 *YCJA*). The new procedure enhances the procedural guarantees enjoyed by young persons at trial, since the *YCJA* continues to apply to them. According to Professor Bala, “[t]he real significance of this change is that under the *YCJA* young persons facing the prospect of adult-length sentences will have their jury trials in youth justice court, conducted under a regime that gives them special protections, such as the prohibitions on the publication of identifying information and detention separate from adults” (p. 356).

[31] Parliament also maintained the rights young persons had previously held when being transferred to the adult system: the right to elect a mode of trial and the right to request a preliminary inquiry. Under s. 67(1) *YCJA*, these rights exist in every case in which a young person is liable to be sentenced as an adult or is charged with murder. On this subject, Bala writes, “Essentially these provisions [s. 67 and the provisions respecting trial procedure] give youths facing the possibility of a sentence of five years or longer the opportunity to have the same rights in regard to the manner of trial as an adult, and in particular have the right to a jury trial as guaranteed by the *Charter*” (p. 512 (emphasis

[30] Dans la *LSJPA*, la procédure de renvoi a été remplacée par une procédure d’assujettissement à une peine pour adultes. L’objectif premier de la nouvelle procédure demeure de déterminer si les intérêts de la société sont mieux servis par l’infliction d’une peine pour adolescents ou d’une peine pour adultes. C’est la procédure de renvoi et non l’utilité de celle-ci qui avait fait l’objet de critiques, puisqu’elle occasionnait d’importants délais et se déroulait avant la déclaration de culpabilité (ministère de la Justice Canada, *Stratégie de renouvellement du système de justice pour les jeunes* (1998), p. 30-32; N. Bala, *Youth Criminal Justice Law* (2003), p. 503-505). Pour remédier à ces problèmes, la *LSJPA* déplace dans le temps le moment de la détermination de l’opportunité d’appliquer une peine pour adultes à un adolescent. Désormais, cette décision survient après la déclaration de culpabilité, au tout début de l’audience pour la détermination de la peine (art. 71 *LSJPA*). La nouvelle procédure offre aux adolescents de meilleures garanties procédurales lors du procès, puisque ceux-ci demeurent régis par la *LSJPA*. Selon le professeur Bala, [TRADUCTION] « [l]’intérêt véritable de ce changement est que, en vertu de la *LSJPA*, les adolescents qui risquent une peine d’emprisonnement pour adultes subiront leur procès devant un tribunal pour adolescents et ce procès se déroulera suivant un régime leur accordant des mesures de protection spéciales, par exemple l’interdiction de publier des renseignements permettant de les identifier et la détention à l’écart des adultes » (p. 356).

[31] Le législateur a aussi maintenu les droits dont bénéficiaient auparavant les adolescents transférés dans le régime pour adultes : la possibilité de choisir le mode de procès et de demander une enquête préliminaire. Suivant le par. 67(1) *LSJPA*, ce droit est conféré dans tous les cas d’éventuel assujettissement à une peine pour adultes et lorsque l’adolescent est accusé de meurtre. À ce sujet, Bala a écrit ceci : [TRADUCTION] « Essentially, ces dispositions [l’art. 67 et les dispositions concernant la procédure au procès] accordent aux adolescents qui risquent une peine d’emprisonnement de cinq ans ou plus la possibilité de bénéficier des mêmes droits que les adultes pour ce qui est du mode de

added)). Thus, as was the case under the *YOA*, the right to elect the mode of trial under the *YCJA* is generally based on the constitutional right provided for in s. 11(f) of the *Charter*, whereas the right to a preliminary inquiry can be viewed as a recognition that young persons liable to adult sentences have rights similar to those held by adults.

[32] Another indication that the rules applicable to the preliminary inquiry to which a young person is entitled are the same as those that apply to adults can be seen in the fact that in both cases, an inquiry is optional (s. 536(2) and (4) *Cr. C.*, s. 67(2) and (7) *YCJA*, except in the case of a joint trial, as provided for in s. 536(4.2) *Cr. C.* and s. 67(7.1) *YCJA*). If Parliament had intended to confer special status on the preliminary inquiry under the *YCJA* and to make the right to one absolute, it would be surprising that young persons themselves have been given the right to disregard this procedure.

[33] In the *YCJA*, the transfer hearing has been replaced by a hearing to determine whether the young person is liable to an adult sentence, which is held after a finding of guilt has been made. I cannot conclude that in so replacing the transfer hearing, Parliament intended to confer special status on the preliminary inquiry or change its function. Under the *YCJA*, as under the statutes that preceded it, a young person is entitled to two proceedings that have different purposes and different criteria to be met: *R. v. R.V.B.* (1994), 145 A.R. 384 (C.A.), at paras. 5-6; *R. v. L. (M.)* (1995), 34 C.R.R. (2d) 147 (Alta. Prov. Ct.), at pp. 152-53; *R. c. J.W.* (1989), 99 A.R. 257 (Prov. Ct.), at p. 258. A young person who requests a preliminary inquiry is entitled to one so that an unnecessary or abusive trial can be averted should the justice determine that there is insufficient evidence to put the young person on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction (s. 548(1) *Cr. C.*). The young person is also entitled to a hearing to determine whether he or she should

procès, en particulier le droit à un procès devant jury, qui est garanti par la *Charte* » (p. 512 (je souligne)). Ainsi, tout comme sous le régime de la *LJC*, le droit au choix du mode de procès en vertu de la *LSJPA* est généralement le résultat de l'application du droit constitutionnel prévu à l'al. 11f) de la *Charte*, alors que le droit à l'enquête préliminaire peut être considéré comme la reconnaissance aux adolescents pouvant être assujettis à une peine pour adultes de droits similaires à ceux des adultes.

[32] Un indice supplémentaire que l'enquête préliminaire à laquelle l'adolescent a droit est assujettie aux mêmes modalités que celles prévues pour les adultes réside dans le fait que, dans les deux cas, l'enquête n'est qu'une procédure facultative (par. 536(2) et (4) *C. cr.*, par. 67(2) et (7) *LSJPA*, sauf l'exception relative aux procès conjoints prévue aux par. 536(4.2) *C. cr.* et 67(7.1) *LSJPA*). Si le Parlement avait voulu conférer un statut spécial ainsi qu'un droit absolu à l'enquête préliminaire dans la *LSJPA*, il aurait été surprenant qu'il permette à l'adolescent lui-même de passer outre à celle-ci.

[33] Dans la *LSJPA*, la procédure de renvoi a été remplacée par une audience sur l'assujettissement à une peine pour adultes qui se tient après la détermination de la culpabilité. Je ne peux conclure que, en remplaçant la procédure de renvoi par celle de l'assujettissement à une peine pour adultes, le législateur a voulu conférer un statut particulier à l'enquête préliminaire ou modifier la fonction de celle-ci. Dans la *LSJPA*, tout comme dans les lois qui l'ont précédée, l'adolescent a droit à deux procédures dont les objectifs et les critères d'application diffèrent : *R. c. R.V.B.* (1994), 145 A.R. 384 (C.A.), par. 5-6; *R. c. L. (M.)* (1995), 34 C.R.R. (2d) 147 (C. prov. Alb.), p. 152-153; *R. c. J.W.* (1989), 99 A.R. 257 (C. prov.), p. 258. L'adolescent qui en fait la demande a droit à une enquête préliminaire qui vise à éviter les procès inutiles ou abusifs en permettant de déterminer si la preuve à l'égard de l'infraction dont l'adolescent est accusé ou de tout autre acte criminel découlant de la même affaire est suffisante pour justifier son renvoi à procès (par. 548(1) *C. cr.*). L'adolescent a aussi droit à une

receive a youth sentence or an adult sentence. In the hearing to determine whether the young person is liable to an adult sentence, as in the former transfer hearing, there are a number of objectives that must be taken into consideration, including protection of the public, fair and proportionate accountability of young persons, rehabilitation and reintegration into society (s. 16(1.1) *YOA*; ss. 3, 38, 39 and 72 *YCJA*). Thus, the factors to be considered in determining whether to impose an adult sentence under s. 72 *YCJA* are similar to those that were to be taken into account in determining whether to transfer a young person to adult court under s. 16(2) and (3) *YOA*: the seriousness and circumstances of the offence, the age, maturity and previous record of the young person, etc. Under the *YCJA*, the preliminary inquiry should not be confused with the hearing to determine whether the young person is liable to an adult sentence. The fact that a direct indictment deprives an accused young person of a preliminary inquiry has no impact on the decision to impose an adult sentence. A trial must first be held to determine whether the young person is guilty or innocent. Then, if the young person is found guilty, a hearing must be held to determine whether an adult sentence is appropriate. Moreover, it is clear from *D.B.* that the Crown always bears the burden of proving that a youth sentence would be inadequate.

[34] The fact that s. 67(7) *YCJA* does not specifically preclude the direct indictment also suggests that Parliament did not intend to preclude it. Moreover, it is interesting to note that, in contrast, Parliament was quite explicit in s. 67(9)(a) and (b) *YCJA* when its intention was to provide special guarantees respecting the protection of privacy of young persons and the right of young persons to be represented by counsel.

[35] In sum, no particular importance is attached in the *YCJA* to the right of young persons to a preliminary inquiry. Nor does the preliminary inquiry have a different function in this scheme that would make this right absolute. Young persons do not generally have a right to a preliminary inquiry, and where, in an exceptional case, the right is conferred on a young person, the same principles apply

audience visant à déterminer s'il doit recevoir une peine spécifique ou une peine pour adultes. Tant l'ancienne procédure de renvoi que l'actuelle procédure d'assujettissement à une peine pour adultes exigent la prise en considération de divers objectifs, dont la protection du public, la responsabilité juste et proportionnelle des adolescents, la réadaptation et la réinsertion sociale (par. 16(1.1) *LJC*; art. 3, 38, 39 et 72 *LSJPA*). Les éléments à prendre en compte pour décider s'il y a lieu de prononcer une peine pour adultes conformément à l'art. 72 *LSJPA* sont donc similaires à ceux qui guidaient la décision relative au renvoi en vertu des par. 16(2) et (3) *LJC* : gravité de l'infraction, circonstances de sa perpétration, âge, maturité, antécédents, etc. En vertu de la *LSJPA*, il ne faut pas confondre enquête préliminaire et assujettissement à une peine pour adultes. Le fait qu'un acte de mise en accusation directe prive un prévenu adolescent d'une enquête préliminaire n'a pas d'incidence sur l'imposition d'une peine pour adultes. Premièrement, un procès doit avoir lieu pour déterminer l'innocence ou la culpabilité de l'adolescent. Deuxièmement, en cas de déclaration de culpabilité, une audience doit être tenue pour décider s'il est opportun de prononcer une peine pour adultes. De plus, suivant *D.B.*, le fardeau de démontrer l'inadéquation d'une peine spécifique repose toujours sur la poursuite.

[34] L'absence au par. 67(7) *LSJPA* de toute mention écartant les mises en accusation directe incite également à conclure que telle n'était pas l'intention du Parlement. Il est d'ailleurs intéressant de souligner que, par contraste, le Parlement a été très explicite aux al. 67(9)a) et b) *LSJPA* lorsqu'il a voulu s'assurer du respect de garanties particulières relatives à la protection de la vie privée de l'adolescent et à son droit d'être représenté.

[35] En somme, le droit des adolescents à une enquête préliminaire ne revêt pas une importance particulière dans la *LSJPA*. L'enquête préliminaire n'a pas non plus dans ce régime, une fonction différente, qui lui octroierait un caractère absolu. Les adolescents n'ont généralement pas droit à une enquête préliminaire et, exceptionnellement, lorsque ce droit leur est conféré, il l'est de la même

as where it is conferred on an adult: the preliminary inquiry is optional, and it is not available if the Crown prefers a direct indictment.

[36] I am therefore satisfied that preferring a direct indictment is consistent with the spirit of the *YCJA*. This procedure is unrelated to the young person's right to discovery and does not deprive him or her of any procedural guarantees.

[37] Although I conclude that the preliminary inquiry does not have special status under the *YCJA*, this conclusion would perhaps not be determinative if the direct indictment did not also serve a useful purpose in the youth criminal justice system. The direct indictment provides needed flexibility in both the adult criminal justice system and the youth criminal justice system. In other words, it is no less relevant simply because the accused is a young person.

[38] At this point, I should mention some of the reasons generally cited in support of the direct indictment by commentators (see Law Reform Commission of Canada, Working Paper 62, *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor* (1990), at pp. 91-92; B. MacFarlane and J. Webster, "Preferred Indictments", in V. M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada* (1982), 319, at pp. 323-24), and in the administrative guidelines of the federal Crown and the public prosecution services of various provinces:

1. delays in the trial could deprive the accused of the right to be tried within a reasonable time;
2. the physical or psychological health of witnesses, their age, their safety or that of their relatives, and the difficulties involved in having witnesses testify more than once;
3. preservation of the integrity of the Crown's evidence by, for example, protecting informants and ongoing police investigations;

façon qu'aux adultes, c'est-à-dire en tant que simple faculté et sous réserve du recours par la poursuite à la procédure de mise en accusation directe.

[36] Je suis donc convaincue que le dépôt d'un acte de mise en accusation directe est compatible avec l'esprit de la *LSJPA*. Cette procédure est indépendante du droit de l'adolescent à la communication de la preuve et ne le prive d'aucune garantie procédurale.

[37] Bien que je conclue que l'enquête préliminaire ne possède pas de statut particulier dans la *LSJPA*, cette conclusion ne serait peut-être pas déterminante si la procédure de mise en accusation directe ne revêtait pas aussi une utilité dans le cadre du système de justice pénale pour les adolescents. Or, la procédure de mise en accusation directe permet la flexibilité nécessaire tant dans le cadre du système de justice pénale pour adultes que dans celui applicable aux adolescents. En d'autres mots, la procédure ne perd rien de sa pertinence du seul fait que le prévenu est un adolescent.

[38] Il convient, à ce stade-ci, de mentionner certains des motifs généralement invoqués au soutien de la procédure de mise en accusation directe, tant dans la doctrine (voir Commission de réforme du droit du Canada, document de travail 62, *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne* (1990), p. 95-96; B. MacFarlane et J. Webster, « L'inculpation directe », dans V. M. Del Buono, dir., *Procédure pénale au Canada* (1983), 369, p. 374-375), que dans les directives administratives du ministère public fédéral et de plusieurs services provinciaux des poursuites criminelles et pénales :

1. des retards dans le procès mettant en péril le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable;
2. la santé physique et psychologique des témoins, leur âge, leur sécurité, celle de leurs proches, la difficulté de les faire témoigner à plusieurs reprises;
3. la préservation de l'intégrité de la preuve du ministère public : la protection d'un informateur, des enquêtes policières;

- | | |
|--|--|
| 4. a risk that evidence could be destroyed; | 4. un danger que la preuve soit détruite; |
| 5. public safety reasons; | 5. des motifs de sécurité publique; |
| 6. the need to avoid multiple proceedings caused, for example, by delays in making arrests; | 6. éviter les procédures multiples en raison de délais dans l'arrestation par exemple; |
| 7. the accused was wrongly discharged following the preliminary inquiry because of errors, or new evidence has been discovered; | 7. une libération injustifiée du prévenu suite à l'enquête préliminaire pour causes d'erreurs ou de la découverte de nouveaux éléments de preuve; |
| 8. a preliminary inquiry would be unreasonably costly, complex or long, or would be inappropriate because of the nature of the issues or the evidence; | 8. lorsque la tenue d'une enquête préliminaire serait déraisonnablement onéreuse, complexe ou longue, ou ne serait pas appropriée en raison de la nature du débat ou de la preuve; |
| 9. the alleged offence is so controversial that it is in the public interest to try the case as quickly as possible; and | 9. l'infraction alléguée est de nature si controversée qu'il est dans l'intérêt du public que l'affaire soit entendue le plus rapidement possible; |
| 10. certain guidelines set out additional, broader criteria, such as the need to maintain public confidence in the administration of justice, the public interest, or the fact that the case is notorious or of particular importance to the public, that the direct indictment is the most appropriate procedure in the circumstances, or that there is a special need to expedite proceedings. | 10. certaines directives prévoient en sus des critères plus larges tels que la nécessité de maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice, l'intérêt public, le fait qu'une affaire soit notoire ou revêt une importance particulière pour le public, qu'il s'agit du moyen le plus approprié, compte tenu des circonstances ou qu'il y a une nécessité spéciale à procéder rapidement. |

(Justice Canada, Public Prosecution Service, *The Federal Prosecution Service Deskbook*, Part V, c. 17, "Direct Indictments" (2000) (online); Ontario, Ministry of the Attorney General, Criminal Law Division, Practice Memorandum, "Direct Indictments" (September 28, 2005), incorporated in *Crown Policy Manual* on March 31, 2006; Justice Québec, Directeur des poursuites criminelles et pénales, Directive No. ACC-2, "Accusation — Acte d'accusation direct et nouvelle dénonciation" (online); New Brunswick, Ministry of the Attorney General, Public Prosecutions, *Public Prosecution Services Operational Manual*, DPP Guideline 16, "Direct Indictments" (March 10, 2003) (online); Newfoundland and Labrador, Department of Justice, *Guide Book of Policies and Procedures for the Conduct of Criminal Prosecutions in Newfoundland and Labrador*, "Direct

(Justice Canada, Service des poursuites pénales, *Guide du Service fédéral des poursuites*, partie V, ch. 17, « La mise en accusation directe » (2000) (en ligne); Ontario, ministère du Procureur général, Division du droit criminel, Practice Memorandum, « Direct Indictments » (28 septembre 2005), incorporé dans *Crown Policy Manual* le 31 mars 2006; Justice Québec, Directeur des poursuites criminelles et pénales, Directive n^o ACC-2, « Accusation — Acte d'accusation direct et nouvelle dénonciation » (en ligne); Nouveau-Brunswick, ministère du Procureur général, Poursuites publiques, *Manuel pratique des services des poursuites publiques*, Ligne directrice du DPP 16, « Mise en accusation directe » (10 mars 2003) (en ligne); Terre-Neuve-et-Labrador, ministère de la Justice, *Guide Book of Policies and Procedures for the Conduct of Criminal Prosecutions in Newfoundland and*

Indictments” (October 1, 2007) (online); British Columbia, Ministry of Attorney General, Criminal Justice Branch, *Crown Counsel Policy Manual*, “Direct Indictment” (November 2004) (online); Saskatchewan, Department of Justice, Public Prosecutions, *Policy Manual*, Policy and Practice Directive DIR1, “Direct Indictments” (June 1994); Manitoba, Department of Justice, Prosecutions, *Crown Policy Manual*, Policy Directive, Guideline No. 2:DIR:1, “Direct Indictments” (March 2008))

[39] Although some of the reasons, particularly those that are vaguely worded or based on the public importance of the case, may not be directly relevant to a given accused, maintaining the direct indictment nevertheless appears to be legitimate. And the reasons listed above are no less important where the accused is a young person. The Law Reform Commission of Canada, while proposing changes related, *inter alia*, to the use of the direct indictment after an accused has been discharged, acknowledged this legitimacy in its 1990 working paper, recommending that the Attorney General be allowed to prefer charges even if a preliminary inquiry has not yet been held (pp. 92-95). I cannot believe that it would be inconsistent with the *YCJA* to proceed by direct indictment in order, for example, to avoid making a minor testify more than once if so testifying could endanger his or her health.

[40] Furthermore, it could even be said that there will be cases in which a direct indictment will advance the objectives and principles of the *YCJA*. To preclude prosecutors from ever using it might place those objectives and principles in jeopardy. For example, the reason related to the psychological state of witnesses is especially significant in light of the special rule set out in s. 3(1)(d)(ii) of the *YCJA* that “victims should be treated with courtesy, compassion and respect for their dignity and privacy and should suffer the minimum degree of inconvenience as a result of their involvement with the youth criminal justice system”. Similarly, it is

Labrador, « Direct Indictments » (1^{er} octobre 2007) (en ligne); Colombie-Britannique, Ministry of Attorney General, Criminal Justice Branch, *Crown Counsel Policy Manual*, « Direct Indictment » (novembre 2004) (en ligne); Saskatchewan, ministère de la Justice, Public Prosecutions, *Policy Manual*, Policy and Practice Directive DIR1, « Direct Indictments » (juin 1994); Manitoba, ministère de la Justice, poursuites, *Crown Policy Manual*, Policy Directive, Guideline No. 2:DIR:1, « Direct Indictments » (mars 2008))

[39] Si certains des motifs, notamment ceux formulés de façon vague ou fondés sur l’importance de l’affaire pour le public, peuvent ne pas avoir de pertinence directe pour un prévenu, le maintien de la procédure de mise en accusation directe paraît tout de même légitime. De plus, les motifs énumérés ci-dessus ne revêtent pas une importance moindre lorsque le prévenu est un adolescent. Tout en proposant certaines modifications, notamment en ce qui concerne l’utilisation de la procédure à la suite de la libération du prévenu, la Commission de réforme du droit du Canada a d’ailleurs reconnu cette légitimité dans son document de travail de 1990 en recommandant que le procureur général puisse avoir la possibilité de recourir à l’inculpation directe même lorsque l’enquête préliminaire n’a pas encore eu lieu (p. 96-99). Je ne peux croire qu’il serait incompatible avec la *LSJPA* de recourir à la mise en accusation directe, par exemple pour éviter à un témoin mineur de devoir déposer à plusieurs reprises si sa santé risque de ce fait d’être mise en péril.

[40] De surcroît, il est même possible d’affirmer que, dans certains cas, la procédure de mise en accusation directe permet de favoriser les objectifs et principes de la *LSJPA*. Le fait d’empêcher tout recours à celle-ci pourrait compromettre leur mise en œuvre. Par exemple, le motif qui concerne l’état psychologique des témoins revêt une importance particulière à la lumière de la règle spéciale, mentionnée au sous-al. 3(1)d)(ii) de la *LSJPA*, suivant laquelle « les victimes doivent être traitées avec courtoisie et compassion, sans qu’il ne soit porté atteinte à leur dignité ou à leur vie privée, et doivent subir le moins d’inconvénients possible du fait de

recognized that the preliminary inquiry lengthens the judicial process, which has a greater impact on accused young persons, “given [their] perception of time”, and given that holding a preliminary inquiry could conflict with the objectives of promptness and speed provided for in s. 3(1)(b)(v) *YCJA*.

[41] In conclusion, where an adult is entitled to a preliminary inquiry, that right, although not absolute, is denied only in exceptional circumstances. As to whether, contrary to the rule applicable to adults, the right to a preliminary inquiry is absolute in the youth criminal justice context, I find that it is not. The direct indictment is not inconsistent with the *YCJA*, since Parliament has not conferred special status on the preliminary inquiry and the direct indictment remains useful in both criminal justice systems. On the contrary, instead of adding protections, as it did, for example, in respect of privacy, Parliament decided that the circumstances in which a young person may have a preliminary hearing would be narrower than in the case of an adult. The direct indictment is therefore available as a result of the reference in s. 67(9) *YCJA*.

[42] Although I conclude that the direct indictment is available, I should add that the process will sometimes have to be adjusted to ensure consistency with the objectives and principles of the *YCJA*. Any such adjustments will be among the modifications that the circumstances require that are provided for in s. 67(9) *YCJA*. It is therefore possible that there will be cases — where, for example, the justification given for preferring a direct indictment does not involve important practical considerations — in which the use of the direct indictment will require greater circumspection where young persons are concerned. This procedure not only remains an exceptional one in cases involving adults, but requires even greater care in those involving young persons. However, these considerations affect the Crown’s discretion, not the validity of the procedure.

leur participation au système de justice pénale pour les adolescents ». De même, il est reconnu que l’enquête préliminaire rallonge le processus judiciaire, ce qui a un effet plus important pour les prévenus adolescents « compte tenu du sens qu’a le temps » dans leur vie et que tenir une enquête préliminaire pourrait aller à l’encontre des objectifs de diligence et de célérité prévus au sous-al. 3(1)(b)(v) *LSJPA*.

[41] En conclusion, on constate que, lorsque les adultes bénéficient du droit à une enquête préliminaire, ce droit n’est pas absolu, mais il ne leur est retiré que dans des situations exceptionnelles. Pour ce qui est de savoir si, au contraire, le droit à l’enquête préliminaire doit avoir un caractère absolu dans le cadre du système de justice pénale pour les adolescents, je réponds par la négative. La procédure de mise en accusation directe n’est pas incompatible avec la *LSJPA*, puisque le Parlement n’a pas conféré un statut particulier à l’enquête préliminaire et que la procédure conserve son utilité dans les deux systèmes de justice. Au contraire, au lieu d’ajouter des garanties comme il l’a fait, par exemple en matière de publicité, les circonstances dans lesquelles une enquête préliminaire est tenue sont plus restreintes dans le cas d’un adolescent que dans le cas d’un adulte. La procédure de mise en accusation directe est donc applicable en vertu du renvoi figurant au par. 67(9) *LSJPA*.

[42] Si je conclus à l’applicabilité de la procédure établie, il y a tout de même lieu d’ajouter que son exercice devra parfois être modulé pour assurer le respect des objectifs et principes de la *LSJPA*. Il s’agira là des adaptations nécessaires déjà prévues par le par. 67(9) *LSJPA*. Ainsi, il est possible que dans certains cas son exercice commande davantage de précautions dans le cas des adolescents, par exemple si le motif invoqué au soutien du recours à la procédure de mise en accusation directe n’est pas relié à des considérations pratiques importantes. Non seulement cette procédure demeure-t-elle exceptionnelle dans le cas des adultes, mais une grande prudence s’impose dans le cas des adolescents. Ces considérations influent toutefois sur le pouvoir discrétionnaire de la poursuite, et non sur la validité de la procédure.

2. Joint Trial

[43] The Court of Appeal concluded that adults and young persons cannot be tried together, as that would be contrary to Parliament's intention to create a separate youth criminal justice system. It held that a direct indictment cannot be used to circumvent the abolition of the transfer to adult court. It found support for this conclusion in the fact that the Act provides for joint trials of co-accused young persons only.

[44] The respondents submit that the abolition of the transfer to adult court gives the youth justice court exclusive jurisdiction and that it would make no sense to allow the Crown to do indirectly what it cannot do directly. They argue that a Superior Court judge cannot sit as a youth justice court judge and an adult court judge at the same time and that the possibility of laying joint charges is not a source of jurisdiction. In their view, to try adults and young persons together would be contrary to the principle of a separate justice system and would jeopardize the presumption of diminished moral blameworthiness to which young persons are entitled throughout the proceedings. The respondents stress that wherever the adult system applies to young persons, Parliament has taken care to say so clearly, and that it is significant that the *YCJA* does not provide for joint trials of co-accused adults and young persons.

[45] The appellant contends that a joint trial is possible where a young person is liable to an adult sentence. She submits that the rule respecting joint trials is incorporated into the youth criminal justice system by s. 67(9) *YCJA* and that the abolition of the transfer of young persons to adult court did not render inapplicable the common law rule that accused persons may be charged and tried together.

[46] According to the appellant, a joint trial is not inconsistent with the separateness of the criminal

2. Le procès conjoint

[43] La Cour d'appel a conclu qu'il ne pouvait y avoir de procès réunissant des prévenus adultes et adolescents, puisqu'une telle mesure irait à l'encontre de l'intention du législateur de créer un système de justice pénale distinct pour les adolescents. Elle a jugé qu'on ne peut utiliser la procédure de mise en accusation directe pour contourner l'abolition de la procédure de renvoi. Le fait que la loi prévoit uniquement la possibilité de procès communs entre coaccusés adolescents l'a confortée dans cette conclusion.

[44] Les intimés soutiennent que l'abolition de la procédure de renvoi a pour effet de conférer compétence exclusive au tribunal pour adolescents et qu'il serait illogique de permettre que soit fait indirectement ce qu'il n'est pas possible de faire directement. Ils plaident qu'un juge de la Cour supérieure ne peut cumuler la fonction de juge pour adolescents et celle de juge pour adultes et que la possibilité de porter une accusation conjointe n'est pas attributive de compétence. Selon eux, la tenue de procès réunissant des adultes et des adolescents est contraire à la règle du système de justice distinct et met en péril la présomption de culpabilité morale moins élevée dont les adolescents doivent bénéficier tout au long des procédures. Les intimés soulignent que le législateur prend toujours le soin d'indiquer de façon précise les situations où le régime pour adultes s'applique aux adolescents et qu'il est révélateur que les procès regroupant des coaccusés adultes et adolescents ne sont pas prévus dans la *LSJPA*.

[45] L'appelante prétend qu'il peut y avoir procès conjoint lorsqu'un adolescent risque d'être assujéti à une peine pour adultes. Elle soutient que la règle des procès conjoints est incorporée au système de justice pénale pour les adolescents par le par. 67(9) *LSJPA* et que le retrait de la procédure de renvoi des adolescents devant le système de justice pour adultes n'a pas eu pour effet d'écarter l'application de la règle de common law suivant laquelle des prévenus peuvent être accusés et jugés conjointement.

[46] Selon l'appelante, la tenue d'un procès conjoint n'est pas une mesure incompatible avec

justice system under the *YCJA*, and it eliminates the risk of inconsistent verdicts. Common provisions would apply to such a trial, and wherever different treatment is required, the special rules of the *YCJA* could be applied to the young persons, since they would be being tried in a youth justice court. In the appellant's view, there is no impediment to a person's sitting simultaneously as a youth justice court judge and an adult court judge. Proceeding in this way would make it possible both to take witnesses' needs into account and to make judicious use of judicial resources.

[47] The Attorney General of Manitoba intervened in support of the appellant's position. He points out that separate trials give rise to practical problems, citing as an example *R. v. Cansanay*, Man. Q.B., April 23, 2007, and *R. v. S.*, Man. Q.B., June 19, 2007, in which an adult and a minor were directly indicted separately; the minor was convicted, while the adult was acquitted. The difference between the verdicts resulted from conflicting decisions on the admissibility of certain evidence. Both judgments have been appealed, and the Court of Appeal has yet to decide those appeals as of the date of this judgment.

[48] The rule that two or more accused persons may be tried together is a common law rule. According to it, two or more accused persons may be prosecuted on a single indictment or information, and accused persons charged on separate indictments or informations may be joined for trial, if they committed an offence together (*Phillips v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 161, at pp. 164-65; *R. v. Clunas*, [1992] 1 S.C.R. 595, at pp. 610-11). Thus, the issue in this appeal is not limited to the application of s. 577 *Cr. C.*: it concerns, more generally, the application of the common law rule on joinder of accused persons in a single indictment, information or trial.

le caractère distinct du système de justice pénale prévu par la *LSJPA* et permet d'éviter le risque de verdicts contradictoires. Un tel procès serait régi par des dispositions communes et, lorsqu'un traitement distinct est nécessaire, les règles spéciales de la *LSJPA* pourraient être appliquées aux adolescents, puisqu'ils seraient jugés devant un tribunal pour adolescents. Il n'y aurait aucun obstacle à ce qu'une personne agisse simultanément comme juge du tribunal pour adolescents et juge pour adultes. Selon l'appelante, cette procédure permettrait à la fois de tenir compte des besoins des témoins et d'utiliser de façon judicieuse les ressources judiciaires.

[47] Le procureur général du Manitoba est intervenu pour appuyer la position de l'appelante. Il a souligné les problèmes pratiques découlant des procès distincts et a illustré son propos en rappelant les affaires *R. c. Cansanay*, B.R. Man., 23 avril 2007, et *R. c. S.*, B.R. Man., 19 juin 2007, dans lesquelles un adulte et un mineur ont été poursuivis séparément par actes de mise en accusation directe, le premier ayant été condamné et le deuxième acquitté. La différence de verdict découlait de décisions contradictoires concernant l'admissibilité d'un élément de preuve. Les deux jugements ont été portés en appel et la Cour d'appel ne s'était pas encore prononcée à la date du présent jugement.

[48] La règle suivant laquelle plusieurs accusés peuvent être jugés conjointement est issue de la common law. Elle permet de poursuivre plusieurs accusés au moyen d'un seul acte d'accusation ou d'une seule dénonciation, ou de réunir pour un même procès des accusés poursuivis sur le fondement d'actes d'accusation ou de dénonciations distincts, lorsque ces personnes ont commis ensemble une infraction (*Phillips c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 161, p. 164-165; *R. c. Clunas*, [1992] 1 R.C.S. 595, p. 610-611). La question posée par le présent pourvoi ne se limite donc pas à l'application de l'art. 577 *C. cr.* : elle concerne de façon plus générale l'application de la règle de common law portant sur la réunion d'accusés dans un même acte d'accusation, une même dénonciation ou un même procès.

[49] In *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858, this Court noted that there are strong policy reasons favouring joint trials:

[Q]uite apart from the extra cost and delay involved, it is undeniable that the full truth about an incident is much more likely to emerge if every alleged participant gives his account on one occasion. If each alleged participant is tried separately, there are obvious and severe difficulties in arranging for this to happen without granting one of them immunity. In view of this, in all but exceptional cases, joint trial will be resorted to, despite the double bind inevitably involved. [para. 30]

(Quoting D. W. Elliott, “Cut Throat Tactics: the freedom of an accused to prejudice a co-accused”, [1991] *Crim. L. Rev.* 5, at p. 17.)

[50] More recently, in *R. v. Chow*, 2005 SCC 24, [2005] 1 S.C.R. 384, the Court reiterated that separate trials are the exception, not the rule. (See also the comments of McIntyre J. in *Phillips*, at p. 169.)

[51] The *Criminal Code* refers only indirectly to the rule respecting joint trials. For instance, s. 591(3) *Cr. C.* codifies a court’s discretion to order the severance of accused persons where the interests of justice so require, which shows, *a contrario*, that a power to join accused persons exists. There are also references to joint trials in s. 567 *Cr. C.*, according to which a judge may decline to record an accused person’s elected mode of trial to permit a joint trial to be held, and s. 536(4.2) *Cr. C.*, which provides for a common preliminary inquiry.

[52] Thus, it must be noted that nothing in the common law or in the *Criminal Code* bars either the joinder of young persons and adults in a single indictment or a request for a joint trial. The question, therefore, is whether as a result of the creation of a separate youth criminal justice system, the common law rule is inapplicable and such joinders are accordingly inconsistent with the procedures that must be followed in cases involving young persons.

[49] Dans *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, notre Cour a souligné qu’il existe de solides raisons de principe en faveur des procès conjoints :

[O]utre les frais supplémentaires et les délais qu’ils supposent, il est indéniable que toute la vérité sur un événement est beaucoup plus susceptible d’être dévoilée si chacun des prétendus participants donne sa version des faits à une même occasion. Si ces derniers étaient poursuivis séparément, il serait manifestement très difficile d’obtenir le même résultat sans accorder l’immunité à l’un d’eux. Partant, sauf dans les cas exceptionnels, un procès conjoint aura lieu malgré l’impasse qui en découle nécessairement. [par. 30]

(Citant D. W. Elliott, « Cut Throat Tactics : the freedom of an accused to prejudice a co-accused », [1991] *Crim. L. Rev.* 5, p. 17.)

[50] Plus récemment, dans *R. c. Chow*, 2005 CSC 24, [2005] 1 R.C.S. 384, la Cour a réitéré que la tenue de procès distincts est l’exception et non la règle. (Voir aussi les commentaires du juge McIntyre dans *Phillips*, p. 169.)

[51] Le *Code criminel* n’aborde la règle des procès conjoints qu’indirectement. Ainsi, le par. 591(3) *C. cr.* codifie le pouvoir discrétionnaire du tribunal d’ordonner des procès séparés pour chaque accusé si les intérêts de la justice l’exigent, situation qui révèle, *a contrario*, l’existence du pouvoir de joindre des accusés. On trouve également une référence aux procès conjoints à l’art. 567 *C. cr.*, qui permet de refuser d’enregistrer le mode de procès d’un prévenu afin de permettre la tenue d’un procès conjoint, ainsi qu’au par. 536(4.2) *C. cr.*, qui prévoit une situation où il y a enquête préliminaire commune.

[52] Il est donc important de noter que rien dans la common law ni dans le *Code criminel* n’interdit de réunir, dans un même acte d’accusation, des adolescents et des adultes ou encore de demander la tenue d’un procès conjoint. La question est donc de savoir si la création d’un système de justice pénale distinct pour les adolescents a eu pour effet d’écartier l’application de la règle de common law et de rendre cette pratique incompatible avec le traitement procédural qui doit être réservé aux adolescents.

[53] According to the appellant, there is no provision that would prevent a joint trial from being held where an application is made for an order that a young person is liable to an adult sentence. For example, in Quebec, the youth justice court — the Youth Division of the Court of Québec — must ask an accused young person to elect a mode of trial before entering a plea. In the case of a joint trial, the court can then decline to record the young person's election. The same procedure will be followed in the case of an adult charged with the same offence, except that the proceeding will take place in that court's Criminal and Penal Division. Once the elected modes of trial have been harmonized, a single preliminary inquiry can be held at the request of one of the co-accused, since the same court — the Court of Québec in our example — is the court of competent jurisdiction for both the young person and the adult. The same common jurisdiction might exist if the accused were committed to trial: a joint trial could be held in the Superior Court or the Court of Québec, depending on the elected mode of trial and the offence.

[54] Although the appellant's argument is limited to cases in which an application is made for an adult sentence, it would also apply to a joint trial in any case in which the trial court had jurisdiction to hear the cases of both an adult and a young person, regardless of the sentence being sought. Thus, a joint information could be filed for a prosecution by way of summary conviction. Such proceedings generally fall within the jurisdiction of the provincial court (s. 785 *Cr. C.*). In Quebec, therefore, the trial court would be the Court of Québec, which has jurisdiction to try both adults and young persons being prosecuted by way of summary conviction. The appellant's argument would also have been applicable in the contexts of the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3 ("*JDA*, 1970"), and the *YOA*.

[55] The appellant submits that in a joint trial such as this, whether in the Court of Québec or the Superior Court, the judge sitting for the two courts would act in two capacities: as an adult court judge and as a youth justice court judge.

[53] Suivant l'appelante, aucune disposition ne fait obstacle à la tenue d'un procès conjoint lorsqu'il y a demande d'assujettissement d'un adolescent à une peine pour adultes. Par exemple, au Québec, le tribunal pour adolescents — la chambre de la jeunesse de la Cour du Québec — devrait demander au prévenu adolescent avant son plaidoyer de choisir son mode de procès. S'il s'agit d'un cas de procès conjoint, le tribunal pourrait alors refuser d'enregistrer le choix de l'adolescent. Cette procédure serait également suivie pour l'adulte qui est accusé de la même infraction, mais cette fois devant la chambre criminelle et pénale de la même cour. Une fois les choix harmonisés, une seule enquête préliminaire pourrait alors être tenue, à la demande d'un des coaccusés, puisque la même cour — en l'occurrence la Cour du Québec — est le tribunal compétent, tant pour l'adolescent que pour l'adulte. La même compétence commune pourrait exister si les accusés étaient renvoyés à procès : un procès conjoint pourrait avoir lieu devant la Cour supérieure ou la Cour du Québec, selon le mode de procès choisi et l'infraction.

[54] Bien que l'appelante limite son argument aux cas où il y a demande d'assujettissement à une peine pour adultes, signalons que son argument s'appliquerait aussi à la tenue d'un procès conjoint dans tous les cas où le tribunal du procès possède une compétence qui le rend apte à entendre le procès d'un adulte et celui d'un adolescent, quelle que soit la peine demandée. Ainsi, une dénonciation conjointe pourrait être déposée pour une poursuite par voie sommaire. Cette procédure relève généralement de la compétence de la cour provinciale (art. 785 *C. cr.*). Au Québec, le tribunal du procès serait alors la Cour du Québec, laquelle a compétence pour entendre tant le procès d'un adulte poursuivi par voie sommaire que celui d'un adolescent. L'argument de l'appelante aurait aussi pu s'appliquer sous le régime de la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, ch. J-3 (« *LJD*, 1970 »), et de la *LJC*.

[55] L'appelante prétend que lors de tels procès conjoints, que ce soit devant la Cour du Québec ou la Cour supérieure, le juge agit alors à deux titres : en tant que tribunal pour adultes et tribunal pour adolescents.

[56] Although a joint trial of young persons and adults does not present insurmountable difficulties in practical terms, such a proceeding would be inconsistent with the governing principle of the *YCJA*, which maintains a justice system for young people that is separate from the system for adults.

[57] The practical difficulties of a joint trial of adults and young persons were considered in *R. v. X*, 2007 QCCQ 2076, [2007] J.Q. n° 2118 (QL). In that case, Judge Bonin listed the differences between the two systems. Those differences are many, but none of them are determinative.

[58] As the question before us concerns the trial stage, I will begin by excluding all the differences that relate to extrajudicial measures or to criteria and principles applicable to release, custody facilities, the review of orders for DNA analysis, or sentencing. A number of other differences relate to rules that a judge can apply to a young person and that raise no problems in terms of respect for the young person's rights or of the holding of a trial, such as the young person's right to retain and instruct counsel (s. 25 *YCJA*), election of the mode of trial (s. 67 *YCJA*), and the duties and powers of the court in respect of parents as regards notice and orders (ss. 26, 27 and 85(7) *YCJA*). Regarding procedure, I note that, apart from the special rules provided for in the *YCJA*, in a case in which a young person is liable to an adult sentence or is charged with murder and in which the elected or imposed mode of trial is by judge and jury or by a judge without a jury, the procedure at his or her preliminary inquiry and trial is the same as at those of an adult, that is, the procedure provided for in Parts XVIII, XIX and XX *Cr. C.*, which are applicable as a result of the references to that effect in s. 67(8) and (9) *YCJA*, with, of course, such modifications as the circumstances require. Finally, it would be quite possible to comply with the rules respecting evidence or the protection of privacy in the course of a joint trial, although this would of course require some modifications and involve greater complexity (ss. 110 to 125, 146, 147 and 151 *YCJA*).

[56] Bien que, sur le plan pratique, un procès réunissant des adolescents et des adultes ne présente pas de difficultés insurmontables, une telle procédure est incompatible avec le principe directeur de la *LSJPA* qui maintient, pour les adolescents, un système de justice distinct de celui des adultes.

[57] Les difficultés pratiques d'un procès réunissant des adultes et des adolescents ont été analysées dans *R. c. X*, 2007 QCCQ 2076, [2007] J.Q. n° 2118 (QL). Le juge Bonin y a dressé une liste des différences entre les deux régimes. Ces différences sont nombreuses, mais aucune d'elles n'est déterminante.

[58] Comme la question qui nous occupe concerne l'étape du procès, j'écarte d'entrée de jeu toutes les différences qui touchent les mesures extrajudiciaires ou les critères et principes applicables à la remise en liberté, aux lieux de garde, à l'examen de l'ordonnance d'analyse génétique ou aux peines. Plusieurs autres différences constituent des règles que le juge pourrait appliquer à l'égard des adolescents et qui ne posent aucun problème quant au respect de leurs droits ou à la tenue du procès, par exemple le droit de l'adolescent d'être assisté d'un avocat (art. 25 *LSJPA*), les options quant au mode de procès (art. 67 *LSJPA*) et les obligations et pouvoirs du tribunal envers les parents en matière d'avis et d'ordonnance (art. 26 et 27, et par. 85(7) *LSJPA*). Sur le plan procédural, je souligne que, outre les règles spécifiques prévues par la *LSJPA*, en cas d'assujettissement à une peine pour adultes ou d'accusation de meurtre lorsque le mode de procès choisi ou imposé est un procès devant juge et jury ou juge sans jury, la procédure à l'enquête préliminaire et au procès d'un adolescent et d'un adulte est la même, c'est-à-dire celle prévue aux parties XVIII, XIX et XX *C. cr.*, qui s'appliquent par suite des renvois à cet égard qui se trouvent aux par. 67(8) et (9) *LSJPA*, sous réserve toujours des adaptations nécessaires. Enfin, les règles relatives à la preuve ou à la protection de la vie privée pourraient très bien être respectées dans le cadre d'un procès conjoint, moyennant évidemment certaines adaptations et une complexité accrue (art. 110 à 125, 146, 147 et 151 *LSJPA*).

[59] Likewise, it is not impossible for a judge or a court to wear two hats at once. There are several situations in which a judge's jurisdiction extends to more than one subject matter. For example, municipal court judges and judges of the Court of Québec and the Superior Court, in addition to exercising their respective jurisdictions, are also justices of the peace (s. 44 of the *Act respecting municipal courts*, R.S.Q., c. C-72.01, s. 2 *Cr. C.*, ss. 70 and 128 of the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16). Thus, a judge of the Court of Québec presiding at a preliminary inquiry as a justice of the peace (s. 535 *Cr. C.*) may, on a change of plea, for example, immediately enter the guilty plea, terminate the trial and pass sentence in his or her capacity as a Court of Québec judge (P. Béliveau and M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (15th ed. 2008), at p. 662).

[60] The simultaneous exercise of more than one jurisdiction is therefore not unprecedented, and has even been considered by the courts in the past. For example, before 1992, joint trials of summary conviction offences and indictable offences were considered to be prohibited. The arguments relied on in support of that position were similar to those raised in the case at bar. In *R. v. Grant* (1992), 52 O.A.C. 244, the Ontario Court of Appeal had stated the following:

From a jurisdictional point of view they are heard in different courts (even though the judge may be the same person), the procedure governing them is not the same (although under the 1985 amendments it is the same in many respects), and the applicable appeal routes are different. . . .

As a matter of policy, it may, in some situations, be convenient and desirable to try indictable and summary conviction offences together, as where the offences are alleged to arise out of the same transaction or events. In my opinion, the legislation, as it is now drawn, lacks the clarity and completeness to carry out this purpose. [paras. 13 and 39]

(See also T. Quigley, *Procedure in Canadian Criminal Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 17-17.)

[59] De même, il n'est pas impossible qu'un juge et un tribunal portent deux chapeaux à la fois. En effet, il existe plusieurs situations où la compétence d'un juge s'étend à plus d'une matière. On peut penser, par exemple, aux juges municipaux et aux juges de la Cour du Québec et de la Cour supérieure qui, en plus de leur compétence respective, sont aussi juges de paix (art. 44 de la *Loi sur les cours municipales*, L.R.Q., ch. C-72.01, art. 2 *C. cr.*, art. 70 et 128 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16). Ainsi, un juge de la Cour du Québec qui préside une enquête préliminaire à titre de juge de paix (art. 535 *C. cr.*) peut, séance tenante, lors d'un changement de plaidoyer par exemple, enregistrer le plaidoyer de culpabilité, mettre fin au procès et prononcer la peine en sa qualité de juge de la Cour du Québec (P. Béliveau et M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (15^e éd. 2008), p. 662).

[60] L'exercice simultané de plusieurs compétences n'est donc pas une situation inédite et a même été examiné par les tribunaux dans le passé. Par exemple, avant 1992 on considérait qu'il était interdit de tenir un procès à l'égard à la fois d'infractions sommaires et d'actes criminels. Les arguments invoqués au soutien de cette impossibilité étaient similaires à ceux soulevés en l'espèce. Dans *R. c. Grant* (1992), 52 O.A.C. 244, la Cour d'appel de l'Ontario s'était exprimée ainsi :

[TRADUCTION] Du point de vue juridictionnel, les infractions sont jugées par des tribunaux différents (même si la même personne agit comme juge), la procédure qui les régit n'est pas la même (bien que, suivant les modifications apportées en 1985, elle soit semblable à de nombreux égards), et les voies d'appel applicables sont différentes. . . .

En principe, il peut s'avérer pratique et souhaitable, dans certaines situations, de juger ensemble des infractions punissables par voie de mise en accusation et des infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, par exemple dans les cas où ces infractions découleraient de mêmes opérations ou événements. À mon avis, dans sa forme actuelle, la loi n'est pas suffisamment claire et exhaustive pour autoriser ce résultat. [par. 13 et 39]

(Voir aussi T. Quigley, *Procedure in Canadian Criminal Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 17-17.)

Shortly after that judgment, this Court rendered its decision in *Clunas* and opened the door to trying summary conviction offences and indictable offences together where the trial is to take place, without a preliminary inquiry, in a provincial court or before a judge without a jury, provided that the accused consents to the joinder or that joinder is in the interests of justice. Rejecting a formalistic approach, the Court relied on the wording of s. 591(1) *Cr. C.*, which refers generally to “offences”. If both types of offences can be included in a single indictment, they can be tried together. Regarding any conflicts that might arise in following the procedure provided for in Part XXVII *Cr. C.* and that applicable to indictable offences, the Court stated that “indictable offence procedures should apply” (p. 612). It concluded by inviting Parliament to resolve the problem of appeals as follows: “There remains the problem of appeals. Of course, in cases where an issue common to both informations has gone to the Summary Conviction Appeal Court and the Court of Appeal, common sense would dictate that the Summary Conviction Appeal Court should await decision by the higher court” (p. 613). Parliament responded by enacting ss. 675(1.1) and 676(1.1) *Cr. C.* (S.C. 1997, c. 18, ss. 92(1) and 93(2), which came into force on June 16, 1997, SI/97-68 and SI/97-62). Consequently, where a judge has the authority to exercise two different jurisdictions, there is no general objection to his or her exercising them simultaneously.

[61] A joint trial of adults and young persons would create difficulties, of course. Thus, it might be asked what rules of practice would apply, whether a single judgment would suffice or whether two would be needed, what style of cause should be used in the proceedings and what rules would apply on appeal (compare s. 37(10) *YCJA* and ss. 691 to 693 *Cr. C.*). However, these problems are not insurmountable, and I must agree with the Crown that it would not, in practice, be impossible to hold a joint trial of an adult and a young person that would be consistent with the formal requirements set out in the *YCJA*.

Peu de temps après cet arrêt, notre Cour rendait sa décision dans l'affaire *Clunas* et ouvrait la porte à la tenue de procès portant à la fois sur des infractions sommaires et des actes criminels dans les cas où le procès doit se dérouler soit devant la Cour provinciale soit devant un juge sans jury et sans qu'il y ait d'enquête préliminaire, lorsque l'accusé y consent ou que cela sert les intérêts de la justice. Rejetant une approche formaliste, la Cour s'est fondée sur le libellé du par. 591(1) *C. cr.*, qui vise les « infractions » de façon générale. Si l'on peut inscrire les deux types d'infractions sur un même acte, on peut alors les juger en même temps. Quant aux conflits qui pourraient surgir lors de l'application de la procédure prescrite par la partie XXVII du *C. cr.* et celle prescrite pour les actes criminels, la Cour a mentionné que « c'est celle prévue pour les actes criminels qu'il faut retenir » (p. 612). Elle a finalement invité le législateur à régler le problème des appels en ces termes : « Reste le problème des appels. Évidemment, lorsqu'une question commune aux deux dénonciations est portée en appel devant la cour d'appel en matière de poursuites sommaires et la cour d'appel, le bon sens exige que la première attende la décision de la juridiction supérieure » (p. 613). Le législateur a répondu à cet appel en adoptant les par. 675(1.1) et 676(1.1) *C. cr.* (L.C. 1997, ch. 18, par. 92(1) et 93(2), entrés en vigueur le 16 juin 1997, TR/97-68 et TR/97-62). Par conséquent, lorsqu'un juge est habilité à exercer deux compétences différentes, rien ne s'oppose de façon générale à ce qu'il les exerce simultanément.

[61] Un procès réunissant des adultes et des adolescents crée certes des difficultés. On peut par exemple se demander quelles règles de pratique seront applicables, si un seul jugement suffira ou si deux seront requis, comment devront être intitulés les actes de procédure et quelles règles régiront les appels (comparer le par. 37(10) *LSJPA* et les art. 691 à 693 *C. cr.*). Cependant, il ne s'agit pas là de problèmes insurmontables et je dois convenir avec la poursuite qu'il ne serait pas impossible en pratique de tenir, à l'égard d'un adulte et d'un adolescent, un procès qui respecterait la forme prévue par la *LSJPA*.

[62] But this analysis, which is limited to the practical aspects, is not sufficient. Clearly, joint trials of summary conviction offences and indictable offences involving adults alone do not raise the same policy issues as a joint trial of adults and young persons. The proposal to hold such a trial will require us to consider the reasons for the creation, more than 100 years ago now, of a justice system dedicated to young persons.

[63] The appellant's proposal is inconsistent with the spirit and objectives of the *YCJA*, those resulting from the abolition of the transfer to adult court in particular. In addition, the absence of a procedure for joinder of a trial of adults with a trial of young persons shows that Parliament's intention was that the common law rule on joint trials should not apply.

[64] Since the enactment of the *Juvenile Delinquents Act* in 1908 (S.C. 1908, c. 40 ("*JDA, 1908*")), young persons have, unless they were transferred to adult court, benefited from a separate criminal justice system that has its own principles. The creation of this system was based on recognition of the presumption of diminished moral blameworthiness of young persons and on their heightened vulnerability in dealing with the justice system (*D.B.*, at paras. 41 et 127; *R. v. L.T.H.*, 2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739, at paras. 3 and 93; *R. v. R.C.*, 2005 SCC 61, [2005] 3 S.C.R. 99, at para. 41; *R. v. Z. (D.A.)*, [1992] 2 S.C.R. 1025; P. J. Harris and M. H. Bloomenfeld, *Youth Criminal Justice Act Manual* (2003), vol. 2, Part Ten: Adult Sentence Hearing Cases, at p. 10-6.1; "Historically, transfer was predicated on the existence of a justice system for youth that was wholly separate and distinct from that applicable to adults": P. Platt, *Young Offenders Law in Canada* (2nd ed. 1995), at p. 235).

[65] The rationale for a separate youth criminal justice system was set out very clearly in the preamble to the *JDA, 1908*:

WHEREAS it is inexpedient that youthful offenders should be classed or dealt with as ordinary criminals,

[62] Cette analyse, qui se limite aux seuls aspects pratiques, n'est toutefois pas suffisante. Il est évident que les procès où des adultes sont jugés à la fois pour des infractions sommaires et des actes criminels ne soulèvent pas les mêmes questions de principe qu'un procès réunissant des adultes et des adolescents. La proposition de tenir un tel procès nous renvoie aux fondements de la création, il y a plus de cent ans maintenant, d'un système de justice propre aux adolescents.

[63] La proposition de l'appelante va à l'encontre de l'esprit et des objectifs poursuivis par la *LJSPA*, en particulier depuis l'abolition de la procédure de renvoi. L'intention d'écartier l'application de la règle de common law régissant la tenue de procès conjoints ressort également de l'absence d'une procédure permettant de joindre un procès visant des adultes et un autre visant des adolescents.

[64] Depuis l'adoption de la *Loi concernant les jeunes délinquants* en 1908 (S.C. 1908, ch. 40 (« *LJD, 1908* »)), les adolescents ont, sous réserve de l'exercice de la procédure de renvoi, joui d'un système de justice pénale distinct, animé par ses propres principes. La création d'un tel système est fondée sur la reconnaissance de la présomption de culpabilité morale moindre des adolescents et de leur plus grande vulnérabilité face au système judiciaire (*D.B.*, par. 41 et 127; *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739, par. 3 et 93; *R. c. R.C.*, 2005 CSC 61, [2005] 3 R.C.S. 99, par. 41; *R. c. Z. (D.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 1025; P. J. Harris et M. H. Bloomenfeld, *Youth Criminal Justice Act Manual* (2003), vol. 2, Part Ten : Adult Sentence Hearing Cases, p. 10-6.1; [TRADUCTION] « Historiquement, le transfert supposait l'existence d'un système de justice pour les adolescents qui était entièrement distinct du système applicable aux adultes » : P. Platt, *Young Offenders Law in Canada* (2^e éd. 1995), p. 235).

[65] La raison d'être d'un système de justice pénale distinct pour les adolescents ressortait très clairement du préambule de la *LJD, 1908* :

CONSIDÉRANT qu'il n'est pas à propos que les jeunes délinquants soient classés ou traités comme les criminels

the welfare of the community demanding that they should on the contrary be guarded against association with crime and criminals, and should be subjected to such wise care, treatment and control as will tend to check their evil tendencies and to strengthen their better instincts

It was clear from this legislation that young persons were not considered to be ordinary criminals (see also s. 31 *JDA, 1908* and s. 38 *JDA, 1970*). Although young persons were generally tried in the same courts as adults, that is, before a justice of the peace or a judge of the court designated as the Juvenile Court (ss. 2(f) and (g) and 4 *JDA, 1908*, which later became ss. 2 and 4 *JDA, 1970*) (Bala, at p. 7), to hold a joint trial of adults and young persons would have been inconsistent with the clear wording of the preamble.

[66] The coming into force of the *YOA* in 1984 represented a change in approach, as objectives parallel to the promotion of the well-being of young persons — namely the protection of society and accountability — were officially introduced and accused young persons were afforded enhanced legal protection. This legislation was broader in scope than the *JDA* in that it regulated every stage of the youth justice process in greater detail (N. Bala, *Young Offenders Law* (1997), at pp. 7-9). The *YOA* did not have a preamble, but it nevertheless showed that Parliament intended to maintain a separate justice system, subject to the possibility of transfer to adult court.

[67] According to the Ontario Court of Appeal's interpretation of the *YOA* in *R. v. J.M.J.* (1999), 120 O.A.C. 294, leave to appeal refused, [1999] 3 S.C.R. xi, it was impossible to try co-accused young persons and adults together unless the young persons were transferred to the adult justice system: "... the issue of severance already exists where an adult and a youth are charged in connection with the same incident, but must be tried separately, one in youth court and the other in adult court. . . . Therefore, the issue of severance is one that already exists as a result of the separate regime for young offenders" (para. 4). In my view, the only way to

ordinaires, le bien de la société demandant au contraire qu'ils ne soient pas mis en contact avec les criminels et qu'ils soient soumis à une surveillance, à un traitement et à un contrôle éclairés tendant à réprimer leurs inclinations mauvaises et affermir leurs meilleurs instincts

Suivant cette loi, il était clair que l'adolescent n'était pas considéré comme un criminel ordinaire (voir aussi l'art. 31 *LJD, 1908*, et l'art. 38 *LJD, 1970*). Même si le procès d'un jeune délinquant avait généralement lieu devant les mêmes tribunaux que les adultes, soit devant un juge de paix ou un juge de la cour désignée comme étant la cour des jeunes délinquants (al. 2f) et g) et art. 4 *LJD, 1908*, devenu par la suite les art. 2 et 4 *LJD, 1970*) (Bala, p. 7), il aurait été antinomique qu'un procès réunissant des adultes et des adolescents puisse être tenu, compte tenu du libellé explicite du préambule.

[66] L'entrée en vigueur de la *LJC* en 1984 a marqué un changement d'approche, en introduisant officiellement des objectifs parallèles à la promotion du bien-être des adolescents — soit la protection de la société et l'imputabilité — et en accordant une protection juridique accrue aux prévenus adolescents. Cette loi avait une portée plus grande que la *LJD*, en ce qu'elle réglementait de façon plus détaillée chacune des étapes du processus de justice pour adolescents (N. Bala, *Young Offenders Law* (1997), p. 7-9). La *LJC* ne comportait pas de préambule, mais elle révélait néanmoins une volonté de maintenir un système de justice distinct, sous réserve de l'exercice de la procédure de renvoi.

[67] Dans *R. c. J.M.J.* (1999), 120 O.A.C. 294, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 3 R.C.S. xi, la Cour d'appel de l'Ontario a interprété la *LJC* et considéré qu'il était impossible de juger ensemble des coaccusés adolescents et adultes en l'absence de renvoi des adolescents devant le système de justice pour adultes : [TRADUCTION] « . . . la question de la disjonction des procédures se pose déjà lorsqu'un adulte et un adolescent sont inculpés à l'égard d'un même événement, mais qu'ils doivent être jugés séparément, l'un devant le tribunal pour adolescents, l'autre le tribunal pour adultes. [. .] Par conséquent, cette question se pose déjà

try adults and young persons together was to transfer the young persons to adult court, and that possibility disappeared with the abolition of the transfer procedure.

[68] Under the statutes that preceded the *YCJA*, the transfer procedure enabled the Crown to apply to have a young person tried in adult court (s. 16 *YOA*; s. 7 *JDA, 1908*, which later became s. 9 *JDA, 1970*). The primary purpose of the transfer to adult court was not to try young persons together with adults, but to allow them to be sentenced as adults (*A Strategy for the Renewal of Youth Justice*, at pp. 25-27). The fact that this procedure made it possible to hold such joint trials does not appear to have been the result of a specific intention to that effect on Parliament's part. And s. 16(2) *YOA* did not expressly mention the possibility of holding a joint trial as a factor the court could take into account in deciding whether to order a transfer.

[69] Despite this silence, the courts had held that the possibility of avoiding a multiplicity of proceedings and that of ensuring equal treatment by holding a joint trial were factors in favour of transferring a young person to the justice system for adults (s. 16(2)(f) *YOA*): *R. v. Smith* (1975), 28 C.C.C. (2d) 368 (Man. C.A.), at p. 371, rendered in the context of the *JDA*; *R. v. E.S.R.* (1985), 49 C.R. (3d) 88 (Man. C.A.), at p. 92; *Protection de la jeunesse — 350*, [1988] R.J.Q. 2395 (C.A.), at p. 2406; *R. v. D.M.* (1990), 46 O.A.C. 77; Bala, *Youth Criminal Justice Law*, at p. 536; Platt, at pp. 283 and 285-86. However, since Parliament had provided that the decision to order a transfer should be an individualized one, special circumstances were required for an argument based on the practical benefits of a joint trial to succeed: *Protection de la jeunesse — 350*, at p. 2406; *R. v. J.E.L.* (1987), 4 W.C.B. (2d) 97 (Alta. C.A.); *E.S.R.*, at p. 92. And nothing guaranteed that a transfer would actually result in a

en raison du régime distinct applicable aux jeunes contrevenants » (par. 4). À mon avis, la procédure de renvoi devant le système de justice pour adultes constituait le seul moyen de juger conjointement des adultes et des adolescents, et l'abolition de cette procédure écarte désormais cette possibilité.

[68] Sous le régime des lois ayant précédé la *LSJPA*, la procédure de renvoi permettait à la poursuite de demander que le procès d'un adolescent ait lieu devant un tribunal pour adultes (art. 16 *LJC*; art. 7 *LJD, 1908*, devenu par la suite l'art. 9 *LJD, 1970*). La procédure de renvoi n'avait pas pour objectif premier la tenue d'un procès réunissant un adolescent et un adulte, mais plutôt de permettre l'imposition au premier d'une peine pour adultes (*Stratégie de renouvellement du système de justice pour les jeunes*, p. 30-32). Le fait que cette procédure ait permis la tenue de tels procès conjoints ne semble pas avoir été le fruit d'une volonté particulière du législateur en ce sens. En effet, le par. 16(2) *LJC* n'indiquait pas expressément que la possibilité qu'un procès conjoint ait lieu constituait un élément dont le tribunal pouvait tenir compte afin de statuer sur l'opportunité d'ordonner un renvoi.

[69] En dépit de l'absence d'une telle mention, les tribunaux avaient jugé que la possibilité d'éviter la multiplicité des procédures et celle d'assurer l'égalité de traitement par la tenue d'un procès conjoint constituaient des facteurs favorisant le renvoi de l'adolescent devant le système de justice pour adultes (al. 16(2)(f) *LJC*): *R. c. Smith* (1975), 28 C.C.C. (2d) 368 (C.A. Man.), p. 371, rendue sous le régime de la *LJD*; *R. c. E.S.R.* (1985), 49 C.R. (3d) 88 (C.A. Man.), p. 92; *Protection de la jeunesse — 350*, [1988] R.J.Q. 2395 (C.A.), p. 2406; *R. c. D.M.* (1990), 46 O.A.C. 77; Bala, *Youth Criminal Justice Law*, p. 536; Platt, p. 283 et 285-286. Cependant, comme le législateur prévoyait que la décision d'ordonner le renvoi devait être individualisée, seule l'existence de faits particuliers permettait de faire valoir avec succès les avantages pratiques d'un procès conjoint : *Protection de la jeunesse — 350*, p. 2406; *R. c. J.E.L.* (1987), 4 W.C.B. (2d) 97 (C.A. Alta.); *E.S.R.*, p. 92. De plus, rien ne garantissait

joint trial: the Crown's strategy, long delays associated with the transfer procedure or a successful motion for severance could ultimately cause separate trials to be held: *R. v. M.T.*, [1993] Y.J. No. 97 (QL) (Terr. Ct.), at paras. 80-83. Moreover, as the appellant mentioned, such trials, although theoretically possible, were quite rare because of the inherent delays in the transfer procedure.

[70] Although under the *YCJA* the approach and objectives are still the same as those under the *YOA*, the procedure has been changed. The transfer to adult court has now been replaced by liability of the young person to an adult sentence.

[71] While it is true that the purpose of the transfer to adult court was not to authorize joint trials of young persons and adults, Parliament could not have been unaware that this procedure might in fact be used for this secondary purpose. Indeed, in the course of the preparation and passage of the *YCJA*, Ontario had expressly recommended the addition of a provision granting the youth justice court jurisdiction to hold joint trials of co-accused adults and young persons (Ministry of the Attorney General, "*No-More-Free-Ride for Young Offenders Act*": *Protecting the Public and Holding Young Offenders Accountable* (2001), at p. 7). This proposal was rejected, as is clear from the fact that the *YCJA* contains no such provision, as well as from the following comments of John Maloney, Parliamentary Secretary to the Minister of Justice and Attorney General of Canada, at the third reading of Bill C-7 on May 29, 2001:

Ontario recommends that co-accused adults and a young person be tried together. Bill C-7 is based on the fundamental principle that young persons aged 12 to 17 are not adults and they are entitled to separate rules and procedures to take into account their reduced level of maturity.

For nearly 100 years in Canada, young persons charged with offences have been tried separately from adults. A separate trial for young persons and youth

qu'une fois le renvoi effectué, un procès conjoint aurait véritablement lieu : la stratégie du ministre public, les longs délais associés à la procédure de renvoi ou la présentation fructueuse d'une requête en séparation pouvaient aboutir à la tenue de procès distincts : *R. c. M.T.*, [1993] Y.J. No. 97 (QL) (C. terr.), par. 80-83. L'appelante a d'ailleurs affirmé que, bien que théoriquement possible, la tenue de tels procès était très rare en raison des délais inhérents à la procédure de renvoi.

[70] Quoique dans la *LSJPA* l'approche et les objectifs soient demeurés les mêmes que dans la *LJC*, la procédure a été modifiée. Il s'agit maintenant non plus d'un renvoi devant le système de justice pour adultes, mais de l'assujettissement de l'adolescent à une peine pour adultes.

[71] Bien que la procédure de renvoi devant le système de justice pour adultes n'ait pas eu pour but d'autoriser la tenue de procès réunissant des adolescents et des adultes, le Parlement ne pouvait ignorer qu'elle avait cette utilité secondaire. D'ailleurs, lors du processus d'élaboration et d'adoption de la *LSJPA*, l'Ontario avait explicitement recommandé un ajout qui aurait conféré au tribunal pour adolescents compétence pour tenir des procès regroupant des coaccusés adultes et adolescents (ministère du Procureur général, « *Loi augmentant la sévérité des peines imposées aux jeunes contrevenants* » : *Protéger le public et faire répondre les jeunes contrevenants de leurs actes* (2001), p. 7). Cette proposition a été rejetée, comme le révèlent l'absence d'une telle disposition dans la *LSJPA* ainsi que les propos suivants de M. John Maloney, secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et procureur général du Canada, lors de la troisième lecture du projet de loi C-7 le 29 mai 2001 :

L'Ontario recommande qu'un jeune et des adultes coaccusés subissent ensemble leur procès. Le projet de loi C-7 s'appuie sur le principe fondamental selon lequel des jeunes de 12 à 17 ans ne sont pas des adultes et ont le droit d'être assujettis à des règles et à des modalités distinctes qui tiennent compte de leur niveau de maturité moins élevé.

Depuis près de 100 ans au Canada, les jeunes qui font face à des accusations subissent des procès distincts de ceux des adultes. Un procès distinct pour les jeunes et

courts are a cornerstone of the youth justice system in Canada and throughout the western world.

Although joint trials are possible under the Young Offenders Act, if a young person is transferred to an adult court they are rarely used, and the current transfer process has many problems, including complexity, long delays and unfairness. These problems are addressed in Bill C-7 through the new adult sentencing provisions. All youths would be tried in youth court and only if and when the youth has been found guilty does a court turn its mind to the appropriate sentence. This is fairer and more efficient.

(*House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., May 29, 2001, at p. 4314)

[72] In sum, the consequence of the abolition of the transfer to adult court was to completely seal off the system; this is confirmed by s. 3(1)(b) *YCJA*, which provides that the criminal justice system for young persons must be separate from that of adults. As a result of the abolition of the transfer procedure, it can be stated definitively that “[t]he youth justice system is separate from the adult system, with separate courts, judges and rules” (L. Tustin and R. E. Lutes, *A Guide to the Youth Criminal Justice Act* (2005), at p. 29). It is therefore undeniable that the abolition of the transfer to adult court and the absence of any words authorizing continuation of the practice that had previously been adopted are indications that Parliament intended to prohibit joint trials of adults and young persons.

[73] Another indication of this can perhaps be found in the fact that two provisions on joint trials were added to the *YCJA* that apply only to co-accused young persons. The provisions in question read as follows:

67. . . .

(5) [Mode of trial where co-accused are young persons] When two or more young persons who are charged with the same offence, who are jointly charged in the same information or indictment or in respect of whom

des tribunaux pour les adolescents sont la pierre angulaire du système de justice pénale pour adolescents au Canada et partout dans le monde occidental.

Même si la tenue de procès mixtes est possible aux termes de la Loi sur les jeunes contrevenants, il est rare qu’un adolescent soit renvoyé à un tribunal pour adultes et les modalités actuelles de ce renvoi comportent de nombreux problèmes, elles sont compliquées, inéquitables et assorties de longs délais. Les nouvelles dispositions du projet de loi C-7 qui concernent les peines applicables aux adultes règlent ces problèmes. Tous les jeunes seraient traduits devant un tribunal pour adolescents, et c’est seulement une fois que le jeune serait trouvé coupable d’une infraction que le tribunal se penchera sur la peine adéquate. C’est plus équitable et plus efficace.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 29 mai 2001, p. 4314)

[72] En somme, l’abolition de la procédure de renvoi a eu pour conséquence de sceller l’étanchéité du régime, consacrée par l’al. 3(1)(b) *LSJPA*, suivant lequel le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui des adultes. Par suite de cette abolition, on peut affirmer de façon indéniable que [TRADUCTION] « [l]e système de justice pour les adolescents est distinct du système pour les adultes, étant doté de ses propres tribunaux, juges et règles » (L. Tustin et R. E. Lutes, *A Guide to the Youth Criminal Justice Act* (2005), p. 29). En conséquence, on ne peut nier que l’abolition de la procédure de renvoi devant le système de justice pour les adultes et l’absence de toute mention permettant à la pratique qui s’était établie de survivre sont des indices de l’intention du Parlement de ne pas autoriser la tenue d’un procès réunissant un adulte et un adolescent.

[73] Un autre indice est peut-être le fait qu’on a introduit dans la *LSJPA* deux dispositions sur les procès conjoints qui ne visent que les coaccusés adolescents. Voici le texte de ces dispositions :

67. . . .

(5) [Mode de procès lorsqu’il y a plusieurs prévenus] Lorsque plusieurs adolescents sont inculpés de la même infraction ou sont inculpés conjointement dans la même dénonciation ou le même acte d’accusation ou que le

the Attorney General seeks joinder of counts that are set out in separate informations or indictments are put to their election, then, unless all of them elect or re-elect or are deemed to have elected, as the case may be, the same mode of trial, the youth justice court judge

(a) may decline to record any election, re-election or deemed election for trial by a youth justice court judge without a jury, a judge without a jury or, in Nunavut, a judge of the Nunavut Court [of] Justice without a jury; and

(b) if the judge declines to do so, shall hold a preliminary inquiry, if requested to do so by one of the parties, unless a preliminary inquiry has been held prior to the election, re-election or deemed election.

. . .

(7.1) [Preliminary inquiry if two or more accused] If two or more young persons are jointly charged in an information and one or more of them make a request for a preliminary inquiry under subsection (7), a preliminary inquiry must be held with respect to all of them.

These provisions are revealing when considered in combination with the history of a separate youth justice system and the abolition of the transfer to adult court.

[74] If the common law rule allowing joint trials of all “persons” — whether adults or young persons — continued to exist, there would have been no need to introduce s. 67(5) and (7.1) *YCJA*, which set out the circumstances in which a joint preliminary inquiry will be held with respect to co-accused young persons. The only way the existence of s. 67(5) and (7.1) can be explained is by concluding that Parliament intended to establish a youth criminal justice system that is hermetic, and completely separate from the system for adults, and thus to make it impossible to hold joint trials of adults and young persons.

[75] Finally — and this comment concerns the overall approach to youth justice — the effect of the objectives of the Act is that the judge is asked to favour rehabilitation, reintegration and the principle of a fair and proportionate accountability that is consistent with the young person’s reduced level of

procureur général requiert la réunion de chefs d’accusations figurant dans des dénonciations ou actes d’accusation distincts à l’égard de plusieurs adolescents, si tous ne choisissent pas en premier lieu ou comme nouveau choix ou ne sont pas réputés avoir choisi, selon le cas, le même mode de procès, le juge du tribunal pour adolescents :

a) peut refuser d’enregistrer le choix, le nouveau choix ou le choix présumé pour être jugé par un juge du tribunal pour adolescents sans jury ou un juge sans jury ou, dans une procédure au Nunavut, un juge de la Cour de justice du Nunavut sans jury;

b) s’il refuse de le faire, doit, sur demande d’une partie, tenir une enquête préliminaire sauf si une enquête préliminaire a été tenue avant le choix, le nouveau choix ou le choix présumé.

. . .

(7.1) [Plusieurs inculpés] Lorsque deux ou plusieurs adolescents font l’objet d’inculpations énoncées dans la même dénonciation et que l’un d’eux demande la tenue d’une enquête préliminaire au titre du paragraphe (7), une même enquête est tenue à l’égard de tous.

Conjuguées à l’historique du système de justice distinct pour les adolescents et à l’abolition de la procédure de renvoi, ces dispositions sont révélatrices.

[74] Si la règle de common law permettant de juger conjointement toutes « personnes » — adultes ou adolescents — subsistait toujours, il aurait été inutile d’insérer les par. 67(5) et (7.1) *LSJPA*, qui prévoient les circonstances de la tenue d’une enquête préliminaire commune dans le cas de coaccusés adolescents. La présence des par. 67(5) et (7.1) ne peut s’expliquer que par la conclusion que le Parlement entendait instaurer un système de justice pénale pour adolescents qui soit étanche et complètement séparé de celui pour adultes, et rendre ainsi impossible la tenue d’un procès réunissant des adultes et des adolescents.

[75] Enfin — et la remarque qui suit procède de l’approche générale en matière de justice pour les adolescents —, les objectifs de la loi invitent le juge à favoriser la réadaptation, la réinsertion sociale ainsi que le principe d’une responsabilité juste et proportionnelle, compatible avec la maturité moins

maturity. As for the adult criminal justice system, it places greater emphasis on punishment. There is no doubt that how the judge conducts the trial will reflect these different objectives. It would be much more difficult to maintain an approach favourable to a young person if he or she were being tried together with an adult, and the presumption of diminished moral blameworthiness to which the young person is entitled could be undermined as a result.

[76] In conclusion, the history of the separate youth criminal justice system, the abolition of the transfer to adult court, the content of s. 67(5) and (7.1) *YCJA*, and the fact that neither the *YCJA* nor the *Criminal Code* contains specific provisions authorizing joint trials of adults and young persons are indications that Parliament intended to prohibit such trials. What is more, the adoption of this solution will make it easier for the youth justice court to perform its special role and will avert the practical difficulties inherent in a joint trial of young persons and adults. On this point, I therefore agree with the Court of Appeal that co-accused young persons and adults cannot be tried together.

3. Disposition

[77] For these reasons, I would allow the appeal and set aside the Court of Appeal's judgment upholding the decision to quash the direct indictment with respect to the young persons. Preferring a direct indictment under s. 577 *Cr. C.* is consistent with the *YCJA*. Because the issue is moot for the purposes of this case, the Court will make no further order.

The reasons of Fish and Abella JJ. were delivered by

[78] ABELLA J. (dissenting) — I agree with Justice Deschamps that young persons should not be tried jointly with adults. With great respect, however, I do not share her view that a direct indictment is available under the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (“*YCJA*”).

grande des adolescents. La justice criminelle pour adultes, pour sa part, accorde une importance plus marquée à l'aspect punitif. Nul doute que, dans le déroulement du procès, la manière de procéder du juge sera empreinte de ces objectifs différents. Une approche favorable à l'adolescent serait beaucoup plus difficile à maintenir si ce dernier était jugé conjointement avec un adulte, et la présomption de culpabilité morale moindre dont jouit l'adolescent pourrait alors être mise en péril.

[76] En conclusion, l'historique du système de justice pénale distinct pour les adolescents, l'abolition de la procédure de renvoi, le libellé des par. 67(5) et (7.1) *LSJPA* et l'absence dans la *LSJPA* et le *Code criminel* de dispositions précises autorisant la tenue de procès réunissant des adultes et des adolescents témoignent de l'intention du Parlement de ne pas permettre la tenue de tels procès. De plus, cette solution favorise la mise en œuvre du rôle spécial du tribunal pour adolescents et évite les difficultés pratiques inhérentes aux procès regroupant des adolescents et des adultes. Sur ce point, je suis donc d'accord avec la Cour d'appel que des coaccusés adolescents et adultes ne peuvent être jugés ensemble.

3. Dispositif

[77] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler le jugement de la Cour d'appel confirmant la cassation de l'acte de mise en accusation directe à l'égard des adolescents. Le dépôt d'un acte de mise en accusation directe en vertu de l'art. 577 *C. cr.* est compatible avec la *LSJPA*. Compte tenu que la question est théorique dans la présente affaire, la Cour ne rend aucune autre ordonnance.

Version française des motifs des juges Fish et Abella rendus par

[78] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Je souscris à l'opinion de la juge Deschamps selon laquelle les adolescents ne devraient pas être jugés conjointement avec des adultes. Soit dit en tout respect, je ne partage toutefois pas son point de vue selon lequel la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (« *LSJPA* »), autorise le recours à la mise en accusation directe.

[79] Under the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, the predecessor legislation to the *YCJA*, a young person could not be exposed to an adult sentence unless he or she was transferred to the adult court pursuant to a proceeding in the juvenile court. It was the most serious tool then available to the Crown in the juvenile justice system. The burden on the Crown was a stringent one, commensurate with the severity of the consequences of the transfer for the young person. The screening function of the transfer proceeding was replaced in the *YCJA* by a young person's right to have a preliminary inquiry when faced with the prospect of an adult sentence.

[80] The issue in this appeal is whether this right can be extinguished by interpreting the *YCJA* in a way that imports the possibility of direct indictments into the youth justice process. Unlike the majority, I am unable to agree with the interpretive conclusion that direct indictments are possible. In my view, this approach is inconsistent with the articulated principles and underlying philosophy of the *YCJA* because bypassing the preliminary inquiry leads to the elimination of the main gate to an adult sentence, the most serious consequence possible for a young person. I agree instead with the Quebec Court of Appeal (2007 QCCA 1201, [2007] R.J.Q. 2197, *per* Hilton, Bich and Dufresne J.J.A.) that direct indictments are not available to the Crown in the youth justice context.

[81] Section 140 of the *YCJA* states that the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, applies except where it is inconsistent with the *YCJA*:

140. Except to the extent that it is inconsistent with or excluded by this Act, the provisions of the *Criminal*

[79] La *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1, — qui a été remplacée par la *LSJPA* — ne prévoyait pas l'assujettissement éventuel des adolescents à une peine applicable aux adultes, sauf dans les cas où, au terme d'une instance, le tribunal pour adolescents renvoyait l'affaire devant un tribunal pour adultes. Sous ce régime, aucun autre outil à la disposition du ministère public n'entraînait de conséquences plus lourdes. En outre, ce dernier devait s'acquitter d'une obligation très rigoureuse, qui était proportionnée à la gravité des conséquences du renvoi pour l'adolescent. Sous le régime de la *LSJPA*, le mécanisme de filtrage de la procédure de renvoi a été remplacé par le droit de l'adolescent à une enquête préliminaire en cas d'assujettissement éventuel à une peine applicable aux adultes.

[80] Dans le présent pourvoi, la Cour doit déterminer s'il est permis d'éteindre ce droit à l'enquête préliminaire en interprétant la *LSJPA* de telle sorte qu'il devienne possible de procéder à des mises en accusation directes dans le contexte de la justice pénale pour les adolescents. Je ne peux souscrire à la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le recours aux mises en accusation directes est possible sous ce régime. À mon avis, une telle approche est incompatible avec les principes énoncés dans la *LSJPA* et la philosophie qui la sous-tend, puisque la démarche qui permet d'éviter l'enquête préliminaire entraîne l'élimination du principal rempart contre l'assujettissement éventuel de l'adolescent à une peine applicable aux adultes, la conséquence la plus lourde possible pour un adolescent. À l'instar de la Cour d'appel du Québec (2007 QCCA 1201, [2007] R.J.Q. 2197 (les juges Hilton, Bich et Dufresne)), je crois plutôt que le ministère public ne peut pas avoir recours à la mise en accusation directe dans le contexte de la justice pénale pour les adolescents.

[81] Aux termes de l'art. 140 de la *LSJPA*, les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, s'appliquent, sauf dans les circonstances où elles sont incompatibles avec la *LSJPA* :

140. Dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la présente loi ou écartées par celle-ci, les

Code apply, with any modifications that the circumstances require, in respect of offences alleged to have been committed by young persons.

This is a self-explanatory provision. The *Criminal Code* is applied to young people through the filter of the *YCJA*. When provisions of the *Criminal Code* are imported into the *YCJA*, therefore, they are deemed to be applicable only to the extent that they are consistent with the provisions and objectives of the *YCJA*.

[82] This then is the lens through which to observe the relevant provisions of the *YCJA* and the *Criminal Code*. The relevant provisions of the *YCJA* are ss. 64(2), 67(7) and 67(9):

64. . . .

(2) If the Attorney General intends to seek an adult sentence for an offence by making an application under subsection (1), or by establishing that the offence is a presumptive offence within the meaning of paragraph (b) of the definition “presumptive offence” in subsection 2(1), the Attorney General shall, before the young person enters a plea or with leave of the youth justice court before the commencement of the trial, give notice to the young person and the youth justice court of the intention to seek an adult sentence.

67. . . .

(7) When a young person elects to be tried by a judge without a jury, or elects or is deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury, the youth justice court referred to in subsection 13(1) shall, on the request of the young person or the prosecutor made at that time or within the period fixed by rules of court made under section 17 or 155 or, if there are no such rules, by the youth justice court judge, conduct a preliminary inquiry and if, on its conclusion, the young person is ordered to stand trial, the proceedings shall be conducted

(a) before a judge without a jury or a court composed of a judge and jury, as the case may be; or

(b) in Nunavut, before a judge of the Nunavut Court of Justice acting as a youth justice court, with or without a jury, as the case may be.

. . . .

(9) Proceedings under this Act before a judge without a jury or a court composed of a judge and jury or, in

dispositions du *Code criminel* s’appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux infractions imputées aux adolescents.

Cette disposition se passe d’explication : ce n’est que par le filtre de la *LSJPA* que le *Code criminel* s’applique aux adolescents. Ainsi, les dispositions du *Code criminel* qui sont importées dans la *LSJPA* sont réputées s’appliquer uniquement dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions et les objectifs de la *LSJPA*.

[82] C’est par ce prisme qu’il convient d’examiner les dispositions pertinentes de la *LSJPA* et du *Code criminel*. Les dispositions pertinentes de la *LSJPA* sont les par. 64(2), 67(7) et 67(9) :

64. . . .

(2) S’il entend obtenir l’assujettissement à la peine applicable aux adultes soit en présentant la demande visée au paragraphe (1), soit en prouvant que l’infraction est une infraction désignée visée à l’alinéa b) de la définition de ce terme au paragraphe 2(1), le procureur général doit, avant la présentation du plaidoyer ou, avec l’autorisation du tribunal, à tout moment avant le début du procès, aviser l’adolescent et le tribunal pour adolescents de son intention de demander l’assujettissement.

67. . . .

(7) Lorsque l’adolescent a choisi d’être jugé par un juge sans jury ou a choisi ou est réputé avoir choisi d’être jugé par un tribunal composé d’un juge et d’un jury, le tribunal pour adolescents mentionné au paragraphe 13(1) tient une enquête préliminaire sur demande présentée par l’adolescent ou le poursuivant à ce moment ou dans le délai prévu par les règles établies en vertu des articles 17 ou 155 ou, en l’absence de règles, dans le délai fixé par le juge du tribunal pour adolescents; dans le cas où il est renvoyé pour subir son procès, le procès a lieu devant un juge sans jury ou un tribunal composé d’un juge et d’un jury, selon le cas, ou, dans le cas d’une procédure au Nunavut, devant un juge de la Cour de justice du Nunavut, agissant à titre de tribunal pour adolescents, avec ou sans jury, selon le cas.

. . . .

(9) Les poursuites intentées sous le régime de la présente loi devant un juge sans jury ou un tribunal

Nunavut, a judge of the Nunavut Court of Justice acting as a youth justice court, with or without a jury, as the case may be, shall be conducted in accordance with the provisions of Parts XIX (indictable offences — trial without jury) and XX (procedure in jury trials and general provisions) of the *Criminal Code*, with any modifications that the circumstances require, except that

(a) the provisions of this Act respecting the protection of privacy of young persons prevail over the provisions of the *Criminal Code*; and

(b) the young person is entitled to be represented in court by counsel if the young person is removed from court in accordance with subsection 650(2) of the *Criminal Code*.

In sum, therefore, when the Attorney General gives notice under s. 64(2) of the *YCJA* of an intention to seek an adult sentence, a young person may elect, pursuant to s. 67(1) of the *YCJA*, to be tried by a judge alone or by a judge and jury. If the young person makes (or is deemed to have made) an election, he or she may request a preliminary inquiry in accordance with s. 67(7). If requested, the court “shall” conduct the preliminary inquiry. If the election is for a youth justice court judge alone, there is no preliminary inquiry.

[83] As previously noted, if a young person was transferred to adult court under the predecessor legislation, the *Young Offenders Act*, the young person was treated as an adult and subject to adult procedures and sentences. Neither a preliminary inquiry nor direct indictments were possible while the young person remained under the jurisdiction of the *Young Offenders Act*. Rather than the transfer procedure, the *YCJA* has a different screening process for determining if the road to an adult sentence should be travelled: a preliminary inquiry.

[84] While s. 67(7) instructs the judge to hold a preliminary inquiry when requested, s. 67(9) states that proceedings before a judge alone or a judge and jury shall be conducted in accordance with Parts XIX and XX of the *Criminal Code*, “with

composé d’un juge et d’un jury ou, dans le cas d’une procédure au Nunavut, devant un juge de la Cour de justice du Nunavut, agissant à titre de tribunal pour adolescents, avec ou sans jury, sont régies par les parties XIX (actes criminels — procès sans jury) et XX (procédures lors d’un procès devant jury — dispositions générales) du *Code criminel*, avec les adaptations nécessaires, sauf que :

a) les dispositions de la présente loi relatives à la protection de la vie privée des adolescents l’emportent sur les dispositions du *Code criminel*;

b) l’adolescent a le droit d’être représenté par un avocat si le tribunal le fait éloigner en application du paragraphe 650(2) du *Code criminel*.

En somme, lorsqu’il est avisé, conformément au par. 64(2) de la *LSJPA*, de l’intention du procureur général de demander l’assujettissement à une peine applicable aux adultes, l’adolescent peut choisir, suivant le par. 67(1) de la *LSJPA*, d’être jugé par un juge sans jury ou par un tribunal composé d’un juge et d’un jury. S’il fait un choix (ou s’il est réputé en avoir fait un), l’adolescent peut demander la tenue d’une enquête préliminaire en application du par. 67(7). Le cas échéant, le tribunal « tient » l’enquête préliminaire. Si l’adolescent a choisi d’être jugé par un juge du tribunal pour adolescents siégeant seul, il n’y a pas d’enquête préliminaire.

[83] Comme je l’ai déjà mentionné, l’adolescent renvoyé devant un tribunal pour adultes sous le régime de l’ancienne loi, la *Loi sur les jeunes contrevenants*, était traité comme un adulte et assujéti aux procédures et peines applicables aux adultes. Tant que l’adolescent tombait sous le coup de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, il ne pouvait faire l’objet ni d’une enquête préliminaire ni d’une mise en accusation directe. Plutôt que de recourir à la procédure de renvoi, la *LSJPA* prévoit un autre mécanisme de filtrage, l’enquête préliminaire, pour déterminer s’il y a lieu d’emprunter la voie menant à une peine applicable aux adultes.

[84] Aux termes du par. 67(7), le juge tient une enquête préliminaire lorsqu’une demande en ce sens lui est présentée. Or, le par. 67(9) prévoit que les poursuites intentées devant un juge siégeant seul ou un tribunal composé d’un juge et d’un jury sont

any modifications that the circumstances require”. Part XX includes s. 577, which allows the Attorney General to foreclose the holding of a preliminary inquiry by preferring a direct indictment. It states:

577. Despite section 574 [outlining who may prefer an indictment and what charges may be included in it], an indictment may be preferred even if the accused has not been given the opportunity to request a preliminary inquiry, a preliminary inquiry has been commenced but not concluded or a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged, if

(a) in the case of a prosecution conducted by the Attorney General or one in which the Attorney General intervenes, the personal consent in writing of the Attorney General or Deputy Attorney General is filed in court; or

(b) in any other case, a judge of the court so orders.

[85] This appears to create a potential conflict between s. 67(7) of the *YCJA*, which mandates that a preliminary inquiry take place if requested by the young person facing an adult sentence, and s. 577 of the *Criminal Code*, which permits a direct indictment under certain conditions.

[86] Resolving this tension involves looking first at the purpose of the provisions dealing with preliminary inquiries in the *YCJA*, an exercise that starts, like all interpretive exercises under the Act, with the declaration of principles set out in s. 3.

[87] Section 3(2) of the *YCJA* directs that the provisions of the *YCJA* be construed liberally “so as to ensure that young persons are dealt with in accordance with the principles set out in subsection (1)”. Section 3(1) states:

3. (1) The following principles apply in this Act:

régies par les parties XIX et XX du *Code criminel*, « avec les adaptations nécessaires ». La partie XX comprend l’art. 577, qui confère au procureur général le pouvoir d’empêcher la tenue d’une enquête préliminaire en y privilégiant la mise en accusation directe. Cette disposition est ainsi libellée :

577. Malgré le fait que le prévenu n’a pas eu la possibilité de demander la tenue d’une enquête préliminaire, que l’enquête préliminaire a débuté et n’est pas encore terminée ou qu’une enquête préliminaire a été tenue et le prévenu a été libéré, un acte d’accusation peut, malgré l’article 574 [où il est précisé qui peut présenter l’acte d’accusation et à l’égard de quels chefs d’accusation], être présenté si, selon le cas :

a) dans le cas d’une poursuite qui est menée par le procureur général ou dans laquelle il intervient, le consentement personnel écrit de celui-ci ou du sous-procureur général est déposé au tribunal;

b) dans les autres cas, le juge du tribunal l’ordonne.

[85] Les libellés de ces dispositions semblent créer un conflit potentiel entre le par. 67(7) de la *LSJPA* — qui oblige le tribunal à tenir une enquête préliminaire si une demande en ce sens lui est présentée par l’adolescent pouvant être assujéti à une peine applicable aux adultes — et l’art. 577 du *Code criminel* — qui permet le recours à la mise en accusation directe à certaines conditions.

[86] Pour résoudre cette antinomie, il y a lieu d’examiner de prime abord l’objet des dispositions de la *LSJPA* portant sur les enquêtes préliminaires. Cet exercice d’interprétation commence, comme tout exercice de cet ordre relatif à cette loi, par un examen de la déclaration de principes énoncée à l’art. 3.

[87] Le paragraphe 3(2) de la *LSJPA* prévoit que cette loi « doit faire l’objet d’une interprétation large garantissant aux adolescents un traitement conforme aux principes énoncés au paragraphe (1) ». Le paragraphe 3(1) prévoit ce qui suit :

3. (1) Les principes suivants s’appliquent à la présente loi :

(a) the youth criminal justice system is intended to

(i) prevent crime by addressing the circumstances underlying a young person's offending behaviour,

(ii) rehabilitate young persons who commit offences and reintegrate them into society, and

(iii) ensure that a young person is subject to meaningful consequences for his or her offence

in order to promote the long-term protection of the public;

(b) the criminal justice system for young persons must be separate from that of adults and emphasize the following:

(i) rehabilitation and reintegration,

(ii) fair and proportionate accountability that is consistent with the greater dependency of young persons and their reduced level of maturity,

(iii) enhanced procedural protection to ensure that young persons are treated fairly and that their rights, including their right to privacy, are protected,

(iv) timely intervention that reinforces the link between the offending behaviour and its consequences, and

(v) the promptness and speed with which persons responsible for enforcing this Act must act, given young persons' perception of time;

(c) within the limits of fair and proportionate accountability, the measures taken against young persons who commit offences should

(i) reinforce respect for societal values,

(ii) encourage the repair of harm done to victims and the community,

(iii) be meaningful for the individual young person given his or her needs and level of development and, where appropriate, involve the parents, the extended family, the community and social or other agencies in the young person's rehabilitation and reintegration, and

(iv) respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and respond to the needs of

a) le système de justice pénale pour adolescents vise à prévenir le crime par la suppression des causes sous-jacentes à la criminalité chez les adolescents, à les réadapter et à les réinsérer dans la société et à assurer la prise de mesures leur offrant des perspectives positives en vue de favoriser la protection durable du public;

b) le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui pour les adultes et mettre l'accent sur :

(i) leur réadaptation et leur réinsertion sociale,

(ii) une responsabilité juste et proportionnelle, compatible avec leur état de dépendance et leur degré de maturité,

(iii) la prise de mesures procédurales supplémentaires pour leur assurer un traitement équitable et la protection de leurs droits, notamment en ce qui touche leur vie privée,

(iv) la prise de mesures opportunes qui établissent clairement le lien entre le comportement délictueux et ses conséquences,

(v) la diligence et la célérité avec lesquelles doivent intervenir les personnes chargées de l'application de la présente loi, compte tenu du sens qu'a le temps dans la vie des adolescents;

c) les mesures prises à l'égard des adolescents, en plus de respecter le principe de la responsabilité juste et proportionnelle, doivent viser à :

(i) renforcer leur respect pour les valeurs de la société,

(ii) favoriser la réparation des dommages causés à la victime et à la collectivité,

(iii) leur offrir des perspectives positives, compte tenu de leurs besoins et de leur niveau de développement, et, le cas échéant, faire participer leurs père et mère, leur famille étendue, les membres de leur collectivité et certains organismes sociaux ou autres à leur réadaptation et leur réinsertion sociale,

(iv) prendre en compte tant les différences ethniques, culturelles, linguistiques et entre les

aboriginal young persons and of young persons with special requirements; and

(d) special considerations apply in respect of proceedings against young persons and, in particular,

(i) young persons have rights and freedoms in their own right, such as a right to be heard in the course of and to participate in the processes, other than the decision to prosecute, that lead to decisions that affect them, and young persons have special guarantees of their rights and freedoms,

(ii) victims should be treated with courtesy, compassion and respect for their dignity and privacy and should suffer the minimum degree of inconvenience as a result of their involvement with the youth criminal justice system,

(iii) victims should be provided with information about the proceedings and given an opportunity to participate and be heard, and

(iv) parents should be informed of measures or proceedings involving their children and encouraged to support them in addressing their offending behaviour.

[88] Of particular significance to the question of how — or whether — s. 577 of the *Criminal Code* should be applied to s. 67(7) of the *YCJA*, is s. 3(1)(b)(iii), whereby young persons are entitled to “enhanced procedural protection”. This provision, when read together with s. 3(1)(d)(i) stating that young persons “have special guarantees of their rights and freedoms”, confirms that Parliament intended that procedural rights of young people be emphatically protected, and supports an interpretive approach that respects, rather than derogates from, their enhanced protection and special guarantees.

[89] While it is true that there is no constitutional right to a preliminary inquiry — and that its utility for adults has been increasingly questioned — this does not minimize its significance in the context

sexes que les besoins propres aux adolescents autochtones et à d’autres groupes particuliers d’adolescents;

d) des règles spéciales s’appliquent aux procédures intentées contre les adolescents. Au titre de celles-ci :

(i) les adolescents jouissent, et ce personnellement, de droits et libertés, notamment le droit de se faire entendre dans le cadre des procédures conduisant à des décisions qui les touchent — sauf la décision d’entamer des poursuites — et de prendre part à ces procédures, ces droits et libertés étant assortis de mesures de protection spéciales,

(ii) les victimes doivent être traitées avec courtoisie et compassion, sans qu’il ne soit porté atteinte à leur dignité ou à leur vie privée, et doivent subir le moins d’inconvénients possible du fait de leur participation au système de justice pénale pour les adolescents,

(iii) elles doivent aussi être informées des procédures intentées contre l’adolescent et avoir l’occasion d’y participer et d’y être entendues,

(iv) les père et mère de l’adolescent doivent être informés des mesures prises, ou des procédures intentées, à l’égard de celui-ci et être encouragés à lui offrir leur soutien.

[88] Quant à savoir comment l’art. 577 du *Code criminel* devrait être appliqué au regard du par. 67(7) de la *LSJPA*, ou s’il doit l’être, le sous-al. 3(1)(b)(iii) en vertu duquel les adolescents ont droit à la « prise de mesures procédurales supplémentaires » revêt une importance particulière. Interprétée conjointement avec le sous-al. 3(1)(d)(i), selon lequel « les adolescents jouissent [. . .] de droits et libertés [. . .] étant assortis de mesures de protection spéciales », cette disposition confirme l’intention du législateur de protéger vigoureusement les droits procéduraux des adolescents et appuie l’adoption d’une interprétation qui respecte les mesures de protection spéciales supplémentaires dont ils jouissent plutôt que d’une autre qui y déroge.

[89] S’il est vrai que la Constitution ne garantit pas le droit à une enquête préliminaire — et que l’utilité de cette procédure pour les adultes est de plus en plus remise en question —, ce droit n’est pas

of youth justice. The *Criminal Code* describes the role of the preliminary inquiry as being to determine whether “there is sufficient evidence to put the accused on trial” (s. 548(1)(a)). In *R. v. Sazant*, 2004 SCC 77, [2004] 3 S.C.R. 635, Major J. wrote that “[t]he purpose of the preliminary inquiry is to ensure that there is sufficient evidence to commit the accused to trial. The preliminary inquiry is therefore a pretrial screening procedure that also serves as a discovery mechanism to the accused” (para. 14). And in *R. v. Hynes*, 2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623, at para. 30, McLachlin C.J. confirmed that the paramount purpose of the preliminary inquiry, as enunciated in *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, at p. 105, is “to protect the accused from a needless, and indeed, improper, exposure to public trial where the [Crown] is not in possession of evidence to warrant the continuation of the process”. A secondary role, as she points out, is to permit discovery. (See also *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551 (C.A.).)

[90] Both the central screening function of a preliminary inquiry and the ancillary benefit as a discovery mechanism are congruent with the goals in the *YCJA* of affording young persons enhanced procedural protection. One of the most basic of those protections is to limit the possibility of needlessly exposing a young person to a proceeding involving the prospect of an adult sentence.

[91] It seems to me to be inconsistent with Parliament providing access to a protective screening process for the most serious consequences a young offender can face, to so interpret the *YCJA* that this screening can be overridden at the discretion of the Crown.

[92] Most of the arguments favouring the interpretation that direct indictments are possible under the *YCJA* relate to convenience and to the expediency

moins important dans le contexte de la justice pour les adolescents. Selon le *Code criminel*, l’enquête préliminaire vise à déterminer s’il y a lieu de « renvoyer l’accusé pour qu’il subisse son procès, si [. . .] la preuve [. . .] est suffisante » (al. 548(1)a)). Dans l’arrêt *R. c. Sazant*, 2004 CSC 77, [2004] 3 R.C.S. 635, le juge Major a affirmé que « [l]’enquête préliminaire a pour objet d’assurer l’existence d’éléments de preuve suffisants pour renvoyer l’accusé à son procès. Il s’agit donc d’une procédure de vérification préalable au procès. Celle-ci permet également à l’accusé de prendre connaissance de la preuve qui pèse contre lui » (par. 14). En outre, au par. 30 de l’arrêt *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623, la juge en chef McLachlin a confirmé la conclusion à laquelle la Cour en est arrivée à la p. 105 de *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, à savoir que l’objet dominant de l’enquête préliminaire est « d’empêcher l’accusé de subir un procès public inutile, voire abusif, lorsque la poursuite ne possède aucun élément de preuve justifiant la continuation de l’instance ». Elle a ajouté que l’enquête préliminaire joue le rôle accessoire de mécanisme de communication de la preuve. (Voir aussi *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551 (C.A.).)

[90] Tant la fonction principale de filtrage de l’enquête préliminaire que son rôle accessoire de mécanisme de communication de la preuve sont compatibles avec l’objet de la *LSJPA*, soit d’offrir aux adolescents des mesures de protection procédurales supplémentaires. Or, une des mesures de protection les plus élémentaires consiste à ne pas laisser un adolescent participer inutilement à une instance au terme de laquelle il pourrait être assujéti à une peine applicable aux adultes.

[91] Puisque la *LSJPA* prévoit un mécanisme de filtrage applicable aux cas où le jeune contrevenant est exposé aux conséquences les plus graves, interpréter cette loi de manière à donner au ministère public le pouvoir discrétionnaire de passer outre à ce mécanisme me semble contraire à l’intention du législateur.

[92] La plupart des arguments avancés pour justifier de privilégier l’interprétation qui autorise le recours à la mise en accusation directe

of the trial process. These arguments include not wanting to expose witnesses to potentially multiple examinations and the desire to have trials take place as soon as possible, both legitimate goals. But the procedural protection found in s. 67(7) should not so easily be sacrificed on the altar of expediency.

[93] Parliament's intent to protect access to the preliminary inquiry is also evident, it seems to me, from s. 67(7.1) of the *YCJA* which prescribes that when two or more young persons are jointly charged, if one of them elects to have a preliminary inquiry and the other elects not to, a preliminary inquiry must be held:

67. . . .

(7.1) If two or more young persons are jointly charged in an information and one or more of them make a request for a preliminary inquiry under subsection (7), a preliminary inquiry must be held with respect to all of them.

I am aware that s. 536(4.2) in the *Criminal Code* is a similar provision for adults, but the implications for young persons faced with an adult sentence are dramatically different.

[94] Parliament's intent can also be gleaned from comparing the provisions in the *Criminal Code* on preliminary inquiries with those in the *YCJA*. Section 536(4) of the *Criminal Code* mandates the holding of a preliminary inquiry for any indictable offence, or in the case of hybrid offence, when the Crown elects to proceed by indictment. It states:

536. . . .

(4) If an accused elects to be tried by a judge without a jury or by a court composed of a judge and jury or does not elect when put to the election or is deemed under paragraph 565(1)(b) to have elected to be tried

sous le régime de la *LSJPA* se rapportent à la commodité d'une telle mesure et à la célérité des procès. On exprime notamment une réticence à forcer les témoins à subir potentiellement de multiples interrogatoires et une volonté de tenir les procès dans les plus brefs délais. Ce sont deux objectifs légitimes. Il ne faudrait toutefois pas sacrifier aussi facilement les garanties procédurales prévues au par. 67(7) sur l'autel de la célérité.

[93] À mon avis, l'intention du législateur de protéger le droit à l'enquête préliminaire ressort aussi clairement du par. 67(7.1) de la *LSJPA*, qui rend obligatoire la tenue d'une telle enquête dans les cas où au moins deux adolescents font l'objet d'inculpations énoncées dans la même dénonciation et que l'un d'eux en demande la tenue :

67. . . .

(7.1) Lorsque deux ou plusieurs adolescents font l'objet d'inculpations énoncées dans la même dénonciation et que l'un d'eux demande la tenue d'une enquête préliminaire au titre du paragraphe (7), une même enquête est tenue à l'égard de tous.

Certes, le par. 536(4.2) du *Code criminel* est une disposition semblable applicable aux adultes, mais les conséquences sont radicalement différentes pour les adolescents pouvant être assujettis à une peine applicable aux adultes.

[94] La comparaison des dispositions du *Code criminel* sur les enquêtes préliminaires et des dispositions de la *LSJPA* fournit aussi des indices révélateurs de l'intention du législateur. Le paragraphe 536(4) du *Code criminel* impose la tenue d'une enquête préliminaire lorsque l'inculpé est accusé d'un acte criminel ou, dans le cas d'une infraction mixte, lorsque le ministère public choisit de procéder par voie de mise en accusation. Cette disposition est ainsi libellée :

536. . . .

(4) Lorsqu'un prévenu choisit d'être jugé par un juge sans jury ou par un tribunal composé d'un juge et d'un jury ou est réputé, au titre de l'alinéa 565(1)(b), avoir choisi d'être jugé par un tribunal

by a court composed of a judge and jury or is charged with an offence listed in section 469, the justice shall, subject to section 577, on the request of the accused or the prosecutor . . . hold a preliminary inquiry into the charge.

[95] In contrast to such wide-ranging application for adults, the availability of a preliminary inquiry to a young person is restricted to circumstances when the charge can lead to an adult sentence. As the Court of Appeal trenchantly observed in its reasons:

[TRANSLATION] . . . the principle of protection of young persons means that young persons should not be made to stand trial, and should not even be exposed to the risk of standing trial unnecessarily. According to the Supreme Court of Canada, the dominant purpose of the preliminary enquiry is precisely “to protect the accused from a needless, and indeed, improper, exposure to public trial where the enforcement agency is not in possession of evidence to warrant the continuation of the process” (*Skogman v. R.*, [1984] 2 S.C.R. 93, at p. 105), and this purpose is all the more dominant in the case of a young person, who is to be shielded from the stigma attached to criminal prosecution. [para. 40]

[96] As is clear, s. 536(4) is “subject to section 577”, which permits direct indictments. On the other hand, and significantly in my view, the phrase “subject to section 577” is absent from s. 67(7) of the *YCJA*. The absence of this exception in the case of young persons is another reflection, it seems to me, that Parliament did not intend to have direct indictments apply to young persons.

[97] The phrase “subject to section 577” was added to s. 536(4) of the *Criminal Code* in 2002. This was the same year the *YCJA* was enacted. The legislative history of s. 536(4) and s. 67(7) confirms that they were before Parliament during the same legislative session (1st Sess., 37th Parl.) and were proposed by the same Minister of Justice, the Hon. Anne McLellan.

composé d’un juge et d’un jury ou est accusé d’une infraction mentionnée à l’article 469 ou encore ne fait pas de choix, le juge de paix tient, sous réserve de l’article 577, une enquête préliminaire sur l’inculpation, sur demande présentée par le prévenu ou le poursuivant . . .

[95] Bien que très courante dans le cas des adultes, l’enquête préliminaire ne peut être tenue dans le cas d’un adolescent que si l’accusation portée contre lui peut entraîner l’assujettissement à une peine applicable aux adultes. La Cour d’appel a tenu à cet égard des propos incisifs :

. . . le principe de protection des adolescents veut qu’on ne les envoie pas inutilement à procès et qu’on ne leur fasse pas même subir le risque d’un procès inutile. Selon la Cour suprême du Canada, l’objet dominant de l’enquête préliminaire est précisément « d’empêcher l’accusé de subir un procès public inutile, voire abusif, lorsque la poursuite ne possède aucun élément de preuve justifiant la continuation de l’instance » (*Skogman c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 93, p. 105) et cet objectif est plus dominant encore lorsqu’il s’agit d’un adolescent, que l’on veut soustraire au stigmate rattaché aux poursuites criminelles. [par. 40]

[96] Il est clair que le par. 536(4) s’applique « sous réserve de l’article 577 », qui autorise les mises en accusation directes. En revanche, à mon avis, l’omission de la formule « sous réserve de l’article 577 » dans le par. 67(7) de la *LSJPA* est révélatrice. En effet, son absence dans la disposition applicable aux adolescents constitue, il me semble, une indication supplémentaire de l’intention du législateur de ne pas permettre que les adolescents fassent l’objet de mises en accusation directes.

[97] La formule « sous réserve de l’article 577 » a été ajoutée au libellé du par. 536(4) du *Code criminel* en 2002, année de l’adoption de la *LSJPA*. L’historique législatif des par. 536(4) et 67(7) confirme que ces dispositions ont été examinées pendant la même session législative — à savoir, la 1^{re} session de la 37^e législature — et ont été présentées par la même ministre de la Justice, l’honorable Anne McLellan.

	Bill C-7: The Youth Criminal Justice Act	Bill C-15A: An Act to Amend the Criminal Code and to Amend Other Acts
First Reading	5 February 2001	14 March 2001
Second Reading	26 March 2001	26 September 2001
Third Reading	29 May 2001	18 October 2001
Royal Assent	19 February 2002	4 June 2002
Statute	Statutes of Canada 2002, c. 1	Statutes of Canada 2002, c. 13

[98] In the second reading debate on Bill C-15 (later becoming Bill C-15A) on May 3, 2001, the Justice Minister said:

The objectives . . . are to simplify trial procedure, modernize the criminal justice system and enhance its efficiency through the increased use of technology, better protect victims and witnesses in criminal trials, and provide speedy trials in accordance with [C]harter requirements.

(*House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001, p. 3583)

In response to a question about preliminary inquiries before the Standing Committee on Justice and Human Rights, on October 2, 2001, she said:

Regarding preliminary inquiries, this is an instalment. I think the provinces and territories would like us to look at more radical reform as it relates to preliminary inquiries. You rightly identified that there is grave concern from the criminal defence bar, and that is something we will continue to work on. What we're doing here is streamlining the use of the preliminary inquiry.

(House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Minutes of*

	Projet de loi C-7 : Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents	Projet de loi C-15A : Loi modifiant le Code criminel et d'autres lois
Première lecture	5 février 2001	14 mars 2001
Deuxième lecture	26 mars 2001	26 septembre 2001
Troisième lecture	29 mai 2001	18 octobre 2001
Sanction royale	19 février 2002	4 juin 2002
Lois	Lois du Canada 2002, ch. 1	Lois du Canada 2002, ch. 13

[98] Le 3 mai 2001, lors de la deuxième lecture du projet de loi C-15 (devenu ensuite le projet de loi C-15A), la ministre de la Justice a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION] [On] visait à simplifier les procédures qui régissent les procès, à moderniser le système de justice pénale et à en accroître l'efficacité grâce au recours à la technologie, à mieux protéger les victimes et les témoins dans les procès criminels et à offrir des procès rapides conformément aux dispositions de la Charte.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 3 mai 2001, p. 3583)

Le 2 octobre 2001, devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne, elle a répondu comme suit à une question sur les enquêtes préliminaires :

[TRADUCTION] S'agissant des enquêtes préliminaires, c'est un des volets. Je pense que les provinces et les territoires aimeraient que nous envisagions une réforme plus radicale dans le cas des enquêtes préliminaires. Vous avez dit, avec raison, que [les avocats de la défense] avai[en]t de graves réserves, et nous allons donc continuer à travailler sur ce dossier. En fait, ce que nous faisons ici, c'est une simplification du recours à l'enquête préliminaire.

(Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Procès-*

Proceedings and Evidence, 1st Sess., 37th Parl., October 2, 2001 (online: <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=%20652651&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=E>)

[99] It is therefore evident that the issue of narrowing the scope and availability of preliminary inquiries was a live one for the government. Bill C-15A included amendments to s. 67 of the *YCJA* including ss. 67(2), 67(4) and 67(7), yet the government declined the opportunity to amend the *YCJA* as it had the *Criminal Code* by adding the phrase “subject to section 577” to the *YCJA*. The fact, therefore, that s. 67(7) contains no exceptions to the holding of a preliminary inquiry, despite the coterminous consideration and implementation of the two provisions in the two different statutes, is, to me, a cogent indicator that Parliament did not intend that the preliminary inquiry for young persons facing an adult sentence be eliminated through direct indictments.

[100] In any event, if there is doubt as to the proper interpretation of s. 67(7), this doubt should be resolved in favour of the young person. As Bastarache J. affirmed in *R. v. C.D.*, 2005 SCC 78, [2005] 3 S.C.R. 668, “where two interpretations of a provision which affects the liberty of a subject are available, one of which is more favourable to an accused, then the court should adopt this favourable interpretation” (para. 50, aff’g *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 29).

[101] Moreover, this Court’s jurisprudence has consistently directed that young persons are uniquely entitled to enhanced procedural protections, whether or not they are available to adults. In *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252, Lamer C.J. wrote that “what distinguishes this legislation from the *Criminal Code* is the fact that it creates a special regime for young persons. The essence of the young offenders legislation is a distinction based on age and on the

verbaux et témoignages, 1^{re} sess., 37^e lég., 2 octobre 2001 (en ligne : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=%20652651&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F>)

[99] Par conséquent, il ne fait aucun doute que le gouvernement envisageait sérieusement de restreindre la portée des enquêtes préliminaires et d’en limiter le nombre. Le projet de loi C-15A comprenait des modifications à l’art. 67 de la *LSJPA*, y compris des modifications aux par. 67(2), 67(4) et 67(7). Le gouvernement a toutefois choisi de ne pas profiter de l’occasion pour modifier la *LSJPA* comme il avait modifié le *Code criminel* en y ajoutant la formule « sous réserve de l’article 577 ». Ainsi, j’estime que l’absence d’exception à la tenue d’enquêtes préliminaires au par. 67(7) — malgré la concordance temporelle de l’examen et de la mise en œuvre des deux dispositions de ces deux lois — indique de manière convaincante que le législateur n’avait pas l’intention d’éliminer la tenue d’enquêtes préliminaires relativement aux adolescents susceptibles d’être assujettis à une peine applicable aux adultes en permettant le recours à la mise en accusation directe.

[100] Quoi qu’il en soit, s’il y a un doute quant à l’interprétation juste du par. 67(7), il convient de le dissiper en faveur de l’adolescent. Dans l’arrêt *R. c. C.D.*, 2005 CSC 78, [2005] 3 R.C.S. 668, le juge Bastarache a déclaré que, « dans le cas où il est possible de donner deux interprétations à une disposition qui porte atteinte à la liberté d’une personne, dont l’une serait plus favorable à un accusé, [. . .] la cour devrait adopter l’interprétation qui favorise l’accusé » (par. 50, conf. *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 29).

[101] Qui plus est, notre Cour a constamment jugé que les adolescents ont un droit qui leur est propre à la prise de mesures procédurales supplémentaires, que ces garanties soient ou non offertes aux adultes. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, le juge en chef Lamer s’est exprimé en ces termes : « cette législation se distingue du *Code criminel* en ce qu’elle crée un régime législatif particulier pour les adolescents. L’essence même de la législation

diminished responsibility associated with this distinction” (p. 268). As Fish J. notably observed in *R. v. L.T.H.*, 2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739, “Parliament has considered it right and necessary to afford young persons rights and procedural safeguards which they alone enjoy” (para. 46).

[102] Section 140 of the *YCJA* states that the *Criminal Code* applies “[e]xcept to the extent that it is inconsistent with” the *YCJA*. And s. 67(9) of the *YCJA* states that proceedings in which a preliminary inquiry is contemplated are to be conducted in accordance with Parts XIX and XX of the *Criminal Code* “with any modifications that the circumstances require”. Together, these are clear statutory directions that the *Criminal Code* is not to be applied in a way that derogates from the unique conceptual, procedural and substantive legal terrain inhabited by the *YCJA*.

[103] If s. 577 of the *Criminal Code* overrides s. 67(7) of the *YCJA*, the young person would be denied access to the only possible screening mechanism before being subject to an adult sentence. It seems odd to me to think that Parliament would have intended that the *YCJA*, despite its muscular rhetoric protecting the singular procedural entitlements of young persons, would at the same time have intended such an unobstructed and unscrutinized route to the most onerous of possible penalties under the statutory scheme.

[104] I would therefore dismiss the appeal.

APPENDIX

Juvenile Delinquents Act, 1908, S.C. 1908, c. 40

2. In this Act, unless the context otherwise requires, —

. . .

sur les jeunes contrevenants repose sur une différence fondée sur l’âge et sur la responsabilité moindre attachée à cette distinction » (p. 268). En outre, comme l’a fait remarquer le juge Fish dans un passage digne de mention de l’arrêt *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739, le « Parlement a cru juste et nécessaire d’accorder aux adolescents des droits et des garanties procédurales dont ils sont les seuls à bénéficier » (par. 46).

[102] Suivant l’article 140 de la *LSJPA*, les dispositions du *Code criminel* s’appliquent « [d]ans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec » la *LSJPA*. Quant au par. 67(9) de la *LSJPA*, il précise que les poursuites dans le cadre desquelles la tenue d’une enquête préliminaire est envisagée sont régies par les parties XIX et XX du *Code criminel*, « avec les adaptations nécessaires ». Prises conjointement, ces dispositions indiquent clairement que le *Code criminel* ne doit pas être appliqué de manière à porter atteinte à l’espace légal conceptuel, procédural et de fond unique occupé par la *LSJPA*.

[103] Si l’article 577 du *Code criminel* l’emportait sur le par. 67(7) de la *LSJPA*, cela aurait pour effet de priver l’adolescent de l’accès au seul mécanisme de filtrage disponible avant son assujettissement éventuel à une peine applicable aux adultes. À mon avis, il serait étonnant que le législateur ait voulu que la *LSJPA*, en dépit de sa rhétorique musclée visant à protéger les garanties procédurales particulières prévues à l’intention des adolescents, permette sans autre formalité l’assujettissement éventuel des adolescents aux peines les plus sévères prévues par la loi.

[104] Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

ANNEXE

Loi des jeunes délinquants, 190[8], S.C. 1908, ch. 40

2. Dans la présente loi, à moins que le contexte n’exige une interprétation différente —

. . .

(f) “the court” or “the Juvenile Court” means any court duly established under any provincial statute for the purpose of dealing with juvenile delinquents, or specially authorized by provincial statute, the Governor in Council, or the Lieutenant Governor in Council, to deal with juvenile delinquents;

(g) “the judge” means the judge of a Juvenile Court seized of the case, or the justice, specially authorized by Dominion or provincial authority to deal with juvenile delinquents, seized of the case;

. . . .

4. The Juvenile Court shall have exclusive jurisdiction in cases of delinquency except as provided in section 7 of this Act.

7. Where the act complained of is, under the provisions of *The Criminal Code* or otherwise, an indictable offence, and the accused child is apparently or actually over the age of fourteen years, the court may, in its discretion, order the child to be proceeded against by indictment in the ordinary courts in accordance with the provisions of *The Criminal Code* in that behalf; but such course shall in no case be followed unless the court is of the opinion that the good of the child and the interest of the community demand it. The court may, in its discretion, at any time before any proceeding has been initiated against the child in the ordinary criminal courts, rescind an order so made.

31. This Act shall be liberally construed to the end that its purpose may be carried out, to wit: That the care and custody and discipline of a juvenile delinquent shall approximate as nearly as may be that which should be given by its parents, and that as far as practicable every juvenile delinquent shall be treated, not as a criminal, but as a misdirected and misguided child, and one needing aid, encouragement, help and assistance.

Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3

2. (1) In this Act

. . . .

“court” or “juvenile court” means any court duly established under any provincial statute for the purpose of dealing with juvenile delinquents, or specially authorized by provincial statute, the Governor in

(f) l’expression « la cour » ou « la cour des jeunes délinquants » signifie toute cour dûment établie en vertu d’un statut provincial pour prononcer sur les cas de jeunes délinquants, ou spécialement autorisée par un statut provincial, par le Gouverneur en conseil ou le Lieutenant-gouverneur en conseil à prononcer sur ces cas;

(g) l’expression « le juge » signifie le juge de la cour des jeunes délinquants saisie de la cause, ou le juge de paix spécialement autorisé par l’autorité fédérale ou provinciale à se prononcer sur les cas de jeunes délinquants, et saisi de la cause;

. . . .

4. La cour des jeunes délinquants a juridiction exclusive dans les cas de délits, sauf en ce qui est prévu à l’article 7 de la présente loi.

7. Lorsque l’infraction qui fait le sujet de la plainte est, aux termes des dispositions du Code criminel ou autrement, un acte criminel, et que l’enfant accusé est apparemment ou effectivement âgé de plus de quatorze ans, la cour peut, à sa discrétion, mais seulement si elle est d’avis que le bien de l’enfant et l’intérêt de la société l’exigent, ordonner que cet enfant soit poursuivi par voie d’accusation dans les cours ordinaires, conformément aux dispositions du Code criminel. La cour peut, à sa discrétion, en tout temps avant l’institution de procédures contre l’enfant dans les cours criminelles ordinaires, révoquer cet ordre.

31. La présente loi doit être libéralement interprétée afin que son objet puisse être atteint, savoir : que le soin, la surveillance et la discipline d’un jeune délinquant ressemblent autant que possible à ceux qui lui seraient donnés par ses parents, et que, autant qu’il est praticable, chaque jeune délinquant soit traité, non comme un criminel, mais comme un enfant mal dirigé, ayant besoin d’aide, d’encouragement et de secours.

Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, ch. J-3

2. (1) Dans la présente loi

. . . .

« la cour » ou « la cour pour jeunes délinquants » signifie toute cour régulièrement établie en vertu d’un statut provincial pour connaître des cas de jeunes délinquants, ou spécialement autorisée par un

Council, or the lieutenant governor in council, to deal with juvenile delinquents;

statut provincial, par le gouverneur en conseil ou par le lieutenant-gouverneur en conseil à connaître de ces cas;

“judge” means the judge of a juvenile court seized of the case, or the justice, specially authorized by federal or provincial authority to deal with juvenile delinquents, seized of the case;

« juge » signifie le juge d’une cour pour jeunes délinquants saisie de la cause, ou le juge de paix spécialement autorisé par l’autorité fédérale ou provinciale à prononcer sur les jeunes délinquants, et saisi de la cause;

4. Except as provided in section 9, the juvenile court has exclusive jurisdiction in cases of delinquency including cases where, after the committing of the delinquency, the child has passed the age limit mentioned in the definition “child” in subsection 2(1).

4. Sauf les dispositions de l’article 9, la cour pour jeunes délinquants a juridiction exclusive dans les cas de délit y compris les cas où, après avoir commis le délit, l’enfant a dépassé la limite d’âge mentionnée à la définition de « enfant » au paragraphe 2(1).

9. (1) Where the act complained of is, under the provisions of the *Criminal Code* or otherwise, an indictable offence, and the accused child is apparently or actually over the age of fourteen years, the court may, in its discretion, order the child to be proceeded against by indictment in the ordinary courts in accordance with the provisions of the *Criminal Code* in that behalf; but such course shall in no case be followed unless the court is of the opinion that the good of the child and the interest of the community demand it.

9. (1) Lorsque l’infraction qui fait le sujet de la plainte est, aux termes des dispositions du *Code criminel* ou autrement, un acte criminel, et que l’enfant accusé est apparemment ou effectivement âgé de plus de quatorze ans, la cour peut, à sa discrétion, ordonner que cet enfant soit poursuivi par voie de mise en accusation dans les cours ordinaires, conformément aux dispositions du *Code criminel* à ce sujet; mais cette mesure ne doit être prise que lorsque la cour est d’avis que le bien de l’enfant et l’intérêt de la société l’exigent.

(2) The court may, in its discretion, at any time before any proceeding has been initiated against the child in the ordinary criminal courts, rescind an order so made.

(2) La cour peut, à sa discrétion, en tout temps avant l’ouverture de procédures contre l’enfant dans les cours criminelles ordinaires, révoquer cet ordre.

38. This Act shall be liberally construed in order that its purpose may be carried out, namely, that the care and custody and discipline of a juvenile delinquent shall approximate as nearly as may be that which should be given by his parents, and that as far as practicable every juvenile delinquent shall be treated, not as [a] criminal, but as a misdirected and misguided child, and one needing aid, encouragement, help and assistance.

38. La présente loi doit être libéralement interprétée afin que son objet puisse être atteint, savoir : que le soin, la surveillance et la discipline d’un jeune délinquant ressemblent autant que possible à ceux qui lui seraient donnés par ses père et mère, et que, autant qu’il est praticable, chaque jeune délinquant soit traité, non comme un criminel, mais comme un enfant mal dirigé, ayant besoin d’aide, d’encouragement et de secours.

Young Offenders Act, R.S.C. 1985, c. Y-1 (provisions in force from December 1, 1995 to March 31, 2003)

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. 1985, ch. Y-1 (telles qu’en vigueur du 1^{er} décembre 1995 au 31 mars 2003)

16. (1) [Transfer to ordinary court] Subject to subsection (1.01), at any time after an information is laid against a young person alleged to have, after attaining the age of fourteen years, committed an indictable offence other than an offence referred to in section 553

16. (1) [Renvoi à la juridiction normalement compétente] Sous réserve du paragraphe (1.01), dans les cas où un adolescent, à la suite d’une dénonciation, se voit imputer un acte criminel autre que celui visé à l’article 553 du *Code criminel*, qu’il aurait commis après avoir

of the *Criminal Code* but prior to adjudication, a youth court shall, on application of the young person or the young person's counsel or the Attorney General or an agent of the Attorney General, determine, in accordance with subsection (1.1), whether the young person should be proceeded against in ordinary court.

(1.1) [Order] In making the determination referred to in subsection (1) or (1.03), the youth court, after affording both parties and the parents of the young person an opportunity to be heard, shall consider the interest of society, which includes the objectives of affording protection to the public and rehabilitation of the young person, and determine whether those objectives can be reconciled by the youth being under the jurisdiction of the youth court, and

(a) if the court is of the opinion that those objectives can be so reconciled, the court shall

(i) in the case of an application under subsection (1), refuse to make an order that the young person be proceeded against in ordinary court, and

(ii) in the case of an application under subsection (1.01), order that the young person be proceeded against in youth court; or

(b) if the court is of the opinion that those objectives cannot be so reconciled, protection of the public shall be paramount and the court shall

(i) in the case of an application under subsection (1), order that the young person be proceeded against in ordinary court in accordance with the law ordinarily applicable to an adult charged with the offence, and

(ii) in the case of an application under subsection (1.01), refuse to make an order that the young person be proceeded against in youth court.

(2) [Considerations by youth court] In making the determination referred to in subsection (1) or (1.03) in respect of a young person, a youth court shall take into account

(a) the seriousness of the alleged offence and the circumstances in which it was allegedly committed;

(b) the age, maturity, character and background of the young person and any record or summary of

atteint l'âge de quatorze ans, le tribunal pour adolescents doit, en tout état de cause avant de rendre son jugement, sur demande de l'adolescent ou de son avocat, du procureur général ou de son représentant, décider, conformément au paragraphe (1.1), si l'adolescent doit être jugé par la juridiction normalement compétente.

(1.1) [Ordonnance] Pour prendre la décision visée aux paragraphes (1) ou (1.03), le tribunal pour adolescents, après avoir donné aux deux parties et aux père et mère de l'adolescent l'occasion de se faire entendre, doit tenir compte de l'intérêt de la société, notamment la protection du public et la réinsertion sociale de l'adolescent, et déterminer s'il est possible de concilier ces deux objectifs en plaçant celui-ci sous sa compétence; ainsi il doit :

a) s'il estime que cela est possible, refuser d'ordonner le renvoi de l'adolescent visé par une demande présentée en vertu du paragraphe (1) devant la juridiction normalement compétente, ou ordonner le renvoi de l'adolescent visé par une demande présentée en vertu du paragraphe (1.01) devant le tribunal pour adolescents;

b) s'il estime que cela n'est pas possible, la protection du public ayant priorité, ordonner le renvoi de l'adolescent visé par une demande présentée en vertu du paragraphe (1) devant la juridiction normalement compétente pour qu'il y soit jugé en conformité avec les règles normalement applicables en la matière, ou refuser d'ordonner le renvoi de l'adolescent visé par une demande présentée en vertu du paragraphe (1.01) devant le tribunal pour adolescents.

(2) [Éléments dont le tribunal pour adolescents doit tenir compte] Pour prendre la décision visée aux paragraphes (1) ou (1.03) à l'égard d'un adolescent, le tribunal pour adolescents doit tenir compte des éléments suivants :

a) la gravité de l'infraction et ses circonstances;

b) l'âge, le degré de maturité, le caractère et les antécédents de l'adolescent, de même que tout

previous findings of delinquency under the *Juvenile Delinquents Act*, chapter J-3 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or previous findings of guilt under this Act or any other Act of Parliament or any regulation made thereunder;

(c) the adequacy of this Act, and the adequacy of the *Criminal Code* or any other Act of Parliament that would apply in respect of the young person if an order were made under this section, to meet the circumstances of the case;

(d) the availability of treatment or correctional resources;

(e) any representations made to the court by or on behalf of the young person or by the Attorney General or his agent; and

(f) any other factors that the court considers relevant.

(3) [Pre-disposition reports] In making the determination referred to in subsection (1) or (1.03) in respect of a young person, a youth court shall consider a pre-disposition report.

(7) [Effect of order] Where an order is made under this section pursuant to an application under subsection (1), proceedings under this Act shall be discontinued and the young person against whom the proceedings are taken shall be taken before the ordinary court.

Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1

3. (1) [Policy for Canada with respect to young persons] The following principles apply in this Act:

(a) the youth criminal justice system is intended to

(i) prevent crime by addressing the circumstances underlying a young person's offending behaviour,

(ii) rehabilitate young persons who commit offences and reintegrate them into society, and

(iii) ensure that a young person is subject to meaningful consequences for his or her offence

in order to promote the long-term protection of the public;

(b) the criminal justice system for young persons must be separate from that of adults and emphasize the following:

résumé des délits antérieurs relevant de la *Loi sur les jeunes délinquants*, chapitre J-3 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou des déclarations de culpabilité antérieures intervenues dans le cadre de la présente loi, de toute autre loi fédérale ou de leurs règlements d'application;

c) l'opportunité, compte tenu des circonstances de l'espèce, de soumettre l'adolescent à la présente loi ou au *Code criminel* ou à une autre loi fédérale, si une ordonnance était rendue en conformité avec le présent article;

d) l'existence de moyens de traitement ou de réadaptation;

e) les observations qui lui ont été présentées par l'adolescent ou en son nom, par le procureur général ou par le représentant de celui-ci;

f) tous autres éléments qu'il considère pertinents.

(3) [Rapport préalable à la décision] Pour prendre la décision visée aux paragraphes (1) ou (1.03) à l'égard d'un adolescent, le tribunal pour adolescents doit examiner le rapport prédécisionnel.

(7) [Effet de l'ordonnance] Le prononcé d'une ordonnance sur le fondement du paragraphe (1) entraîne l'abandon de l'instance engagée en vertu de la présente loi et le renvoi de l'adolescent visé devant la juridiction normalement compétente.

Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1

3. (1) [Politique canadienne à l'égard des adolescents] Les principes suivants s'appliquent à la présente loi :

a) le système de justice pénale pour adolescents vise à prévenir le crime par la suppression des causes sous-jacentes à la criminalité chez les adolescents, à les réadapter et à les réinsérer dans la société et à assurer la prise de mesures leur offrant des perspectives positives en vue de favoriser la protection durable du public;

b) le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui pour les adultes et mettre l'accent sur :

- (i) rehabilitation and reintegration,
- (ii) fair and proportionate accountability that is consistent with the greater dependency of young persons and their reduced level of maturity,
- (iii) enhanced procedural protection to ensure that young persons are treated fairly and that their rights, including their right to privacy, are protected,
- (iv) timely intervention that reinforces the link between the offending behaviour and its consequences, and
- (v) the promptness and speed with which persons responsible for enforcing this Act must act, given young persons' perception of time;
- (c) within the limits of fair and proportionate accountability, the measures taken against young persons who commit offences should
- (i) reinforce respect for societal values,
- (ii) encourage the repair of harm done to victims and the community,
- (iii) be meaningful for the individual young person given his or her needs and level of development and, where appropriate, involve the parents, the extended family, the community and social or other agencies in the young person's rehabilitation and reintegration, and
- (iv) respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and respond to the needs of aboriginal young persons and of young persons with special requirements; and
- (d) special considerations apply in respect of proceedings against young persons and, in particular,
- (i) young persons have rights and freedoms in their own right, such as a right to be heard in the course of and to participate in the processes, other than the decision to prosecute, that lead to decisions that affect them, and young persons have special guarantees of their rights and freedoms,
- (ii) victims should be treated with courtesy, compassion and respect for their dignity and
- (i) leur réadaptation et leur réinsertion sociale,
- (ii) une responsabilité juste et proportionnelle, compatible avec leur état de dépendance et leur degré de maturité,
- (iii) la prise de mesures procédurales supplémentaires pour leur assurer un traitement équitable et la protection de leurs droits, notamment en ce qui touche leur vie privée,
- (iv) la prise de mesures opportunes qui établissent clairement le lien entre le comportement délictueux et ses conséquences,
- (v) la diligence et la célérité avec lesquelles doivent intervenir les personnes chargées de l'application de la présente loi, compte tenu du sens qu'a le temps dans la vie des adolescents;
- c) les mesures prises à l'égard des adolescents, en plus de respecter le principe de la responsabilité juste et proportionnelle, doivent viser à :
- (i) renforcer leur respect pour les valeurs de la société,
- (ii) favoriser la réparation des dommages causés à la victime et à la collectivité,
- (iii) leur offrir des perspectives positives, compte tenu de leurs besoins et de leur niveau de développement, et, le cas échéant, faire participer leurs père et mère, leur famille étendue, les membres de leur collectivité et certains organismes sociaux ou autres à leur réadaptation et leur réinsertion sociale,
- (iv) prendre en compte tant les différences ethniques, culturelles, linguistiques et entre les sexes que les besoins propres aux adolescents autochtones et à d'autres groupes particuliers d'adolescents;
- d) des règles spéciales s'appliquent aux procédures intentées contre les adolescents. Au titre de celles-ci :
- (i) les adolescents jouissent, et ce personnellement, de droits et libertés, notamment le droit de se faire entendre dans le cadre des procédures conduisant à des décisions qui les touchent — sauf la décision d'entamer des poursuites — et de prendre part à ces procédures, ces droits et libertés étant assortis de mesures de protection spéciales,
- (ii) les victimes doivent être traitées avec courtoisie et compassion, sans qu'il ne soit porté

privacy and should suffer the minimum degree of inconvenience as a result of their involvement with the youth criminal justice system,

(iii) victims should be provided with information about the proceedings and given an opportunity to participate and be heard, and

(iv) parents should be informed of measures or proceedings involving their children and encouraged to support them in addressing their offending behaviour.

(2) [Act to be liberally construed] This Act shall be liberally construed so as to ensure that young persons are dealt with in accordance with the principles set out in subsection (1).

14. (1) [Exclusive jurisdiction of youth justice court] Despite any other Act of Parliament but subject to the *Contraventions Act* and the *National Defence Act*, a youth justice court has exclusive jurisdiction in respect of any offence alleged to have been committed by a person while he or she was a young person, and that person shall be dealt with as provided in this Act.

(2) [Orders] A youth justice court has jurisdiction to make orders against a young person under sections 810 (recognizance — fear of injury or damage), 810.01 (recognizance — fear of criminal organization offence) and 810.2 (recognizance — fear of serious personal injury offence) of the *Criminal Code*. If the young person fails or refuses to enter into a recognizance referred to in any of those sections, the court may impose any one of the sanctions set out in subsection 42(2) (youth sentences) except that, in the case of an order under paragraph 42(2)(n) (custody and supervision order), it shall not exceed thirty days.

(3) [Prosecution prohibited] Unless the Attorney General and the young person agree, no extrajudicial measures shall be taken or judicial proceedings commenced under this Act in respect of an offence after the end of the time limit set out in any other Act of Parliament or any regulation made under it for the institution of proceedings in respect of that offence.

(4) [Continuation of proceedings] Extrajudicial measures taken or judicial proceedings commenced under this Act against a young person may be continued under this Act after the person attains the age of eighteen years.

(5) [Young persons over the age of eighteen years] This Act applies to persons eighteen years old or older

atteinte à leur dignité ou à leur vie privée, et doivent subir le moins d'inconvénients possible du fait de leur participation au système de justice pénale pour les adolescents,

(iii) elles doivent aussi être informées des procédures intentées contre l'adolescent et avoir l'occasion d'y participer et d'y être entendues,

(iv) les père et mère de l'adolescent doivent être informés des mesures prises, ou des procédures intentées, à l'égard de celui-ci et être encouragés à lui offrir leur soutien.

(2) [Souplesse d'interprétation] La présente loi doit faire l'objet d'une interprétation large garantissant aux adolescents un traitement conforme aux principes énoncés au paragraphe (1).

14. (1) [Compétence exclusive du tribunal] Malgré toute autre loi fédérale, mais sous réserve de la *Loi sur les contraventions* et de la *Loi sur la défense nationale*, le tribunal a compétence exclusive pour toute infraction qu'une personne aurait commise au cours de son adolescence; la personne bénéficie alors des dispositions de la présente loi.

(2) [Ordonnances] Le tribunal a aussi compétence pour rendre à l'égard d'un adolescent l'ordonnance visée aux articles 810 (engagement — crainte de blessures ou dommages), 810.01 (engagement — crainte d'actes de gangstérisme) ou 810.2 (engagement — crainte de sévices à la personne) du *Code criminel*; dans le cas où l'adolescent omet ou refuse de contracter l'engagement prévu à ces articles, le tribunal peut lui imposer une des sanctions prévues au paragraphe 42(2) (peines spécifiques), sauf que, si la sanction est imposée en vertu de l'alinéa 42(2)n) (ordonnance de placement et de surveillance), celle-ci ne peut excéder trente jours.

(3) [Prescription] À moins d'entente à l'effet contraire entre le procureur général et l'adolescent, l'infraction dont le délai de prescription fixé par une autre loi fédérale ou par ses règlements est expiré ne peut donner lieu à des mesures judiciaires ou extrajudiciaires fondées sur la présente loi.

(4) [Continuation des mesures] Les mesures judiciaires ou extrajudiciaires prises sous le régime de la présente loi à l'égard d'un adolescent peuvent se continuer sous son régime après qu'il a atteint l'âge de dix-huit ans.

(5) [Mesures à l'égard d'un adolescent parvenu à l'âge adulte] La présente loi s'applique à la personne de

who are alleged to have committed an offence while a young person.

(6) [Powers of youth justice court judge] For the purpose of carrying out the provisions of this Act, a youth justice court judge is a justice and a provincial court judge and has the jurisdiction and powers of a summary conviction court under the *Criminal Code*.

(7) [Powers of a judge of a superior court] A judge of a superior court of criminal jurisdiction, when deemed to be a youth justice court judge for the purpose of a proceeding, retains the jurisdiction and powers of a superior court of criminal jurisdiction.

Appeals

37. . . .

(10) [Appeal to the Supreme Court of Canada] No appeal lies under subsection (1) from a judgment of the court of appeal in respect of a finding of guilt or an order dismissing an information or indictment to the Supreme Court of Canada unless leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

Purpose and Principles

38. (1) [Purpose] The purpose of sentencing under section 42 (youth sentences) is to hold a young person accountable for an offence through the imposition of just sanctions that have meaningful consequences for the young person and that promote his or her rehabilitation and reintegration into society, thereby contributing to the long-term protection of the public.

(2) [Sentencing principles] A youth justice court that imposes a youth sentence on a young person shall determine the sentence in accordance with the principles set out in section 3 and the following principles:

(a) the sentence must not result in a punishment that is greater than the punishment that would be appropriate for an adult who has been convicted of the same offence committed in similar circumstances;

(b) the sentence must be similar to the sentences imposed in the region on similar young persons found guilty of the same offence committed in similar circumstances;

(c) the sentence must be proportionate to the seriousness of the offence and the degree of responsibility of the young person for that offence;

(d) all available sanctions other than custody that are reasonable in the circumstances should be

plus de dix-huit ans qui aurait commis une infraction en cours d'adolescence.

(6) [Pouvoirs du juge du tribunal pour adolescents] Pour l'application de la présente loi, le juge du tribunal pour adolescents est juge de paix et juge de la cour provinciale et a les attributions que le *Code criminel* confère à la cour des poursuites sommaires.

(7) [Pouvoirs supplémentaires] Le juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle qui est réputé être un juge du tribunal pour adolescents conserve les attributions de cette cour.

Appels

37. . . .

(10) [Appel à la Cour suprême du Canada] Les jugements de la cour d'appel portant sur la déclaration de culpabilité ou sur l'ordonnance ayant rejeté une dénonciation ou un acte d'accusation ne sont pas susceptibles d'appel à la Cour suprême du Canada en vertu du paragraphe (1), sauf si celle-ci a donné une autorisation d'appel.

Objectif et principes

38. (1) [Objectif] L'assujettissement de l'adolescent aux peines visées à l'article 42 (peines spécifiques) a pour objectif de faire répondre celui-ci de l'infraction qu'il a commise par l'imposition de sanctions justes assorties de perspectives positives favorisant sa réadaptation et sa réinsertion sociale, en vue de favoriser la protection durable du public.

(2) [Principes de détermination de la peine] Le tribunal pour adolescents détermine la peine spécifique à imposer conformément aux principes énoncés à l'article 3 et aux principes suivants :

a) la peine ne doit en aucun cas aboutir à une peine plus grave que celle qui serait indiquée dans le cas d'un adulte coupable de la même infraction commise dans des circonstances semblables;

b) la peine doit être semblable à celle qui serait imposée dans la région à d'autres adolescents se trouvant dans une situation semblable pour la même infraction commise dans des circonstances semblables;

c) la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité de l'adolescent à l'égard de l'infraction;

d) toutes les sanctions applicables, à l'exception du placement sous garde, qui sont justifiées dans les

considered for all young persons, with particular attention to the circumstances of aboriginal young persons; and

- (e) subject to paragraph (c), the sentence must
- (i) be the least restrictive sentence that is capable of achieving the purpose set out in subsection (1),
 - (ii) be the one that is most likely to rehabilitate the young person and reintegrate him or her into society, and
 - (iii) promote a sense of responsibility in the young person, and an acknowledgement of the harm done to victims and the community.

(3) [Factors to be considered] In determining a youth sentence, the youth justice court shall take into account

- (a) the degree of participation by the young person in the commission of the offence;
- (b) the harm done to victims and whether it was intentional or reasonably foreseeable;
- (c) any reparation made by the young person to the victim or the community;
- (d) the time spent in detention by the young person as a result of the offence;
- (e) the previous findings of guilt of the young person; and
- (f) any other aggravating and mitigating circumstances related to the young person or the offence that are relevant to the purpose and principles set out in this section.

39. (1) [Committal to custody] A youth justice court shall not commit a young person to custody under section 42 (youth sentences) unless

- (a) the young person has committed a violent offence;
- (b) the young person has failed to comply with non-custodial sentences;
- (c) the young person has committed an indictable offence for which an adult would be liable to imprisonment for a term of more than two years and has a history that indicates a pattern of findings of guilt

circonstances doivent faire l'objet d'un examen, plus particulièrement en ce qui concerne les adolescents autochtones;

- e) sous réserve de l'alinéa c), la peine doit :
- (i) être la moins contraignante possible pour atteindre l'objectif mentionné au paragraphe (1),
 - (ii) lui offrir les meilleures chances de réadaptation et de réinsertion sociale,
 - (iii) susciter le sens et la conscience de ses responsabilités, notamment par la reconnaissance des dommages causés à la victime et à la collectivité.

(3) [Facteurs à prendre en compte lors de la détermination de la peine] Le tribunal détermine la peine spécifique à imposer en tenant également compte :

- a) du degré de participation de l'adolescent à l'infraction;
- b) des dommages causés à la victime et du fait qu'ils ont été causés intentionnellement ou étaient raisonnablement prévisibles;
- c) de la réparation par l'adolescent des dommages causés à la victime ou à la collectivité;
- d) du temps passé en détention par suite de l'infraction;
- e) des déclarations de culpabilité antérieures de l'adolescent;
- f) des autres circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation de l'adolescent et pertinentes au titre des principes et objectif énoncés au présent article.

39. (1) [Placement sous garde] Le tribunal pour adolescents n'impose une peine comportant le placement sous garde en application de l'article 42 (peines spécifiques) que si, selon le cas :

- a) l'adolescent a commis une infraction avec violence;
- b) il n'a pas respecté les peines ne comportant pas de placement sous garde qui lui ont déjà été imposées;
- c) il a commis un acte criminel pour lequel un adulte est passible d'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans après avoir fait l'objet de plusieurs déclarations de culpabilité dans le cadre de

under this Act or the *Young Offenders Act*, chapter Y-1 of the Revised Statutes of Canada, 1985; or

(d) in exceptional cases where the young person has committed an indictable offence, the aggravating circumstances of the offence are such that the imposition of a non-custodial sentence would be inconsistent with the purpose and principles set out in section 38.

(2) [Alternatives to custody] If any of paragraphs (1)(a) to (c) apply, a youth justice court shall not impose a custodial sentence under section 42 (youth sentences) unless the court has considered all alternatives to custody raised at the sentencing hearing that are reasonable in the circumstances, and determined that there is not a reasonable alternative, or combination of alternatives, that is in accordance with the purpose and principles set out in section 38.

(3) [Factors to be considered] In determining whether there is a reasonable alternative to custody, a youth justice court shall consider submissions relating to

- (a) the alternatives to custody that are available;
- (b) the likelihood that the young person will comply with a non-custodial sentence, taking into account his or her compliance with previous non-custodial sentences; and
- (c) the alternatives to custody that have been used in respect of young persons for similar offences committed in similar circumstances.

(4) [Imposition of same sentence] The previous imposition of a particular non-custodial sentence on a young person does not preclude a youth justice court from imposing the same or any other non-custodial sentence for another offence.

(5) [Custody as social measure prohibited] A youth justice court shall not use custody as a substitute for appropriate child protection, mental health or other social measures.

(6) [Pre-sentence report] Before imposing a custodial sentence under section 42 (youth sentences), a youth justice court shall consider a pre-sentence report and any sentencing proposal made by the young person or his or her counsel.

(7) [Report dispensed with] A youth justice court may, with the consent of the prosecutor and the young

la présente loi ou de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, chapitre Y-1 des Lois révisées du Canada (1985);

(d) il s'agit d'un cas exceptionnel où l'adolescent a commis un acte criminel et où les circonstances aggravantes de la perpétration de celui-ci sont telles que l'imposition d'une peine ne comportant pas de placement sous garde enfreindrait les principes et objectif énoncés à l'article 38.

(2) [Solutions de rechange] En cas d'application des alinéas (1)a), b) ou c), le tribunal pour adolescents n'impose le placement sous garde qu'en dernier recours après avoir examiné toutes les mesures de rechange proposées au cours de l'audience pour la détermination de la peine, raisonnables dans les circonstances, et être arrivé à la conclusion qu'aucune d'elles, même combinée à d'autres, ne serait conforme aux principes et objectif énoncés à l'article 38.

(3) [Facteurs à prendre en compte] Dans le cadre de son examen, il tient compte des observations faites sur :

- a) les mesures de rechange à sa disposition;
- b) le fait que l'adolescent se conformera vraisemblablement ou non à une peine ne comportant pas de placement sous garde, compte tenu du fait qu'il s'y soit ou non conformé par le passé;
- c) les mesures de rechange imposées à des adolescents pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables.

(4) [Imposition d'une peine ne comportant pas de placement sous garde] L'imposition à un adolescent d'une peine ne comportant pas de placement sous garde n'a pas pour effet d'empêcher que la même peine ou une autre peine ne comportant pas de placement sous garde lui soit imposée pour une autre infraction.

(5) [Substitution interdite] Le placement sous garde ne doit pas se substituer à des services de protection de la jeunesse ou de santé mentale, ou à d'autres mesures sociales plus appropriés.

(6) [Examen du rapport prédécisionnel] Avant d'imposer le placement sous garde en application de l'article 42 (peines spécifiques), le tribunal prend connaissance du rapport prédécisionnel et des propositions relatives à la peine à imposer faites par le poursuivant et l'adolescent ou son avocat.

(7) [Renonciation au rapport prédécisionnel] Il peut, avec le consentement du poursuivant et de l'adolescent

person or his or her counsel, dispense with a pre-sentence report if the court is satisfied that the report is not necessary.

(8) [Length of custody] In determining the length of a youth sentence that includes a custodial portion, a youth justice court shall be guided by the purpose and principles set out in section 38, and shall not take into consideration the fact that the supervision portion of the sentence may not be served in custody and that the sentence may be reviewed by the court under section 94.

(9) [Reasons] If a youth justice court imposes a youth sentence that includes a custodial portion, the court shall state the reasons why it has determined that a non-custodial sentence is not adequate to achieve the purpose set out in subsection 38(1), including, if applicable, the reasons why the case is an exceptional case under paragraph (1)(d).

67. (1) [Election — adult sentence] Subject to section 66, the youth justice court shall, before a young person enters a plea, put the young person to his or her election in the words set out in subsection (2) if

(a) the young person is charged with having committed an offence set out in paragraph (a) of the definition “presumptive offence” in subsection 2(1);

(b) the Attorney General has given notice under subsection 64(2) of the intention to seek an adult sentence for an offence committed after the young person has attained the age of fourteen years;

(c) the young person is charged with having committed first or second degree murder within the meaning of section 231 of the *Criminal Code* before the young person has attained the age of fourteen years; or

(d) the person to whom section 16 (status of accused uncertain) applies is charged with having, after attaining the age of fourteen years, committed an offence for which an adult would be entitled to an election under section 536 of the *Criminal Code*, or over which a superior court of criminal jurisdiction would have exclusive jurisdiction under section 469 of that Act.

(2) [Wording of election] The youth justice court shall put the young person to his or her election in the following words:

ou de son avocat, ne pas demander le rapport prédécisionnel s’il est convaincu de son inutilité.

(8) [Durée du placement sous garde] Il fixe la durée de la peine spécifique comportant une période de garde en tenant compte des principes et objectif énoncés à l’article 38, mais sans tenir compte du fait que la période de surveillance de la peine peut ne pas être purgée sous garde et que la peine peut faire l’objet de l’examen prévu à l’article 94.

(9) [Décision motivée] Toute peine spécifique comportant une période de garde doit donner les motifs pour lesquels une peine spécifique ne comportant pas de placement sous garde ne suffirait pas pour atteindre l’objectif mentionné au paragraphe 38(1), y compris, le cas échéant, les motifs pour lesquels il s’agit d’un cas exceptionnel visé à l’alinéa (1)d).

67. (1) [Choix en cas d’éventuel assujettissement à la peine applicable aux adultes] Sous réserve de l’article 66, le tribunal pour adolescents, avant la présentation du plaidoyer de l’adolescent, appelle celui-ci à faire son choix dans les termes prévus au paragraphe (2) lorsque :

a) soit l’adolescent est accusé d’une infraction désignée visée à l’alinéa a) de la définition de ce terme au paragraphe 2(1);

b) soit le procureur général a donné, au titre du paragraphe 64(2), avis de son intention d’obtenir l’assujettissement de l’adolescent à la peine applicable aux adultes à l’égard d’une infraction que celui-ci a commise après qu’il a atteint l’âge de quatorze ans;

c) soit l’adolescent est accusé d’un meurtre au premier ou au deuxième degré, au sens de l’article 231 du *Code criminel*, qu’il aurait commis avant d’avoir atteint l’âge de quatorze ans;

d) soit l’adolescent est visé à l’article 16 (incertitude sur le statut de l’accusé) et est accusé d’une infraction qu’il aurait commise après avoir atteint l’âge de quatorze ans et à l’égard de laquelle un adulte aurait le droit de faire un choix au titre de l’article 536 du *Code criminel* ou à l’égard de laquelle une cour supérieure de juridiction criminelle aurait eu compétence exclusive au titre de l’article 469 de cette loi.

(2) [Formule] Le tribunal pour adolescents appelle l’adolescent à faire son choix dans les termes suivants :

You have the option to elect to be tried by a youth justice court judge without a jury and without having had a preliminary inquiry; or you may elect to be tried by a judge without a jury; or you may elect to be tried by a court composed of a judge and jury. If you do not elect now, you are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury. If you elect to be tried by a judge without a jury or by a court composed of a judge and jury or if you are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury, you will have a preliminary inquiry only if you or the prosecutor requests one. How do you elect to be tried?

. . . .

(5) [Mode of trial where co-accused are young persons] When two or more young persons who are charged with the same offence, who are jointly charged in the same information or indictment or in respect of whom the Attorney General seeks joinder of counts that are set out in separate informations or indictments are put to their election, then, unless all of them elect or re-elect or are deemed to have elected, as the case may be, the same mode of trial, the youth justice court judge

(a) may decline to record any election, re-election or deemed election for trial by a youth justice court judge without a jury, a judge without a jury or, in Nunavut, a judge of the Nunavut Court [of] Justice without a jury; and

(b) if the judge declines to do so, shall hold a preliminary inquiry, if requested to do so by one of the parties, unless a preliminary inquiry has been held prior to the election, re-election or deemed election.

. . . .

(7) [Preliminary inquiry] When a young person elects to be tried by a judge without a jury, or elects or is deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury, the youth justice court referred to in subsection 13(1) shall, on the request of the young person or the prosecutor made at that time or within the period fixed by rules of court made under section 17 or 155 or, if there are no such rules, by the youth justice court judge, conduct a preliminary inquiry and if, on its

Vous avez le choix d'être jugé par un juge du tribunal pour adolescents sans jury et sans enquête préliminaire; ou vous pouvez choisir d'être jugé par un juge sans jury; ou encore vous pouvez choisir d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury. Si vous ne faites pas ce choix maintenant, vous êtes réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury. Si vous choisissez d'être jugé par un juge sans jury ou par un tribunal composé d'un juge et d'un jury ou êtes réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, une enquête préliminaire ne sera tenue que si vous ou le poursuivant en faites la demande. Comment choisissez-vous d'être jugé?

(5) [Mode de procès lorsqu'il y a plusieurs prévenus] Lorsque plusieurs adolescents sont inculpés de la même infraction ou sont inculpés conjointement dans la même dénonciation ou le même acte d'accusation ou que le procureur général requiert la réunion de chefs d'accusations figurant dans des dénonciations ou actes d'accusation distincts à l'égard de plusieurs adolescents, si tous ne choisissent pas en premier lieu ou comme nouveau choix ou ne sont pas réputés avoir choisi, selon le cas, le même mode de procès, le juge du tribunal pour adolescents :

a) peut refuser d'enregistrer le choix, le nouveau choix ou le choix présumé pour être jugé par un juge du tribunal pour adolescents sans jury ou un juge sans jury ou, dans une procédure au Nunavut, un juge de la Cour de justice du Nunavut sans jury;

b) s'il refuse de le faire, doit, sur demande d'une partie, tenir une enquête préliminaire sauf si une enquête préliminaire a été tenue avant le choix, le nouveau choix ou le choix présumé.

. . . .

(7) [Enquête préliminaire] Lorsque l'adolescent a choisi d'être jugé par un juge sans jury ou a choisi ou est réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, le tribunal pour adolescents mentionné au paragraphe 13(1) tient une enquête préliminaire sur demande présentée par l'adolescent ou le poursuivant à ce moment ou dans le délai prévu par les règles établies en vertu des articles 17 ou 155 ou, en l'absence de règles, dans le délai fixé par le juge du tribunal

conclusion, the young person is ordered to stand trial, the proceedings shall be conducted

- (a) before a judge without a jury or a court composed of a judge and jury, as the case may be; or
- (b) in Nunavut, before a judge of the Nunavut Court of Justice acting as a youth justice court, with or without a jury, as the case may be.

(7.1) [Preliminary inquiry if two or more accused] If two or more young persons are jointly charged in an information and one or more of them make a request for a preliminary inquiry under subsection (7), a preliminary inquiry must be held with respect to all of them.

(7.2) [When no request for preliminary inquiry] If no request for a preliminary inquiry is made under subsection (7), the youth justice court shall fix the date for the trial or the date on which the young person must appear in the trial court to have the date fixed.

(8) [Preliminary inquiry provisions of *Criminal Code*] The preliminary inquiry shall be conducted in accordance with the provisions of Part XVIII (procedure on preliminary inquiry) of the *Criminal Code*, except to the extent that they are inconsistent with this Act.

(9) [Parts XIX and XX of *Criminal Code*] Proceedings under this Act before a judge without a jury or a court composed of a judge and jury or, in Nunavut, a judge of the Nunavut Court of Justice acting as a youth justice court, with or without a jury, as the case may be, shall be conducted in accordance with the provisions of Parts XIX (indictable offences — trial without jury) and XX (procedure in jury trials and general provisions) of the *Criminal Code*, with any modifications that the circumstances require, except that

- (a) the provisions of this Act respecting the protection of privacy of young persons prevail over the provisions of the *Criminal Code*; and
- (b) the young person is entitled to be represented in court by counsel if the young person is removed from court in accordance with subsection 650(2) of the *Criminal Code*.

71. [Hearing — adult sentences] The youth justice court shall, at the commencement of the sentencing hearing, hold a hearing in respect of an application under subsection 63(1) (application for youth sentence) or 64(1) (application for adult sentence), unless the court has received notice that the application is not opposed. Both parties and the parents of the young

pour adolescents; dans le cas où il est renvoyé pour subir son procès, le procès a lieu devant un juge sans jury ou un tribunal composé d'un juge et d'un jury, selon le cas, ou, dans le cas d'une procédure au Nunavut, devant un juge de la Cour de justice du Nunavut, agissant à titre de tribunal pour adolescents, avec ou sans jury, selon le cas.

(7.1) [Plusieurs inculpés] Lorsque deux ou plusieurs adolescents font l'objet d'inculpations énoncées dans la même dénonciation et que l'un d'eux demande la tenue d'une enquête préliminaire au titre du paragraphe (7), une même enquête est tenue à l'égard de tous.

(7.2) [Fixation de la date du procès] Si la tenue d'une enquête préliminaire n'est pas demandée au titre du paragraphe (7), le tribunal pour adolescents fixe soit la date du procès, soit la date à laquelle l'adolescent devra comparaître pour connaître cette date.

(8) [Application des dispositions du *Code criminel* relatives à l'enquête préliminaire] L'enquête préliminaire est régie, dans la mesure où elles sont compatibles avec celles de la présente loi, par les dispositions de la partie XVIII (procédure à l'enquête préliminaire) du *Code criminel*.

(9) [Application des parties XIX et XX du *Code criminel*] Les poursuites intentées sous le régime de la présente loi devant un juge sans jury ou un tribunal composé d'un juge et d'un jury ou, dans le cas d'une procédure au Nunavut, devant un juge de la Cour de justice du Nunavut, agissant à titre de tribunal pour adolescents, avec ou sans jury, sont régies par les parties XIX (actes criminels — procès sans jury) et XX (procédures lors d'un procès devant jury — dispositions générales) du *Code criminel*, avec les adaptations nécessaires, sauf que :

- a) les dispositions de la présente loi relatives à la protection de la vie privée des adolescents l'emportent sur les dispositions du *Code criminel*;
- b) l'adolescent a le droit d'être représenté par un avocat si le tribunal le fait éloigner en application du paragraphe 650(2) du *Code criminel*.

71. [Audition des demandes] Sauf si elle a fait l'objet d'un avis de non-opposition, le tribunal saisi de la demande visée aux paragraphes 63(1) (demande de non-assujettissement à la peine applicable aux adultes) ou 64(1) (demande d'assujettissement à la peine applicable aux adultes) procède à l'audition de celle-ci dès le début de l'audience pour la détermination de la peine; il

person shall be given an opportunity to be heard at the hearing.

72. (1) [Test — adult sentences] In making its decision on an application heard in accordance with section 71, the youth justice court shall consider the seriousness and circumstances of the offence, and the age, maturity, character, background and previous record of the young person and any other factors that the court considers relevant, and

(a) if it is of the opinion that a youth sentence imposed in accordance with the purpose and principles set out in subparagraph 3(1)(b)(ii) and section 38 would have sufficient length to hold the young person accountable for his or her offending behaviour, it shall order that the young person is not liable to an adult sentence and that a youth sentence must be imposed; and

(b) if it is of the opinion that a youth sentence imposed in accordance with the purpose and principles set out in subparagraph 3(1)(b)(ii) and section 38 would not have sufficient length to hold the young person accountable for his or her offending behaviour, it shall order that an adult sentence be imposed.

(2) [Onus] The onus of satisfying the youth justice court as to the matters referred to in subsection (1) is with the applicant.

(3) [Pre-sentence reports] In making its decision, the youth justice court shall consider a pre-sentence report.

(4) [Court to state reasons] When the youth justice court makes an order under this section, it shall state the reasons for its decision.

(5) [Appeals] For the purposes of an appeal in accordance with section 37, an order under subsection (1) is part of the sentence.

Application of Criminal Code

140. [Application of *Criminal Code*] Except to the extent that it is inconsistent with or excluded by this Act, the provisions of the *Criminal Code* apply, with any modifications that the circumstances require, in respect of offences alleged to have been committed by young persons.

142. (1) [Part XXVII and summary conviction trial provisions of *Criminal Code* to apply] Subject to this section and except to the extent that they are inconsistent

donne aux deux parties et aux père et mère de l'adolescent l'occasion de se faire entendre.

72. (1) [Ordonnance d'assujettissement ou de non-assujettissement] Pour décider de la demande entendue conformément à l'article 71, le tribunal pour adolescents tient compte de la gravité de l'infraction et des circonstances de sa perpétration et de l'âge, de la maturité, de la personnalité, des antécédents et des condamnations antérieures de l'adolescent et de tout autre élément qu'il estime pertinent et :

a) dans le cas où il estime qu'une peine spécifique conforme aux principes et objectif énoncés au sous-alinéa 3(1)(b)(ii) et à l'article 38 est d'une durée suffisante pour tenir l'adolescent responsable de ses actes délictueux, il ordonne le non-assujettissement à la peine applicable aux adultes et l'imposition d'une peine spécifique;

b) dans le cas contraire, il ordonne l'imposition de la peine applicable aux adultes.

(2) [Fardeau] Il incombe au demandeur de démontrer que les conditions énoncées au paragraphe (1) sont remplies.

(3) [Rapport préalable au prononcé de la peine] Pour prononcer la peine visée au paragraphe (1), le tribunal pour adolescents doit examiner le rapport pré-décisionnel.

(4) [Motifs de l'ordonnance] Le tribunal pour adolescents, lorsqu'il rend une ordonnance en vertu du présent article, en indique les motifs.

(5) [Appel] Pour l'application de l'article 37, l'ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1) fait partie de la peine.

Application du Code criminel

140. [Application du *Code criminel*] Dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la présente loi ou écartées par celle-ci, les dispositions du *Code criminel* s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux infractions imputées aux adolescents.

142. (1) [Application de la partie XXVII et des dispositions en matière de déclaration de culpabilité par procédure sommaire du *Code criminel*] Sous réserve des

with this Act, the provisions of Part XXVII (summary conviction offences) of the *Criminal Code*, and any other provisions of that Act that apply in respect of summary conviction offences and relate to trial proceedings, apply to proceedings under this Act

(a) in respect of an order under section 810 (recognizance — fear of injury or damage), 810.01 (recognizance — fear of criminal organization offence) or 810.2 (recognizance — fear of serious personal injury offence) of that Act or an offence under section 811 (breach of recognizance) of that Act;

(b) in respect of a summary conviction offence; and

(c) in respect of an indictable offence as if it were defined in the enactment creating it as a summary conviction offence.

(2) [Indictable offences] For greater certainty and despite subsection (1) or any other provision of this Act, an indictable offence committed by a young person is, for the purposes of this Act or any other Act of Parliament, an indictable offence.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

PART XVIII
PROCEDURE ON
PRELIMINARY INQUIRY

Jurisdiction

535. [Inquiry by justice] If an accused who is charged with an indictable offence is before a justice and a request has been made for a preliminary inquiry under subsection 536(4) or 536.1(3), the justice shall, in accordance with this Part, inquire into the charge and any other indictable offence, in respect of the same transaction, founded on the facts that are disclosed by the evidence taken in accordance with this Part.

536. . . .

(2) [Election before justice in certain cases] If an accused is before a justice charged with an indictable offence, other than an offence listed in section 469, and the offence is not one over which a provincial court judge has absolute jurisdiction under section 553, the

autres dispositions du présent article et dans la mesure où elles sont compatibles avec la présente loi, les dispositions de la partie XXVII (déclaration de culpabilité par procédure sommaire) du *Code criminel* et les autres dispositions de cette loi applicables en matière d'infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et qui concernent les poursuites en première instance s'appliquent aux poursuites intentées dans le cadre de la présente loi et relatives :

a) aux ordonnances rendues en vertu des articles 810 (engagement — crainte de blessures ou dommages), 810.01 (engagement — crainte d'actes de gangstérisme) ou 810.2 (engagement — crainte de sévices à la personne) du *Code criminel* ou aux infractions prévues à l'article 811 (manquement à l'engagement) de cette loi;

b) aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire;

c) aux actes criminels, comme si les dispositions qui prévoient ceux-ci les avaient classés au rang des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(2) [Actes criminels] Il est entendu que, malgré le paragraphe (1) ou les autres dispositions de la présente loi, l'acte criminel commis par un adolescent est considéré comme tel pour l'application de la présente loi ou de toute autre loi.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

PARTIE XVIII
PROCÉDURE À
L'ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE

Jurisdiction

535. [Enquête par le juge de paix] Lorsqu'un prévenu inculpé d'un acte criminel est devant un juge de paix et qu'une demande a été présentée en vue de la tenue d'une enquête préliminaire au titre des paragraphes 536(4) ou 536.1(3), le juge de paix doit, en conformité avec la présente partie, enquêter sur l'accusation ainsi que sur tout autre acte criminel qui découle de la même affaire fondé sur les faits révélés par la preuve recueillie conformément à la présente partie.

536. . . .

(2) [Choix devant un juge de paix dans certains cas] Lorsqu'un prévenu est inculpé devant un juge de paix d'un acte criminel autre qu'une infraction mentionnée à l'article 469 et que l'infraction n'en est pas une à l'égard de laquelle un juge de la cour provinciale a compétence

justice shall, after the information has been read to the accused, put the accused to an election in the following words:

You have the option to elect to be tried by a provincial court judge without a jury and without having had a preliminary inquiry; or you may elect to be tried by a judge without a jury; or you may elect to be tried by a court composed of a judge and jury. If you do not elect now, you are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury. If you elect to be tried by a judge without a jury or by a court composed of a judge and jury or if you are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury, you will have a preliminary inquiry only if you or the prosecutor requests one. How do you elect to be tried?

(4) [Request for preliminary inquiry] If an accused elects to be tried by a judge without a jury or by a court composed of a judge and jury or does not elect when put to the election or is deemed under paragraph 565(1)(b) to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury or is charged with an offence listed in section 469, the justice shall, subject to section 577, on the request of the accused or the prosecutor made at that time or within the period fixed by rules of court made under section 482 or 482.1 or, if there are no such rules, by the justice, hold a preliminary inquiry into the charge.

(4.2) [Preliminary inquiry if two or more accused] If two or more persons are jointly charged in an information and one or more of them make a request for a preliminary inquiry under subsection (4), a preliminary inquiry must be held with respect to all of them.

(4.3) [When no request for preliminary inquiry] If no request for a preliminary inquiry is made under subsection (4), the justice shall fix the date for the trial or the date on which the accused must appear in the trial court to have the date fixed.

537. (1) [Powers of justice] A justice acting under this Part may

. . .

(i) regulate the course of the inquiry in any way that appears to the justice to be consistent with this Act and that, unless the justice is satisfied that to do so would be contrary to the best interests of the administration of justice, is in accordance

absolue en vertu de l'article 553, le juge de paix, après que la dénonciation a été lue au prévenu, l'appelle à faire son choix dans les termes suivants :

Vous avez le choix d'être jugé par un juge de la cour provinciale sans jury et sans enquête préliminaire; ou vous pouvez choisir d'être jugé par un juge sans jury; ou encore vous pouvez choisir d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury. Si vous ne faites pas ce choix maintenant, vous êtes réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury. Si vous choisissez d'être jugé par un juge sans jury ou par un tribunal composé d'un juge et d'un jury ou êtes réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, une enquête préliminaire ne sera tenue que si vous ou le poursuivant en faites la demande. Comment choisissez-vous d'être jugé?

(4) [Demande d'enquête préliminaire] Lorsqu'un prévenu choisit d'être jugé par un juge sans jury ou par un tribunal composé d'un juge et d'un jury ou est réputé, au titre de l'alinéa 565(1)b), avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury ou est accusé d'une infraction mentionnée à l'article 469 ou encore ne fait pas de choix, le juge de paix tient, sous réserve de l'article 577, une enquête préliminaire sur l'inculpation, sur demande présentée par le prévenu ou le poursuivant à ce moment ou dans le délai prévu par les règles établies en vertu des articles 482 ou 482.1, ou, en l'absence de règles, dans le délai fixé par lui.

(4.2) [Plusieurs inculpés] Lorsque deux ou plusieurs personnes font l'objet d'inculpations énoncées dans la même dénonciation et que l'une d'elles demande la tenue d'une enquête préliminaire au titre du paragraphe (4), une même enquête est tenue à l'égard de toutes ces personnes.

(4.3) [Enquête préliminaire non demandée] Si la tenue d'une enquête préliminaire n'est pas demandée au titre du paragraphe (4), le juge de paix fixe soit la date du procès, soit la date à laquelle le prévenu devra comparaître pour connaître cette date.

537. (1) [Pouvoirs du juge de paix] Un juge de paix agissant en vertu de la présente partie peut :

. . .

i) régler le cours de l'enquête de toute manière qui lui paraît désirable et qui n'est pas incompatible avec la présente loi et, sauf s'il est convaincu que cela ne servirait pas au mieux l'intérêt de la justice, est en conformité avec tout aveu et tout accord

with any admission of fact or agreement recorded under subsection 536.4(2) or agreement made under section 536.5;

consignés au dossier en application du paragraphe 536.4(2) avec ou tout accord intervenu au titre de l'article 536.5;

548. (1) [Order to stand trial or discharge] When all the evidence has been taken by the justice, he shall

(a) if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction, order the accused to stand trial; or

(b) discharge the accused, if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction.

548. (1) [Renvoi à procès ou libération] Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit :

a) renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante;

b) libérer l'accusé, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès.

PART XIX

INDICTABLE OFFENCES —
TRIAL WITHOUT JURY

PARTIE XIX

ACTES CRIMINELS —
PROCÈS SANS JURY

556. (1) [Organization] An accused organization shall appear by counsel or agent.

(2) [Non-appearance] Where an accused organization does not appear pursuant to a summons and service of the summons on the organization is proved, the provincial court judge or, in Nunavut, the judge of the Nunavut Court of Justice

(a) may, if the charge is one over which the judge has absolute jurisdiction, proceed with the trial of the charge in the absence of the accused organization; and

(b) shall, if the charge is not one over which the judge has absolute jurisdiction, fix the date for the trial or the date on which the accused organization must appear in the trial court to have that date fixed.

(3) [Preliminary inquiry not requested] If an accused organization appears and a preliminary inquiry is not requested under subsection 536(4), the provincial court judge shall fix the date for the trial or the date on which the organization must appear in the trial court to have that date fixed.

556. (1) [Organisation] L'organisation inculpée comparaît par avocat ou représentant.

(2) [Défaut de comparaître] En cas de défaut de comparution de l'organisation et sur preuve de signification de la sommation à celle-ci, le juge de la cour provinciale ou, au Nunavut, de la Cour de justice :

a) s'il a compétence absolue sur l'inculpation, peut procéder à l'instruction de celle-ci en l'absence de l'organisation inculpée;

b) sinon, doit fixer soit la date du procès, soit la date à laquelle l'organisation inculpée devra comparaître pour connaître cette date.

(3) [Enquête préliminaire non demandée] Lorsqu'une organisation inculpée comparaît et ne demande pas la tenue d'une enquête préliminaire au titre du paragraphe 536(4), le juge de la cour provinciale fixe soit la date du procès, soit la date à laquelle elle devra comparaître pour connaître cette date.

565. . . .

(2) [When direct indictment preferred] If an accused is to be tried after an indictment has been preferred against the accused pursuant to a consent or order given under section 577, the accused is, for the purposes of the provisions of this Part relating to election and re-election, deemed both to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury and not to have requested a preliminary inquiry under subsection 536(4) or 536.1(3) and may, with the written consent of the prosecutor, re-elect to be tried by a judge without a jury without a preliminary inquiry.

567. [Mode of trial when two or more accused] Despite any other provision of this Part, if two or more persons are jointly charged in an information, unless all of them elect or re-elect or are deemed to have elected the same mode of trial, the justice, provincial court judge or judge may decline to record any election, re-election or deemed election for trial by a provincial court judge or a judge without a jury.

. . .
PART XX**PROCEDURE IN JURY TRIALS AND
GENERAL PROVISIONS**
. . .

577. [Direct indictments] Despite section 574, an indictment may be preferred even if the accused has not been given the opportunity to request a preliminary inquiry, a preliminary inquiry has been commenced but not concluded or a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged, if

(a) in the case of a prosecution conducted by the Attorney General or one in which the Attorney General intervenes, the personal consent in writing of the Attorney General or Deputy Attorney General is filed in court; or

(b) in any other case, a judge of the court so orders.

591. (1) [Joinder of counts] Subject to section 589, any number of counts for any number of offences may be joined in the same indictment, but the counts shall be distinguished in the manner shown in Form 4.

565. . . .

(2) [Lorsqu'un acte d'accusation est présenté] Lorsqu'un prévenu doit subir son procès après qu'un acte d'accusation a été présenté contre lui en vertu d'un consentement donné ou d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 577, il est, pour l'application des dispositions de la présente partie relatives au choix et au nouveau choix, réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury et ne pas avoir demandé la tenue d'une enquête préliminaire au titre des paragraphes 536(4) ou 536.1(3). Il peut choisir de nouveau, avec le consentement écrit du poursuivant, d'être jugé par un juge sans jury et sans enquête préliminaire.

567. [Mode de procès lorsqu'il y a deux ou plusieurs prévenus] Nonobstant toute autre disposition de la présente partie, lorsque deux ou plusieurs personnes font l'objet d'inculpations énoncées dans une dénonciation, si toutes ne choisissent pas en premier lieu ou comme second choix ou ne sont pas réputées avoir choisi, selon le cas, le même mode de procès, le juge de paix ou le juge de la cour provinciale ou le juge peut refuser d'enregistrer le choix, le nouveau choix ou le choix présumé pour être jugé par un juge de la cour provinciale ou par un juge sans jury.

. . .
PARTIE XX**PROCÉDURE LORS D'UN PROCÈS DEVANT
JURY ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES**
. . .

577. [Acte d'accusation] Malgré le fait que le prévenu n'a pas eu la possibilité de demander la tenue d'une enquête préliminaire, que l'enquête préliminaire a débuté et n'est pas encore terminée ou qu'une enquête préliminaire a été tenue et le prévenu a été libéré, un acte d'accusation peut, malgré l'article 574, être présenté si, selon le cas :

a) dans le cas d'une poursuite qui est menée par le procureur général ou dans laquelle il intervient, le consentement personnel écrit de celui-ci ou du sous-procureur général est déposé au tribunal;

b) dans les autres cas, le juge du tribunal l'ordonne.

591. (1) [Réunion des chefs d'accusation] Sous réserve de l'article 589, un acte d'accusation peut contenir plusieurs chefs d'accusation visant plusieurs infractions, mais ils doivent être distingués de la façon prévue par la formule 4.

(2) [Each count separate] Where there is more than one count in an indictment, each count may be treated as a separate indictment.

(3) [Severance of accused and counts] The court may, where it is satisfied that the interests of justice so require, order

(a) that the accused or defendant be tried separately on one or more of the counts; and

(b) where there is more than one accused or defendant, that one or more of them be tried separately on one or more of the counts.

(4) [Order for severance] An order under subsection (3) may be made before or during the trial but, if the order is made during the trial, the jury shall be discharged from giving a verdict on the counts

(a) on which the trial does not proceed; or

(b) in respect of the accused or defendant who has been granted a separate trial.

(5) [Subsequent procedure] The counts in respect of which a jury is discharged pursuant to paragraph (4)(a) may subsequently be proceeded on in all respects as if they were contained in a separate indictment.

(6) [Idem] Where an order is made in respect of an accused or defendant under paragraph (3)(b), the accused or defendant may be tried separately on the counts in relation to which the order was made as if they were contained in a separate indictment.

. . .

PART XXI

APPEALS — INDICTABLE OFFENCES

. . .

691. (1) [Appeal from conviction] A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents; or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

(2) [Chaque chef d'accusation est distinct] Lorsqu'un acte d'accusation comporte plus d'un chef, chaque chef peut être traité comme un acte d'accusation distinct.

(3) [Procès distincts pour chaque chef d'accusation ou pour chaque accusé] Lorsqu'il est convaincu que les intérêts de la justice l'exigent, le tribunal peut ordonner :

a) que l'accusé ou le défendeur subisse son procès séparément sur un ou plusieurs chefs d'accusation;

b) s'il y a plusieurs accusés ou défendeurs, qu'ils subissent leur procès séparément sur un ou plusieurs chefs d'accusation.

(4) [Ordonnance en vue d'un procès distinct] Une ordonnance visée au paragraphe (3) peut être rendue avant ou pendant le procès, mais dans ce dernier cas, le jury est dispensé de rendre un verdict sur les chefs d'accusation :

a) soit à l'égard desquels le procès ne suit pas son cours;

b) soit concernant l'accusé ou le défendeur appelé à subir un procès séparé.

(5) [Procédure subséquente] Les chefs d'accusation au sujet desquels un jury est dispensé de rendre un verdict, selon l'alinéa (4)a), peuvent être subséquemment traités à tous égards comme s'ils étaient contenus dans un acte d'accusation distinct.

(6) [Idem] Lorsqu'une ordonnance est rendue en vertu de l'alinéa (3)b), le prévenu ou le défendeur peut être jugé séparément sur les chefs d'accusation visés par l'ordonnance comme s'ils étaient contenus dans un acte d'accusation distinct.

. . .

PARTIE XXI

APPELS — ACTES CRIMINELS

. . .

691. (1) [Appel d'une déclaration de culpabilité] La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada :

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

(2) [Appeal where acquittal set aside] A person who is acquitted of an indictable offence other than by reason of a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder and whose acquittal is set aside by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents;

(b) on any question of law, if the Court of Appeal enters a verdict of guilty against the person; or

(c) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

692. (1) [Appeal against affirmation of verdict of not criminally responsible on account of mental disorder] A person who has been found not criminally responsible on account of mental disorder and

(a) whose verdict is affirmed on that ground by the court of appeal, or

(b) against whom a verdict of guilty is entered by the court of appeal under subparagraph 686(4)(b)(ii),

may appeal to the Supreme Court of Canada.

(2) [Appeal against affirmation of verdict of unfit to stand trial] A person who is found unfit to stand trial and against whom that verdict is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada.

(3) [Grounds of appeal] An appeal under subsection (1) or (2) may be

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents; or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

693. (1) [Appeal by Attorney General] Where a judgment of a court of appeal sets aside a conviction pursuant to an appeal taken under section 675 or dismisses an appeal taken pursuant to paragraph 676(1)(a), (b) or (c) or subsection 676(3), the Attorney General may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents; or

(2) [Appel lorsque l'acquittement est annulé] La personne qui est acquittée de l'accusation d'un acte criminel — sauf dans le cas d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux — et dont l'acquittement est annulé par la cour d'appel peut interjeter appel devant la Cour Suprême du Canada :

(a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

(b) sur toute question de droit, si la cour d'appel a consigné un verdict de culpabilité;

(c) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

692. (1) [Appel d'une confirmation d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux] Une personne qui a été déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, et selon le cas :

(a) dont le verdict est confirmé par la cour d'appel pour ce motif,

(b) contre laquelle un verdict de culpabilité est consigné par la cour d'appel en vertu du sous-alinéa 686(4)(b)(ii),

peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada.

(2) [Appel d'une confirmation d'un verdict d'inaptitude à subir son procès] Une personne qui est trouvée inapte à subir son procès et à l'égard de laquelle ce verdict est confirmé par la cour d'appel peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada.

(3) [Motifs d'appel] Un appel interjeté en vertu du paragraphe (1) ou (2) peut porter :

(a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

(b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

693. (1) [Appel par le procureur général] Lorsqu'un jugement d'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité par suite d'un appel interjeté aux termes de l'article 675 ou rejette un appel interjeté aux termes de l'alinéa 676(1)(a), (b) ou (c) ou du paragraphe 676(3), le procureur général peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada :

(a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

(2) [Terms] Where leave to appeal is granted under paragraph (1)(b), the Supreme Court of Canada may impose such terms as it sees fit.

. . .

PART XXVII

SUMMARY CONVICTIONS

Interpretation

785. [Definitions] In this Part,

. . .

“summary conviction court” means a person who has jurisdiction in the territorial division where the subject-matter of the proceedings is alleged to have arisen and who

(a) is given jurisdiction over the proceedings by the enactment under which the proceedings are taken,

(b) is a justice or provincial court judge, where the enactment under which the proceedings are taken does not expressly give jurisdiction to any person or class of persons, or

(c) is a provincial court judge, where the enactment under which the proceedings are taken gives jurisdiction in respect thereof to two or more justices;

An Act to amend the Young Offenders Act and the Criminal Code, S.C. 1995, c. 19

12. . . .

(2) Section 19 of the [Young Offenders Act] is amended by adding the following after subsection (3):

(4) Notwithstanding section 5, where a young person is charged with having committed first degree murder or second degree murder within the meaning of section 231 of the *Criminal Code*, the youth court, before proceeding with the trial, shall ask the young person to elect to be tried by a youth court judge alone

b) sur toute question de droit, si l’autorisation d’appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

(2) [Conditions] Lorsque l’autorisation d’appel est accordée aux termes de l’alinéa (1)b), la Cour suprême du Canada peut imposer les conditions qu’elle estime appropriées.

. . .

PARTIE XXVII

DÉCLARATIONS DE CULPABILITÉ PAR PROCÉDURE SOMMAIRE

Définitions

785. [Définitions] Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

. . .

« cour des poursuites sommaires » Personne qui a juridiction dans la circonscription territoriale où le sujet des procédures a pris naissance, d’après ce qui est allégué, et, selon le cas :

a) à qui la disposition en vertu de laquelle les procédures sont intentées confère une juridiction à leur égard;

b) qui est un juge de paix ou un juge de la cour provinciale, lorsque la disposition en vertu de laquelle les procédures sont intentées ne confère pas expressément juridiction à une personne ou catégorie de personnes;

c) qui est un juge de la cour provinciale, lorsque la disposition en vertu de laquelle les procédures sont intentées confère juridiction, en l’espèce, à deux ou plusieurs juges de paix.

Loi modifiant la Loi sur les jeunes contrevenants et le Code criminel, L.C. 1995, ch. 19

12. . . .

(2) L’article 19 de la [Loi sur les jeunes contrevenants] est modifié par adjonction, après le paragraphe (3), de ce qui suit :

(4) Par dérogation à l’article 5, lorsqu’un adolescent est accusé de meurtre au premier ou au deuxième degré, au sens de l’article 231 du *Code criminel*, le tribunal pour adolescents lui demande, avant le procès, de décider s’il choisit d’être jugé soit par un juge du tribunal pour adolescents, soit par un juge d’une cour supérieure

or by a judge of a superior court of criminal jurisdiction with a jury, and where a young person elects to be tried by a judge of a superior court of criminal jurisdiction with a jury, the young person shall be dealt with as provided in this Act.

(5.1) Where a young person elects or is deemed to have elected to be tried by a judge of a superior court of criminal jurisdiction with a jury, the youth court shall conduct a preliminary inquiry and if, on its conclusion, the young person is ordered to stand trial, the proceedings shall be before a judge of the superior court of criminal jurisdiction with a jury.

(5.2) A preliminary inquiry referred to in subsection (5.1) shall be conducted in accordance with the provisions of Part XVIII of the *Criminal Code*, except to the extent that they are inconsistent with this Act.

(6) Proceedings under this Act before a judge of a superior court of criminal jurisdiction with a jury shall be conducted, with such modifications as the circumstances require, in accordance with the provisions of Parts XIX and XX of the *Criminal Code*, except that

(a) the provisions of this Act respecting the protection of privacy of young persons prevail over the provisions of the *Criminal Code*; and

(b) the young person is entitled to be represented in court by counsel if the young person is removed from court pursuant to subsection 650(2) of the *Criminal Code*.

13. . . .

(3) Paragraph 20(1)(k.1) of the Act is replaced by the following:

(k.1) order the young person to serve a disposition not to exceed

(i) in the case of first degree murder, ten years comprised of

(A) a committal to custody, to be served continuously, for a period that shall not, subject to subsection 26.1(1), exceed six years from the date of committal, and

(B) a placement under conditional supervision to be served in the community in accordance with section 26.2, and

(ii) in the case of second degree murder, seven years comprised of

(A) a committal to custody, to be served continuously, for a period that shall not,

de juridiction criminelle et un jury; s'il choisit d'être jugé par un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle et un jury, la présente loi est celle qui lui est applicable.

(5.1) Lorsque l'adolescent a choisi ou est réputé avoir choisi d'être jugé par un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle et un jury, le tribunal pour adolescents tient une enquête préliminaire; dans le cas où il est renvoyé pour subir son procès, le procès a lieu devant celle-ci.

(5.2) L'enquête préliminaire est régie, dans la mesure où elles sont compatibles avec celles de la présente loi, par les dispositions de la partie XVIII du *Code criminel*.

(6) Les poursuites intentées sous le régime de la présente loi devant un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle et un jury sont régies par les dispositions des parties XIX et XX du *Code criminel*, avec les adaptations de circonstance, sauf que :

a) les dispositions de la présente loi relatives à la protection de la vie privée des adolescents l'emportent sur les dispositions du *Code criminel*;

b) l'adolescent a le droit d'être représenté par un avocat si le tribunal le fait éloigner en application du paragraphe 650(2) du *Code criminel*.

13. . . .

(3) L'alinéa 20(1)k.1 de la même loi est remplacé par ce qui suit :

k.1) l'imposition par ordonnance :

(i) dans le cas d'un meurtre au premier degré, d'une peine maximale de dix ans consistant, d'une part, en une mesure de placement sous garde, exécutée de façon continue, pour une période maximale de six ans à compter de sa date d'exécution, sous réserve du paragraphe 26.1(1), et, d'autre part, en la mise en liberté sous condition, au sein de la collectivité conformément à l'article 26.2,

(ii) dans le cas d'un meurtre au deuxième degré, d'une peine maximale de sept ans consistant, d'une part, en une mesure de placement sous garde, exécutée de façon continue, pour

subject to subsection 26.1(1), exceed four years from the date of committal, and

(B) a placement under conditional supervision to be served in the community in accordance with section 26.2;

Criminal Law Improvement Act, 1996, S.C. 1997, c. 18

92. (1) Section 675 of the [Criminal Code] is amended by adding the following after subsection (1):

(1.1) A person may appeal, pursuant to subsection (1), with leave of the court of appeal or a judge of that court, to that court in respect of a summary conviction or a sentence passed with respect to a summary conviction as if the summary conviction had been a conviction in proceedings by indictment if

- (a) there has not been an appeal with respect to the summary conviction;
- (b) the summary conviction offence was tried with an indictable offence; and
- (c) there is an appeal in respect of the indictable offence.

93. . . .

(2) Section 676 of the Act is amended by adding the following after subsection (1):

(1.1) The Attorney General or counsel instructed by the Attorney General may appeal, pursuant to subsection (1), with leave of the court of appeal or a judge of that court, to that court in respect of a summary conviction or a sentence passed with respect to a summary conviction as if the summary conviction had been a conviction in proceedings by indictment if

- (a) there has not been an appeal with respect to the summary conviction;
- (b) the summary conviction offence was tried with an indictable offence; and
- (c) there is an appeal in respect of the indictable offence.

Criminal Law Amendment Act, 2001, S.C. 2002, c. 13

25. (1) Subsection 536(2) of the [Criminal Code] is replaced by the following:

une période maximale de quatre ans à compter de sa date d'exécution, sous réserve du paragraphe 26.1(1), et, d'autre part, en la mise en liberté sous condition, au sein de la collectivité conformément à l'article 26.2;

Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale, L.C. 1997, ch. 18

92. (1) L'article 675 [du Code criminel] est modifié par adjonction, après le paragraphe (1), de ce qui suit :

(1.1) Si la cour d'appel ou un de ses juges l'y autorise, une personne peut, conformément au paragraphe (1), interjeter appel d'une déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou de la peine qui a été infligée à l'égard de celle-ci, comme s'il s'agissait d'une déclaration de culpabilité par voie de mise en accusation, si les conditions suivantes sont réunies :

- a) l'infraction de procédure sommaire ne fait pas déjà l'objet d'un appel;
- b) l'infraction de procédure sommaire a été jugée en même temps qu'un acte criminel;
- c) l'acte criminel fait déjà l'objet d'un appel.

93. . . .

(2) L'article 676 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (1), de ce qui suit :

(1.1) Si la cour d'appel ou un de ses juges l'y autorise, le procureur général ou son substitut sur ses instructions peut, conformément au paragraphe (1), interjeter appel d'une déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou de la peine qui a été infligée à l'égard de celle-ci, comme s'il s'agissait d'une déclaration de culpabilité par voie de mise en accusation, si les conditions suivantes sont réunies :

- a) l'infraction de procédure sommaire ne fait pas déjà l'objet d'un appel;
- b) l'infraction de procédure sommaire a été jugée en même temps qu'un acte criminel;
- c) l'acte criminel fait déjà l'objet d'un appel.

Loi de 2001 modifiant le droit criminel, L.C. 2002, ch. 13

25. (1) Le paragraphe 536(2) [du Code criminel] est remplacé par ce qui suit :

(2) If an accused is before a justice charged with an indictable offence, other than an offence listed in section 469, and the offence is not one over which a provincial court judge has absolute jurisdiction under section 553, the justice shall, after the information has been read to the accused, put the accused to an election in the following words:

You have the option to elect to be tried by a provincial court judge without a jury and without having had a preliminary inquiry; or you may elect to be tried by a judge without a jury; or you may elect to be tried by a court composed of a judge and jury. If you do not elect now, you are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury. If you elect to be tried by a judge without a jury or by a court composed of a judge and jury or if you are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury, you will have a preliminary inquiry only if you or the prosecutor requests one. How do you elect to be tried?

(2) Subsection 536(4) of the Act is replaced by the following:

(4) If an accused elects to be tried by a judge without a jury or by a court composed of a judge and jury or does not elect when put to the election or is deemed under paragraph 565(1)(b) to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury, the justice shall, subject to section 577, on the request of the accused or the prosecutor made at that time or within the period fixed by rules of court made under section 482 or 482.1 or, if there are no such rules, by the justice, hold a preliminary inquiry into the charge.

(4.1) If an accused elects to be tried by a judge without a jury or by a court composed of a judge and jury or does not elect when put to the election or is deemed under paragraph 565(1)(b) to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury, the justice shall endorse on the information and, if the accused is in custody, on the warrant of remand, a statement showing

- (a) the nature of the election or deemed election of the accused or that the accused did not elect, as the case may be; and
- (b) whether the accused or the prosecutor has requested that a preliminary inquiry be held.

(4.2) If two or more persons are jointly charged in an information and one or more of them make a request for a preliminary inquiry under subsection (4),

(2) Lorsqu'un prévenu est inculqué devant un juge de paix d'un acte criminel autre qu'une infraction mentionnée à l'article 469 et que l'infraction n'en est pas une à l'égard de laquelle un juge de la cour provinciale a compétence absolue en vertu de l'article 553, le juge de paix, après que la dénonciation a été lue au prévenu, l'appelle à faire son choix dans les termes suivants :

Vous avez le choix d'être jugé par un juge de la cour provinciale sans jury et sans enquête préliminaire; ou vous pouvez choisir d'être jugé par un juge sans jury; ou encore vous pouvez choisir d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury. Si vous ne faites pas ce choix maintenant, vous êtes réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury. Si vous choisissez d'être jugé par un juge sans jury ou par un tribunal composé d'un juge et d'un jury ou êtes réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, une enquête préliminaire ne sera tenue que si vous ou le poursuivant en faites la demande. Comment choisissez-vous d'être jugé?

(2) Le paragraphe 536(4) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

(4) Lorsqu'un prévenu choisit d'être jugé par un juge sans jury ou par un tribunal composé d'un juge et d'un jury ou est réputé, au titre de l'alinéa 565(1)b), avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury ou encore ne fait pas de choix, le juge de paix tient, sous réserve de l'article 577, une enquête préliminaire sur l'inculpation, sur demande présentée par le prévenu ou le poursuivant à ce moment ou dans le délai prévu par les règles établies en vertu des articles 482 ou 482.1, ou, en l'absence de règles, dans le délai fixé par lui.

(4.1) Lorsque le prévenu choisit d'être jugé par un juge sans jury ou par un tribunal composé d'un juge et d'un jury ou est réputé, au titre de l'alinéa 565(1)b), avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury ou encore ne fait pas de choix, le juge de paix inscrit sur la dénonciation et, si le prévenu est détenu sous garde, sur le mandat de renvoi :

- a) une mention de la nature du choix du prévenu — réel ou réputé — ou du fait qu'il n'a pas fait de choix, selon le cas;
- b) une mention, le cas échéant, du fait que le prévenu ou le poursuivant a demandé la tenue d'une enquête préliminaire.

(4.2) Lorsque deux ou plusieurs personnes font l'objet d'inculpations énoncées dans la même dénonciation et que l'une d'elles demande la tenue d'une enquête

a preliminary inquiry must be held with respect to all of them.

(4.3) If no request for a preliminary inquiry is made under subsection (4), the justice shall fix the date for the trial or the date on which the accused must appear in the trial court to have the date fixed.

27. The Act is amended by adding the following after section 536.1:

536.2 An election or a re-election by an accused in respect of a mode of trial may be made by submission of a document in writing without the personal appearance of the accused.

Procedures before Preliminary Inquiry

536.3 If a request for a preliminary inquiry is made, the prosecutor or, if the request was made by the accused, counsel for the accused shall, within the period fixed by rules of court made under section 482 or 482.1 or, if there are no such rules, by the justice, provide the court and the other party with a statement that identifies

- (a) the issues on which the requesting party wants evidence to be given at the inquiry; and
- (b) the witnesses that the requesting party wants to hear at the inquiry.

536.4 (1) The justice before whom a preliminary inquiry is to be held may order, on application of the prosecutor or the accused or on the justice's own motion, that a hearing be held, within the period fixed by rules of court made under section 482 or 482.1 or, if there are no such rules, by the justice, to

- (a) assist the parties to identify the issues on which evidence will be given at the inquiry;
- (b) assist the parties to identify the witnesses to be heard at the inquiry, taking into account the witnesses' needs and circumstances; and
- (c) encourage the parties to consider any other matters that would promote a fair and expeditious inquiry.

(2) When the hearing is completed, the justice shall record any admissions of fact agreed to by the parties and any agreement reached by the parties.

536.5 Whether or not a hearing is held under section 536.4 in respect of a preliminary inquiry, the prosecutor and the accused may agree to limit the scope of

préliminaire au titre du paragraphe (4), une même enquête est tenue à l'égard de toutes ces personnes.

(4.3) Si la tenue d'une enquête préliminaire n'est pas demandée au titre du paragraphe (4), le juge de paix fixe soit la date du procès, soit la date à laquelle le prévenu devra comparaître pour connaître cette date.

27. La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 536.1, de ce qui suit :

536.2 Le choix ou le nouveau choix fait par le prévenu quant au mode de procès peut être effectué par écrit sans que celui-ci ait à comparaître.

Procédures précédant l'enquête préliminaire

536.3 En cas de demande d'enquête préliminaire, le poursuivant ou, si la demande a été faite par le prévenu, l'avocat de ce dernier doit, dans le délai prévu par les règles établies en vertu des articles 482 ou 482.1, ou, en l'absence de règles, dans le délai fixé par le juge de paix, fournir au tribunal et à l'autre partie une déclaration énonçant :

- a) les points sur lesquels la partie faisant la demande veut présenter des témoignages dans le cadre de l'enquête;
- b) le nom des témoins que la partie faisant la demande veut faire entendre à l'enquête.

536.4 (1) Le juge de paix qui tiendra l'enquête préliminaire peut, sur demande du poursuivant ou du prévenu ou d'office, ordonner la tenue d'une audience dans le délai prévu par les règles établies en vertu des articles 482 ou 482.1, ou, en l'absence de règles, dans le délai fixé par lui :

- a) en vue d'aider les parties à cerner les points faisant l'objet de témoignages dans le cadre de l'enquête;
- b) en vue de les aider à désigner les personnes qui seront appelées à témoigner à l'enquête, compte tenu de leur situation et de leurs besoins;
- c) en vue de les encourager à examiner toute question qui favoriserait une enquête rapide et équitable.

(2) Une fois l'audience terminée, le juge de paix consigne au dossier tout aveu et tous points qui ont fait l'objet d'un accord entre les parties.

536.5 Qu'une audience ait été tenue ou non au titre de l'article 536.4, le poursuivant et le prévenu peuvent, d'un commun accord, limiter l'enquête préliminaire à

the preliminary inquiry to specific issues. An agreement shall be filed with the court or recorded under subsection 536.4(2), as the case may be.

Act respecting municipal courts, R.S.Q., c. C-72.01

44. A municipal judge is *ex officio* a justice of the peace in the district in which the territory within the jurisdiction of the municipal court is situated, for the purposes of the Acts of the Parliament of Canada conferring jurisdiction on him in such respect.

Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16

70. The Superior Court sitting as a criminal court of original jurisdiction, shall have such criminal jurisdiction throughout Québec as is given by competent authority.

Such court, so sitting as a criminal court, shall also hear the appeals allowed under Part XXVII of the Criminal Code (Revised Statutes of Canada, 1985, chapter C-46).

For the purposes of the administration of justice in criminal matters in first instance and for the purposes of the appeals allowed under Part XXVII of the Criminal Code, the judges of the Superior Court shall preside over that court in the various districts and shall, in such capacity, have such jurisdiction as is given them by competent authority. They shall sit for the purposes of the appeals permitted under Part XXVII of the Criminal Code during the terms and at the sittings of the Superior Court and of the judges of such court which are held at the chief place of the judicial districts; they shall also sit for such purposes at such other place in each district as is fixed by order of the Government.

The judges of the Superior Court shall also be justices of the peace throughout Québec.

128. The judges are *ex officio* justices of the peace for the whole of Québec and have all the rights and powers of two justices of the peace for the purposes of the Acts of the Parliament of Canada which require that competence.

Appeal allowed, FISH and ABELLA JJ. *dissenting*.

Solicitor for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

Solicitors for the respondent S.J.L.-G.: Pariseau Olivier, Montréal.

des questions données. L'accord est déposé auprès du tribunal ou consigné au dossier en application du paragraphe 536.4(2), selon le cas.

Loi sur les cours municipales, L.R.Q., ch. C-72.01

44. Le juge est d'office juge de paix dans le district où est situé le territoire relevant de la compétence de la cour, pour l'application des lois du Parlement du Canada qui lui confèrent compétence.

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16

70. La Cour supérieure, siégeant comme tribunal en matière criminelle en première instance, a compétence dans toute l'étendue du Québec conformément aux règles établies par l'autorité compétente.

Cette cour, siégeant ainsi comme tribunal en matière criminelle, entend aussi les appels permis sous la partie XXVII du Code criminel (Lois révisées du Canada (1985), chapitre C-46).

Aux fins de l'administration de la justice criminelle en première instance, ainsi qu'aux fins des appels permis sous la partie XXVII du Code criminel, les juges de la Cour supérieure président cette cour dans les divers districts et ont la compétence que leur confère, en cette qualité, l'autorité compétente. Ils siègent aux fins des appels permis sous la partie XXVII du Code criminel lors des termes et séances de la Cour supérieure et des juges de ce tribunal qui sont tenus au chef-lieu des districts judiciaires; ils siègent aussi, à ces fins, à tout autre endroit, dans chaque district, qui est fixé par décret du gouvernement.

Les juges de la Cour supérieure sont en outre juges de paix dans toute l'étendue du Québec.

128. Les juges sont d'office juges de paix pour tout le Québec; ils possèdent les droits et les pouvoirs de deux juges de paix pour l'application des lois du Parlement du Canada qui requièrent cette compétence.

Pourvoi accueilli, les juges FISH et ABELLA *sont dissidents*.

Procureur de l'appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

Procureurs de l'intimé S.J.L.-G. : Pariseau Olivier, Montréal.

Solicitor for the respondent L.V.-P.: Aide juridique de Longueuil, Longueuil.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Director of Public Prosecutions of Canada, Montréal.

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

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

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Poupart, Dadour et Associés, Montréal.

Procureur de l'intimé L.V.-P. : Aide juridique de Longueuil, Longueuil.

Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Directeur des poursuites pénales du Canada, Montréal.

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

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

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Poupart, Dadour et Associés, Montréal.

B.M.P. Global Distribution Inc. *Appellant*

v.

**Bank of Nova Scotia doing business
as the Scotiabank and the said
Scotiabank** *Respondent*

- and -

**Bank of Nova Scotia doing business
as the Scotiabank and the said
Scotiabank** *Appellant*

v.

**B.M.P. Global Distribution Inc., 636651
B.C. Ltd., Audie Hashka and Paul
Backman** *Respondents*

**INDEXED AS: B.M.P. GLOBAL DISTRIBUTION INC. v.
BANK OF NOVA SCOTIA**

Neutral citation: 2009 SCC 15.

File No.: 31930.

2008: May 15; 2009: April 2.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps
and Rothstein JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Financial institutions — Banks and banking operations — Fraudulent cheque — Banks' rights to recover money paid under mistake of fact and to trace funds — Collecting bank releasing funds in customer's account after drawee bank cleared cheque — Customer transferring portion of funds in its account to related accounts — Drawee bank later finding cheque to be fraudulent and requesting assistance of collecting bank to recover funds — Collecting bank restraining funds in customer's account and related accounts under its control and transferring funds back to drawee bank — Whether drawee bank can recover payment made under mistake of fact — Whether collecting bank had right to

B.M.P. Global Distribution Inc. *Appelante*

c.

**Banque de Nouvelle-Écosse faisant affaire
sous la dénomination Banque Scotia et ladite
Banque Scotia** *Intimée*

- et -

**Banque de Nouvelle-Écosse faisant affaire
sous la dénomination Banque Scotia et ladite
Banque Scotia** *Appelante*

c.

**B.M.P. Global Distribution Inc., 636651
B.C. Ltd., Audie Hashka et Paul
Backman** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : B.M.P. GLOBAL DISTRIBUTION INC.
c. BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE**

Référence neutre : 2009 CSC 15.

N° du greffe : 31930.

2008 : 15 mai; 2009 : 2 avril.

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

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

Institutions financières — Banques et opérations bancaires — Faux chèque — Droits des banques de recouvrer l'argent payé par erreur de fait et de suivre des fonds — Versement de fonds par la banque d'encaissement dans le compte d'une cliente après compensation du chèque par la banque tirée — Transfert par la cliente d'une partie des fonds de son compte aux comptes connexes — Banque tirée découvrant par la suite qu'il s'agit d'un faux chèque et demandant l'assistance de la banque d'encaissement pour le recouvrement des fonds — Blocage par la banque d'encaissement des fonds détenus dans le compte de la cliente et les comptes connexes ouverts chez elle et retransfert des fonds à la banque

claim funds in customer's account and to trace funds in related accounts.

Restitution — Mistake of fact — Fraudulent cheque — Whether money paid by bank recoverable from payee.

Commercial law — Bills of exchange — Fraudulent cheque — Whether money paid by bank recoverable from payee.

H and B owned interests in BMP, a company operating in British Columbia that distributed non-stick bakeware. They reached an agreement to sell the right to distribute the bakeware in the United States with a person they had recently met there. They subsequently received an unendorsed cheque of C\$904,563 payable to BMP. The cheque was drawn on the account of a company at the Royal Bank (“RBC”). Neither this company nor the name of the sender of the envelope containing the cheque was known to H or B or was apparently linked to the business purchasing the right to distribute the bakeware. H went to a branch of the Bank of Nova Scotia (“BNS”) where BMP held an account to deposit the cheque. BNS did not provide BMP with immediate access to the funds, but eventually received the funds from RBC in the ordinary course of business and released them to BMP. On that day and over the next 10 days, BMP made numerous transfers to other BNS accounts related to H, B, and H’s holding company. RBC subsequently notified BNS that the cheque for \$904,563 was counterfeit, as the drawer’s signatures were forged and asked for BNS’s assistance. BNS interrupted all transactions in BMP’s account and in all related accounts and asked BMP for assistance in recovering the proceeds of the forged cheque. BMP insisted on retaining the amount it still held. BNS then restrained the funds in accounts under its control that it linked to the forged cheque. RBC and BNS entered into an agreement by which BNS was, at RBC’s request, to transfer the restrained funds to RBC and RBC was to indemnify BNS for any losses related to the restraint and transfer. BNS transferred \$777,336 to RBC.

BMP, H, B, and H’s holding company sued BNS and claimed damages equivalent to the restrained amount, as well as non-pecuniary, aggravated and punitive damages. The trial judge ordered BNS to pay \$777,336 in

tirée — La banque tirée a-t-elle le droit de recouvrer un paiement effectué par erreur de fait? — La banque d’encaissement avait-elle le droit de réclamer des fonds dans le compte de la cliente et de suivre les fonds dans les comptes connexes?

Restitution — Erreur de fait — Faux chèque — Est-il possible de recouvrer auprès du preneur l’argent payé par la banque?

Droit commercial — Lettres de change — Faux chèque — Est-il possible de recouvrer auprès du preneur l’argent payé par la banque?

H et B avaient des intérêts dans BMP, qui exploitait en Colombie-Britannique une entreprise de distribution d’articles de cuisson antiadhésifs. Ils ont conclu avec une personne qu’ils avaient rencontrée récemment une entente concernant la vente du droit de distribuer les articles de cuisson aux États-Unis. Ils ont par la suite reçu un chèque non endossé de 904 563 \$CAN, payable à l’ordre de BMP. Le chèque était tiré sur le compte d’une société à la Banque Royale du Canada (« BRC »). H et B ne connaissaient ni cette société ni le nom de l’expéditeur de l’enveloppe contenant le chèque, lesquels n’avaient ni l’un ni l’autre de lien apparent avec l’entreprise qui s’est portée acquéreur du droit de distribuer les articles de cuisson. H s’est rendu à une succursale de la Banque de Nouvelle-Écosse (« BNÉ »), où BMP avait un compte, pour déposer le chèque. La BNÉ n’a pas immédiatement donné accès aux fonds, mais elle les a finalement reçus de la BRC dans le cours normal de ses activités et les a rendus disponibles à BMP. Le même jour et pendant les 10 jours qui suivirent, BMP a effectué de nombreux virements vers d’autres comptes de la BNÉ appartenant à H, B et une société de portefeuille de H. Par la suite, la BRC a avisé la BNÉ que le chèque de 904 563 \$ était un faux, car les signatures du tireur étaient contrefaites, et lui a demandé assistance. La BNÉ a interrompu toutes les opérations dans le compte de BMP et dans tous les comptes connexes et a sollicité la coopération de BMP pour récupérer le produit du faux chèque. BMP a tenu à conserver la somme qu’elle détenait encore. La BNÉ a alors bloqué les fonds dans les comptes ouverts chez elle, qu’elle avait liés au faux chèque. La BRC et la BNÉ ont conclu une entente par laquelle la BNÉ, à la demande de la BRC, doit transférer à la BRC les fonds bloqués et celle-ci doit indemniser de toute perte liée au blocage et au transfert. La BNÉ a transféré 777 336 \$ à la BRC.

BMP, H, B et la société de portefeuille de H ont poursuivi la BNÉ et ont réclamé des dommages-intérêts équivalant aux sommes bloquées ainsi que des dommages-intérêts non pécuniaires, des dommages-intérêts majorés

total pecuniary damages and also awarded damages for wrongful disclosure of information and defamation. In his view, BNS had violated the service agreement as well as the law applicable to banker/customer relations by charging back amounts credited to BMP's and the related accounts. The Court of Appeal allowed BNS's appeal against BMP by reducing the latter's damages to \$101. As to the funds traced in the related accounts, the court found that BMP's transfers were proper and that the cheques were actual bills of exchange and dismissed the appeals against H, B and H's holding company. In this Court, BMP appealed the Court of Appeal's reversal of the trial judge's conclusion on damages and also asked for punitive damages. BNS cross-appealed on the issue of tracing in the related accounts. It seeks the reversal of the Court of Appeal's decision and of the trial judge's damage award in favour of the holders of the related accounts.

Held: The appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed.

If a person pays money to another under a mistake of fact which causes him to make the payment, he or she is *prima facie* entitled to recover it. The person's claim may fail, however, if (1) the payor intends that the payee shall have the money at all events or is deemed in law so to intend; (2) the payment is made for good consideration; or (3) the payee has changed his position in good faith or is deemed in law to have done so. Here, RBC had a right to recover the money paid to BMP. RBC's payment was made on the basis of a forged cheque and the defences are not available to BMP in the circumstances of this case. [22] [24]

RBC, as drawee, provided the funds under the mistaken assumption that the drawer's signature was genuine. In this situation, the payor cannot be said to have intended the payee to keep the money in any event. Nor is RBC deemed in law to intend that BMP keep the money. First, the principle of finality of payment acts as a general goal, but it does not negate rights that may otherwise accrue to a party and it cannot be raised by a payee as an indiscriminate bar to the recovery of a mistaken payment. Second, ss. 128(a) and 165(3) of the *Bills of Exchange Act* do not prevent RBC from recovering the money it paid by mistake. BMP did not take the instrument for value, so it was not a holder in due

et des dommages-intérêts punitifs. Le juge de première instance a ordonné à la BNÉ de payer 777 336 \$ en dommages-intérêts pécuniaires; il a aussi accordé des dommages-intérêts pour communication abusive de renseignements et pour diffamation. Selon lui, la BNÉ avait contrevenu au contrat de services ainsi qu'aux règles de droit régissant les relations banque-client, en annulant les crédits inscrits au compte de BMP et aux comptes connexes. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé par la BNÉ contre BMP, en réduisant à 101 \$ les dommages-intérêts de cette dernière. Quant aux fonds suivis dans les comptes connexes, la cour a conclu que les virements effectués par BMP étaient valides et que les chèques étaient d'authentiques lettres de change, et a rejeté les appels contre H, B et la société de portefeuille de H. BMP se pourvoit maintenant contre la décision de la Cour d'appel d'infirmar la conclusion du juge de première instance sur les dommages-intérêts et demande des dommages-intérêts punitifs. La BNÉ a formé un appel incident sur la question du suivi des fonds dans les comptes connexes. Elle cherche à faire infirmer la décision de la Cour d'appel ainsi que celle du juge de première instance d'octroyer des dommages-intérêts aux titulaires des comptes connexes.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté et le pourvoi incident est accueilli.

Quiconque paie une somme d'argent par erreur de fait a, à première vue, le droit de la recouvrer. La demande de recouvrement peut cependant être rejetée dans les cas suivants : (1) le payeur avait l'intention que le bénéficiaire ait l'argent quoi qu'il arrive ou est juridiquement réputé avoir cette intention; (2) le paiement est effectué avec contrepartie valable; (3) le bénéficiaire a modifié sa situation de bonne foi ou est juridiquement réputé l'avoir fait. En l'espèce, la BRC a droit au recouvrement des fonds payés à BMP. Le paiement effectué par la BRC est fondé sur un faux chèque, et BMP ne peut invoquer ces moyens de défense dans les circonstances de l'espèce. [22] [24]

La BRC, en tant que banque tirée, a fourni les fonds en croyant à tort à l'authenticité des signatures du tireur. Dans cette situation, on ne peut considérer que le payeur avait l'intention que le preneur conserve les fonds quoi qu'il arrive. La BRC n'est pas non plus juridiquement réputée avoir l'intention que BMP garde l'argent quoi qu'il arrive. Premièrement, le principe de l'irrévocabilité du paiement sert d'objectif général, mais il ne nie pas les droits qu'une partie peut faire valoir par ailleurs et il ne permet pas aux bénéficiaires de s'opposer arbitrairement à tout recouvrement de paiement fait par erreur. Deuxièmement, l'al. 128a) et le par. 165(3) de la *Loi sur les lettres de change* n'empêchent pas la BRC de recouvrer

course. Since only a holder in due course can benefit from s. 128(a), even if RBC was deemed, by payment, to have accepted the forged cheque, it would not be precluded from denying to BMP the genuineness of the signatures of the drawer. Section 165(3) deems the collecting bank to be in the same position as a party who has taken the bill free from any defect of title of prior parties. A bank, however, is not obligated to rely on the s. 165(3) protection when restitution is claimed from it. The payee, BMP, stands as a third party with respect to this protection. The payee may benefit from defences that are inherent in the rules on mistake of fact, but not from the protection of s. 165(3). Third, nothing in the service agreement between BMP and BNS precluded BNS from returning the funds to RBC. Clause 4.7 of the agreement gives the bank an explicit right to charge back amounts credited to the customer's account if an instrument is not settled. The settlement referred to in this clause is the receipt of the funds through the banking system, and more particularly through the clearing mechanism available to members of the Canadian Payments Association. Although the restraint of the funds by BNS could not be based on clause 4.7, since BNS had received settlement from RBC, the contract does not preclude the application of the common law where a payment has been made under a mistake of fact. The service agreement is a standard form contract and the doctrine of mistake of fact can be seen as an implied term of the agreement. This is even more true here where a clause of the service agreement explicitly provides that BNS retains its rights under "any law" (clause 17.3). Furthermore, the clearing rules of the Canadian Payments Association could not be relied on to arrive at the conclusion that BMP had a right to the proceeds of the forged cheque. These rules apply only to relations between members of the Association and they themselves provide for the survival of the members' common law rights (clause 1(b) of Rule A4). They do not create entitlement for third parties and the service agreement did not incorporate the clearing rules for BMP's benefit. [26-28] [35] [39-41] [45] [48] [50-58]

The question whether BMP has given consideration must be answered in the negative in light of the trial judge's finding of fact that BMP gave no value for the instrument. Lastly, BMP did not change its position. Once the collecting bank receives the funds from the drawee and credits the payee, its role as a collecting bank is terminated. It then becomes the holder of the funds under its contract with its customer. When a

l'argent qu'elle a payé par erreur. BMP n'a pas pris l'effet à titre onéreux; elle n'est donc pas détenteur régulier. Étant donné que seul un détenteur régulier peut se prévaloir de l'al. 128a), même si la BRC était réputée — à cause du paiement — avoir accepté le faux chèque, elle ne serait pas empêchée d'opposer à BMP l'authenticité des signatures du tireur. Aux termes du par. 165(3), la banque d'encaissement est réputée être dans la même situation que la partie qui aurait pris l'effet libre de tout défaut dans le titre des parties antérieures. Les banques ne sont toutefois pas obligées d'opposer aux demandes de restitution la mesure de protection prévue par le par. 165(3). Le preneur, BMP, est un tiers à l'égard de cette protection. Il peut se prévaloir des moyens de défense inhérents aux règles concernant l'erreur de fait, mais non de la protection conférée par le par. 165(3). Troisièmement, rien dans le contrat de services entre BMP et la BNÉ n'interdisait à cette dernière de retourner les fonds à la BRC. La clause 4.7 du contrat confère explicitement à la banque le droit d'annuler un crédit porté au compte du client si un effet n'est pas réglé. Le règlement dont il est question dans la clause est la réception des fonds par l'intermédiaire du système bancaire et, plus particulièrement, du mécanisme de compensation dont disposent les membres de l'Association canadienne des paiements. Le blocage des fonds opéré par la BNÉ ne pouvait pas reposer sur la clause 4.7 parce qu'il y avait eu règlement entre la BNÉ et la BRC, mais le contrat n'exclut pas l'application des règles de common law dans le cas d'un paiement fondé sur une erreur de fait. Le contrat de services est un contrat type et la doctrine de l'erreur de fait peut être considérée comme une stipulation contractuelle implicite. Cela est d'autant plus vrai en l'espèce qu'une clause du contrat de services prévoit expressément que la BNÉ conserve les droits qui lui sont reconnus « en vertu des lois » (clause 17.3). Par ailleurs, les règles de compensation de l'Association canadienne des paiements ne permettaient pas de conclure que BMP avait un droit sur le produit du faux chèque. Elles ne s'appliquent qu'aux relations entre les membres de l'Association et elles-mêmes prévoient que les membres continuent d'exercer les droits qu'ils tiennent de la common law (al. 1(b) de la règle A4). Elles ne confèrent pas de droits aux tiers et le contrat de services n'incorpore pas les règles de compensation au profit de BMP. [26-28] [35] [39-41] [45] [48] [50-58]

Il faut répondre par la négative à la question de savoir si BMP a fourni une contrepartie, compte tenu de la conclusion de fait du juge de première instance que BMP n'a pas acquis l'effet à titre onéreux. Enfin, la situation de BMP n'a pas changé. Une fois que la banque d'encaissement a reçu les fonds de la banque tirée et les a portés au compte du preneur, son rôle d'encaissement prend fin. C'est alors en exécution du contrat qui la lie

customer deposits funds into an account, the customer becomes a creditor of the bank and the bank holds these funds as its own until the customer asks for repayment. Although, once the funds were credited in BMP's account, BNS's role was changed from that of a collecting bank to that of a borrower, for the purpose of the change of position analysis, it must be concluded that BNS remained the holder of the funds. Neither BNS as the holder of the funds nor the payee had changed its position, since at the time they were restrained, the funds now claimed by BMP were still credited to its account. [61-64]

All the conditions for recovery of the payment made by mistake are met. As BNS was entitled to give effect to RBC's claim for restitution of the moneys paid under mistake of fact, the *jus tertii* argument fails. The rightful owner had a legitimate claim against the recipient, and BNS had no duty to give preference to BMP. BMP insisted on retaining the funds even though it had given no consideration for them and even though the fraud was beyond dispute. BMP did not lose anything because the funds had to be returned to RBC. BNS's actions entailed no risk of curtailing the protection from which a holder in due course is entitled to benefit. Finally, there are no policy considerations that would preclude BNS from responding to RBC's common law right in this case. [65-73]

BNS had the right to claim the amount in BMP's account and to trace funds in the related accounts. There is no issue of identification of the money in BMP's account. The unchallenged evidence clearly indicates that it comes from the funds received from RBC. BNS, as agent, received the funds from RBC and, after crediting them to its principal, BMP, received them back under the banking contract. Having received the funds back, BNS had to make restitution to RBC. BNS's status with respect to the funds in the related accounts is different since BNS was not acting as agent of the holders of the related accounts. It is possible at common law to trace funds into bank accounts if it is possible to identify the funds. When the chain is broken by one of the intervening parties paying from its own funds, identification of the claimant's funds is no longer possible. However, the clearing system is a neutral factor and does not constitute a systematic break in the chain of possession of the funds. Paying through the clearing system amounts to no more than channelling the funds. Certification also does not affect the traceability of the underlying funds. Here, the funds have not lost their identity. When BNS

à son client qu'elle détient les fonds. Le dépôt de fonds auprès d'une banque, qui les détient alors comme s'il s'agissait des siens jusqu'à une demande de paiement de la part du client, fait naître une relation débiteur-crédancier entre la banque et son client. Une fois les fonds portés au crédit du compte de BMP, malgré le changement du rôle de la BNÉ, qui passe de banque d'encaissement à emprunteuse, pour les besoins de l'analyse relative au changement de situation, il faut conclure que la BNÉ détenait toujours les fonds. Ni la situation de la BNÉ en tant que détentrice des fonds ni celle du preneur n'avaient changé puisque, au moment de leur blocage, les fonds que BMP réclame maintenant se trouvaient toujours au crédit de son compte. [61-64]

Toutes les conditions du recouvrement du paiement par erreur sont remplies. Comme la BNÉ pouvait à bon droit donner suite à la demande de la BRC visant la restitution des sommes payées par erreur de fait, l'argument du droit du tiers ne peut être retenu. Le propriétaire légitime pouvait à bon droit exiger du récepteur le remboursement des fonds, et la BNÉ n'était nullement tenue de donner la préférence à BMP. BMP a tenu à conserver les fonds même si elle n'avait fourni aucune contrepartie et que la fraude était incontestable. BMP n'a rien perdu du fait que les fonds devaient être retournés à la BRC. Les gestes de la BNÉ ne risquaient pas de restreindre la protection à laquelle avait droit un détenteur régulier. Enfin, il n'existe aucune considération de politique générale qui, en l'espèce, empêcherait la BNÉ de donner suite au droit que la common law confère à la BRC. [65-73]

La BNÉ avait le droit de réclamer les fonds dans le compte de BMP et de suivre ceux dans les comptes connexes. L'identification de l'argent dans le compte de BMP ne pose pas de problème. La preuve incontestée indique clairement qu'il provient des fonds reçus de la BRC. En tant que mandataire, la BNÉ a reçu les fonds de la BRC et, après qu'elle les a portés au crédit de son mandant, BMP, ces fonds lui ont été de nouveau remis en vertu du contrat bancaire. Ayant reçu de nouveau les fonds, elle devait les restituer à la BRC. Le statut de la BNÉ à l'égard des fonds détenus dans les comptes connexes est différent puisqu'elle n'agissait pas à titre de mandataire des titulaires de ces comptes. Il est possible en common law de suivre des fonds portés au crédit de comptes bancaires s'il est possible de les identifier. Lorsque la chaîne est interrompue du fait que les intervenants paient de leur poche, il n'est plus possible d'identifier les fonds du demandeur. Toutefois, le système de compensation est un facteur neutre et ne constitue pas une rupture systématique dans la chaîne de possession des fonds. Payer par l'entremise du système de compensation n'est rien d'autre qu'un moyen d'acheminer les

acted on BMP's instructions and transferred money to the related accounts, the transferred funds were clearly related to the forged cheque BNS had mistakenly credited to BMP's account. The fact that some of the related accounts had prior balances is not a bar to recovery. Not only were the balances not substantial, but RBC can trace its own contribution to the balances remaining in the accounts since the withdrawals of all those who received funds far exceeded their contributions. [77] [83-88]

In light of the conclusion that BNS could resist BMP's claim on the basis of the doctrine of mistake of fact, BMP's related claim for punitive damages can only fail. [91-92]

Cases Cited

Applied: *Agip (Africa) Ltd. v. Jackson*, [1992] 4 All E.R. 451, aff'g [1992] 4 All E.R. 385; *Banque Belge pour l'Étranger v. Hambrouck*, [1921] 1 K.B. 321; **explained:** *Bank of Montreal v. The King* (1907), 38 S.C.R. 258; **referred to:** *Barclays Bank Ltd. v. W. J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd.*, [1979] 3 All E.R. 522; *Royal Bank v. The King*, [1931] 2 D.L.R. 685; *Royal Bank of Canada v. LVG Auctions Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 582, aff'd (1984), 12 D.L.R. (4th) 768; *Toronto-Dominion Bank v. Pella/Hunt Corp.* (1992), 10 O.R. (3d) 634; *A.E. LePage Real Estate Services Ltd. v. Rattray Publications* (1994), 120 D.L.R. (4th) 499; *Central Guaranty Trust Co. v. Dixdale Mortgage Investment Corp.* (1994), 24 O.R. (3d) 506; *Price v. Neal* (1762), 3 Burr. 1354, 97 E.R. 871; *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, [1991] 2 A.C. 548; *St. Martin Supplies Inc. v. Boucley*, [1969] C.S. 324; *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727; *Bank of Montreal v. Attorney General of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 565; *Joachimson v. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *National Bank of Greece (Canada) v. Bank of Montreal*, [2001] 2 F.C. 288; *Bank of Nova Scotia v. Regent Enterprises Ltd.* (1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 102; *Toronto-Dominion Bank v. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 90 D.L.R. (4th) 117, rev'd (1992), 98 D.L.R. (4th) 736, leave to appeal refused, [1993] 2 S.C.R. vii; *Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 147; *Foley v. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002; *Bank Canadian National v. Gingras*, [1977] 2 S.C.R. 554; *British American Continental*

fonds. La certification n'influe pas non plus sur la possibilité de suivre les fonds sous-jacents. En l'espèce, les fonds n'ont pas perdu leur identité. Lorsque la BNÉ, en exécution des instructions de BMP, a transféré l'argent sur les comptes connexes, les fonds virés avaient clairement un lien avec le faux chèque que la BNÉ avait par erreur porté au compte de BMP. Le fait que certains comptes connexes avaient déjà un solde avant l'opération n'empêche pas le recouvrement. En effet, non seulement les montants des soldes n'étaient pas élevés, mais la BRC peut suivre les sommes pour lesquelles elle a elle-même contribué aux soldes des comptes puisque les retraits effectués par tous ceux qui ont reçu des fonds dépassaient de beaucoup leur contribution aux fonds. [77] [83-88]

Compte tenu de la conclusion que la BNÉ pouvait contester la réclamation de BMP en invoquant la doctrine de l'erreur de fait, la demande de BMP concernant les dommages-intérêts ne peut qu'être rejetée. [91-92]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Agip (Africa) Ltd. c. Jackson*, [1992] 4 All E.R. 451, conf. [1992] 4 All E.R. 385; *Banque Belge pour l'Étranger c. Hambrouck*, [1921] 1 K.B. 321; **arrêt expliqué :** *Bank of Montreal c. The King* (1907), 38 R.C.S. 258; **arrêts mentionnés :** *Barclays Bank Ltd. c. W. J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd.*, [1979] 3 All E.R. 522; *Royal Bank c. The King*, [1931] 2 D.L.R. 685; *Royal Bank of Canada c. LVG Auctions Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 582, conf. par (1984), 12 D.L.R. (4th) 768; *Toronto-Dominion Bank c. Pella/Hunt Corp.* (1992), 10 O.R. (3d) 634; *A.E. LePage Real Estate Services Ltd. c. Rattray Publications* (1994), 120 D.L.R. (4th) 499; *Central Guaranty Trust Co. c. Dixdale Mortgage Investment Corp.* (1994), 24 O.R. (3d) 506; *Price c. Neal* (1762), 3 Burr. 1354, 97 E.R. 871; *Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.*, [1991] 2 A.C. 548; *St. Martin Supplies Inc. c. Boucley*, [1969] C.S. 324; *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727; *Banque de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 565; *Joachimson c. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110; *Société hôtelière Canadien Pacifique Liée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Banque Nationale de Grèce (Canada) c. Banque de Montréal*, [2001] 2 C.F. 288; *Bank of Nova Scotia c. Regent Enterprises Ltd.* (1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 102; *Toronto-Dominion Bank c. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 90 D.L.R. (4th) 117, inf. par (1992), 98 D.L.R. (4th) 736, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 2 R.C.S. vii; *Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 147; *Foley c. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002; *Banque Canadienne Nationale*

Bank v. British Bank for Foreign Trade, [1926] 1 K.B. 328; *Bavins, Junr. & Sims v. London and South Western Bank, Ltd.*, [1900] 1 Q.B. 270; *Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada*, [1997] 3 S.C.R. 805; *Taylor v. Plumer* (1815), 3 M. & S. 562, 34 E.R. 721; *Foskett v. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102; *Lawrie v. Rathbun* (1876), 38 U.C.Q.B. 255; *Carter v. Long & Bisby* (1896), 26 S.C.R. 430; *Centrac Inc. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1994), 21 O.R. (3d) 161.

Statutes and Regulations Cited

Bills of Exchange Act, R.S.C. 1985, c. B-4, ss. 48(1), 55(1)(b), 128(a), (b), 165(3).

Authors Cited

Ames, J. B. “The Doctrine of Price v. Neal” (1891), 4 *Harv. L. Rev.* 297.

Birks, Peter. “Overview: Tracing, Claiming and Defences”, in Peter Birks, ed., *Laundering and Tracing*. Oxford: Clarendon Press, 2003.

Crawford, Bradley. *Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada*, 8th ed., vol. 1. Toronto: Canada Law Book, 1986.

Crawford, Bradley. *Payment, Clearing and Settlement in Canada*, vol. 1, *Policies, Institutions and Systems*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2002.

Fridman, G. H. L. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Geva, Benjamin. “Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC*” (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 177.

Geva, Benjamin. “Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects: Panel Discussion” (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 269.

Goff of Chieveley, Lord, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2002.

Goode, R. M. “The Right to Trace and its Impact in Commercial Transactions — I” (1976), 92 *L.Q. Rev.* 360.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.

Klinck, Dennis R. “‘Two Distincts, Division None’: Tracing Money into (and out of) Mixed Accounts” (1988), 2 *B.F.L.R.* 147.

Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2008, release 4).

Millett, Peter J. “Tracing the Proceeds of Fraud” (1991), 107 *L.Q. Rev.* 71.

c. Gingras, [1977] 2 R.C.S. 554; *British American Continental Bank c. British Bank for Foreign Trade*, [1926] 1 K.B. 328; *Bavins, Junr. & Sims c. London and South Western Bank, Ltd.*, [1900] 1 Q.B. 270; *Citadelle (La), Cie d’assurances générales c. Banque Lloyds du Canada*, [1997] 3 R.C.S. 805; *Taylor c. Plumer* (1815), 3 M. & S. 562, 34 E.R. 721; *Foskett c. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102; *Lawrie c. Rathbun* (1876), 38 U.C.Q.B. 255; *Carter c. Long & Bisby* (1896), 26 R.C.S. 430; *Centrac Inc. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1994), 21 O.R. (3d) 161.

Lois et règlements cités

Loi sur les lettres de change, L.R.C. 1985, ch. B-4, art. 48(1), 55(1)(b), 128(a), (b), 165(3).

Doctrine citée

Ames, J. B. « The Doctrine of Price v. Neal » (1891), 4 *Harv. L. Rev.* 297.

Birks, Peter. « Overview : Tracing, Claiming and Defences », in Peter Birks, ed., *Laundering and Tracing*. Oxford : Clarendon Press, 2003.

Crawford, Bradley. *Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange : A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada*, 8th ed., vol. 1. Toronto : Canada Law Book, 1986.

Crawford, Bradley. *Payment, Clearing and Settlement in Canada*, vol. 1, *Policies, Institutions and Systems*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2002.

Fridman, G. H. L. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992.

Geva, Benjamin. « Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC* » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 177.

Geva, Benjamin. « Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects : Panel Discussion » (1981-1982), 6 *Rev. can. dr. comm.* 269.

Goff of Chieveley, Lord, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 6th ed. London : Sweet & Maxwell, 2002.

Goode, R. M. « The Right to Trace and its Impact in Commercial Transactions — I » (1976), 92 *L.Q. Rev.* 360.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007.

Klinck, Dennis R. « “Two Distincts, Division None” : Tracing Money into (and out of) Mixed Accounts » (1988), 2 *B.F.L.R.* 147.

Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2008, release 4).

- Ogilvie, M. H. *Bank and Customer Law in Canada*. Toronto: Irwin Law, 2007.
- Scott, Stephen A. "Comment on Benjamin Geva's Paper: 'Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects'" (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 331.
- Scott, Stephen A. "The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History" (1973), 19 *McGill L.J.* 78.
- Smith, Lionel D. *The Law of Tracing*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- Ulph, Janet. "Retaining Proprietary Rights at Common Law Through Mixtures and Changes", [2001] *L.M.C.L.Q.* 449.
- Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. *Commercial and Consumer Transactions: Cases, Text and Materials*, 3rd ed., vol. II, *Negotiable Instruments and Banking* by Benjamin Geva. Toronto: Emond-Montgomery, 1995.
- Millett, Peter J. « Tracing the Proceeds of Fraud » (1991), 107 *L.Q. Rev.* 71.
- Ogilvie, M. H. *Bank and Customer Law in Canada*. Toronto : Irwin Law, 2007.
- Scott, Stephen A. « Comment on Benjamin Geva's Paper : "Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects" » (1981-1982), 6 *Rev. can. dr. comm.* 331.
- Scott, Stephen A. « The Bank is Always Right : Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History » (1973), 19 *McGill L.J.* 78.
- Smith, Lionel D. *The Law of Tracing*. Oxford : Clarendon Press, 1997.
- Ulph, Janet. « Retaining Proprietary Rights at Common Law Through Mixtures and Changes », [2001] *L.M.C.L.Q.* 449.
- Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. *Commercial and Consumer Transactions : Cases, Text and Materials*, 3rd ed., vol. II, *Negotiable Instruments and Banking* by Benjamin Geva. Toronto : Emond-Montgomery, 1995.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Huddart, Saunders and Low J.J.A.), 2007 BCCA 52, 24 B.L.R. (4th) 201, 278 D.L.R. (4th) 501, 3 W.W.R. 649, 235 B.C.A.C. 252, 388 W.A.C. 252, 63 B.C.L.R. (4th) 214, [2007] B.C.J. No. 137 (QL), 2007 CarswellBC 155, allowing an appeal and dismissing a cross-appeal from a decision of Cohen J., 2005 BCSC 1091, 8 B.L.R. (4th) 247, [2005] B.C.J. No. 1662 (QL), 2005 CarswellBC 1826. Appeal dismissed and cross-appeal allowed.

Paul E. Jaffe and Dean Fox, for the appellant and the respondents on cross-appeal.

D. Geoffrey G. Cowper, Q.C., Brook Greenberg and Jennifer Francis, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of the Court was delivered by

DESCHAMPS J. —

1. Facts

[1] The issue in this case is whether a bank must pay damages to customers for debits made from their accounts when reversing credits that had been entered in relation to a forged cheque. The trial

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Huddart, Saunders et Low), 2007 BCCA 52, 24 B.L.R. (4th) 201, 278 D.L.R. (4th) 501, 3 W.W.R. 649, 235 B.C.A.C. 252, 388 W.A.C. 252, 63 B.C.L.R. (4th) 214, [2007] B.C.J. No. 137 (QL), 2007 CarswellBC 155, qui a accueilli un appel et rejeté un appel incident contre une décision du juge Cohen, 2005 BCSC 1091, 8 B.L.R. (4th) 247, [2005] B.C.J. No. 1662 (QL), 2005 CarswellBC 1826. Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli.

Paul E. Jaffe et Dean Fox, pour l'appelante et les intimés au pourvoi incident.

D. Geoffrey G. Cowper, c.r., Brook Greenberg et Jennifer Francis, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE DESCHAMPS —

1. Les faits

[1] Il s'agit en l'espèce de déterminer si une banque doit payer des dommages-intérêts à ses clients pour avoir débité leurs comptes en annulant des crédits inscrits en relation avec un chèque frauduleux. Tout

judge, although acknowledging that his conclusion was absurd, found for the holders of the accounts. With respect, I agree with the Court of Appeal, albeit for different reasons, that the law does not dictate such a result. I also conclude that where money has been transferred in circumstances in which it can still be identified, tracing is permitted.

[2] As Saunders J.A. wrote for the Court of Appeal, the tale in this case is a strange one. It started when Audie Hashka and Paul Backman met Sunn Newman in the United States. Newman was said to be associated with a concern called Sunrise Marketing. Hashka and Backman owned interests in the appellant, B.M.P. Global Distribution Inc. (“BMP”), a company operating in British Columbia that distributed non-stick bakeware without any formal licence or written agreement with its supplier. As the trial judge found, neither party was known to the other and neither had any business information concerning the other. According to Hashka and Backman, upon their return to Canada, an oral agreement was reached by telephone that Newman or Sunrise Marketing would purchase the right to distribute the bakeware in the United States. In the trial judge’s words, “Backman agreed that Hashka arrived at the price of US \$1.2 million by pulling the number out of the air” (2005 BCSC 1091, 8 B.L.R. (4th) 247, at para. 13). No projected cash flow statements, business plans or marketing plans were used as a basis for the negotiations, and BMP had conducted no research into Newman or Sunrise Marketing. The trial judge added: “Further, Newman did not request copies of BMP Global’s financial statements or sales records (indicating a net loss of approximately \$3,500), nor did BMP Global offer to provide this kind of information to Newman” (para. 13). According to Backman, he and Hashka decided to do business with Newman because he “was a sharp-looking guy that seemed like he had a lot of potential”. Hashka testified that Newman “seemed like a businessman” because he “dressed well”.

en reconnaissant que le résultat auquel il est parvenu était absurde, le juge de première instance a statué en faveur des titulaires des comptes. Avec égards, mais pour d’autres motifs que ceux retenus par la Cour d’appel, j’estime que le droit ne dicte pas la conclusion du juge de première instance. Je conclus aussi que le suivi (« *tracing* ») est autorisé si les fonds ont été transférés dans des circonstances qui permettent de les identifier.

[2] Comme l’a écrit la juge Saunders pour la Cour d’appel, il s’agit d’une étrange histoire. Elle débute par la rencontre aux États-Unis d’Audie Hashka et de Paul Backman avec Sunn Newman, dont on dit qu’il est associé à une entreprise du nom de Sunrise Marketing. Messieurs Hashka et Backman ont des intérêts dans l’appelante B.M.P. Global Distribution Inc. (« BMP »), qui exploite en Colombie-Britannique une entreprise de distribution d’articles de cuisson antiadhésifs, sans licence officielle ou entente écrite avec son fournisseur. Comme l’a constaté le juge de première instance, aucune des parties ne connaissait l’autre ni n’avait de renseignements commerciaux à son sujet. Selon MM. Hashka et Backman, une entente a été conclue par téléphone après leur retour au Canada, selon laquelle M. Newman ou Sunrise Marketing se porterait acquéreur du droit de distribuer les articles de cuisson aux États-Unis. Comme l’a dit le juge de première instance, [TRADUCTION] « M. Backman a reconnu que le prix de 1,2 million \$US établi par M. Hashka était tout à fait arbitraire » (2005 BCSC 1091, 8 B.L.R. (4th) 247, par. 13). Aucun état prévisionnel des flux de trésorerie, plan d’entreprise ou stratégie de marketing n’a servi de base à la négociation et BMP n’avait effectué aucune recherche au sujet de M. Newman ou de Sunrise Marketing. Le juge de première instance a ajouté : [TRADUCTION] « De plus, M. Newman n’a pas demandé de copie des états financiers ou de l’état des ventes (indiquant une perte nette d’environ 3 500 \$) de BMP, et cette dernière n’a pas proposé de les lui fournir » (par. 13). Selon M. Backman, M. Hashka et lui ont décidé de faire affaire avec M. Newman parce qu’il [TRADUCTION] « avait belle allure et semblait avoir beaucoup de potentiel ». Monsieur Hashka a lui aussi témoigné que M. Newman [TRADUCTION] « avait l’air d’un homme d’affaires » parce qu’il « était bien mis ».

[3] On October 22, 2001, Hashka went to a Burnaby branch of the Bank of Nova Scotia (“BNS”) where BMP held an account. He said that he wanted to deposit an unendorsed cheque for C\$904,563 that was payable to BMP. He informed the branch manager that the cheque was a down payment for distributorship rights for BMP’s products in the eastern United States (trial judgment, at para. 20). The cheque was drawn on an account of a corporation called First National Financial Corporation (“First National”) at a Toronto branch of the Royal Bank of Canada (“RBC”). The cheque had been received the same day, without a cover letter, in an envelope on which the sender’s name and address appeared as E. Smith of 6-6855 Airport Road, Mississauga, Ontario, L4V 1Y9, (416) 312-7205. Neither the drawer of the cheque nor the sender was known to Hashka or Backman or was apparently linked to Newman. No attempts were made to contact either First National or E. Smith before the cheque was taken to the bank.

[4] On receiving the cheque, BNS recorded it as a deposit to BMP’s account. The cheque was not endorsed. BNS did not provide immediate access to the \$904,563, because the funds already credited to the account were not sufficient to cover the amount of the cheque: the balance prior to the deposit was \$59.67. The circumstances were so unusual that the branch manager informed Hashka and Backman that the funds would be held until the bank was satisfied that the instrument was authentic (trial judgment, at para. 282). BNS contacted RBC to ensure that there were sufficient funds in First National’s account and that a hold had not been placed on the cheque. BNS eventually received the funds in the ordinary course of business and released them on October 30, 2001. On that date and over the next ten days, BMP made numerous transactions, including a transfer of US\$20,000 to a Citibank account in New York City whose holder Hashka and Backman said they did not know. The largest transfers were to accounts of Hashka and Backman and to an account opened on November 2, 2001 in the name of a holding company, 636651 B.C. Ltd., that was wholly controlled by Hashka. The Court of Appeal described this flurry of transactions as a dispersion

[3] Le 22 octobre 2001, M. Hashka s’est rendu à la succursale de Burnaby de la Banque de Nouvelle-Écosse (« BNÉ »), où BMP avait un compte. Il voulait déposer un chèque non endossé de 904 563 \$CAN, payable à l’ordre de BMP. Il a informé le directeur de la succursale que le chèque représentait un acompte pour les droits de distribution des produits de BMP dans l’est des États-Unis (jugement de première instance, par. 20). Le chèque était tiré sur le compte d’une société nommée First National Financial Corporation (« First National ») auprès d’une succursale de Toronto de la Banque Royale du Canada (« BRC »); il avait été reçu le jour même, sans lettre d’accompagnement, dans une enveloppe portant comme coordonnées de l’expéditeur E. Smith, 6-6855 Airport Road, Mississauga (Ontario), L4V 1Y9, (416) 312-7205. Messieurs Hashka et Backman ne connaissaient ni le tireur du chèque ni l’expéditeur, lesquels n’avaient ni l’un ni l’autre de lien apparent avec M. Newman. Personne n’a essayé de joindre First National ou E. Smith avant que le chèque ne soit porté à la banque.

[4] En recevant le chèque, qui n’a pas été endossé, la BNÉ l’a enregistré comme dépôt au compte de BMP. Elle n’a pas immédiatement donné accès aux 904 563 \$, car le solde créditeur du compte n’était pas suffisant pour couvrir le montant du chèque — le solde était alors de 59,67 \$. Les circonstances sortaient à ce point de l’ordinaire que le directeur de la succursale a informé MM. Hashka et Backman que les fonds seraient retenus jusqu’à ce que la banque puisse s’assurer de l’authenticité de l’effet (jugement de première instance, par. 282). La BNÉ a vérifié auprès de la BRC que le compte de First National était suffisamment provisionné et que le chèque n’avait pas fait l’objet d’une opposition. Elle a finalement reçu les fonds dans le cours normal de ses activités et les a rendus disponibles le 30 octobre 2001. À cette date et pendant les dix jours qui suivirent, BMP a effectué de nombreuses opérations, dont un virement de 20 000 \$US à un compte de Citibank à New York, en faveur d’un titulaire qui, selon le témoignage de MM. Hashka et Backman, leur était inconnu. Les virements les plus importants ont été effectués vers les comptes de MM. Hashka et Backman ainsi que vers un compte ouvert le 2 novembre 2001 au nom d’une société de portefeuille,

of funds (2007 BCCA 52, 24 B.L.R. (4th) 201, at para. 11).

[5] The movements of funds involving BMP's account and the accounts of Hashka, Backman and 636651 B.C. Ltd. can be summarized as follows:

1. On November 5, two cheques drawn on BMP's account were deposited in the account of 636651 B.C. Ltd., one, certified by BNS, in the amount of \$100,000 and the other in the amount of \$300,000. Prior to these deposits totalling \$400,000, the balance of the account was zero. After the deposits, \$7,000 was used to pay travelling expenses and personal expenses incurred by Hashka.
2. A total of \$70,000 was transferred from BMP's account to Backman's chequing account by way of deposits of \$50,000 on October 29 and \$20,000 on November 1. Prior to these deposits, the balance in the account was \$45.87. A total of \$52,351.81 was used to make purchases and retire outstanding debts incurred before the forged cheque was deposited in BMP's account. A deposit of \$17.11 was made on November 3 as a result of a point of sale refund from a Future Shop store.
3. An amount of \$3,000 was transferred from Backman's chequing account to his savings account. The prior balance of the savings account was \$74.35. No other deposits were made into this account. From the savings account, \$428.56 was used to pay outstanding debts incurred prior to the receipt of the forged cheque.
4. A total of \$20,000 was transferred from BMP's account to Hashka's account. The prior balance in Hashka's account was \$236.29. In addition, a payroll cheque for \$3,022.49 was deposited on October 30. A total of \$10,153.91 was used to pay personal debts, day-to-day expenses and entertainment expenses.

636651 B.C. Ltd., entièrement administrée par M. Hashka. Pour décrire ce cortège d'opérations, la Cour d'appel a parlé de dispersion des fonds (2007 BCCA 52, 24 B.L.R. (4th) 201, par. 11).

[5] Les déplacements des fonds impliquant le compte de BMP et ceux de MM. Hashka et Backman, et de 636651 B.C. Ltd. peuvent être résumés ainsi :

1. Le 5 novembre, deux chèques tirés sur le compte de BMP ont été déposés dans celui de 636651 B.C. Ltd. : l'un, certifié par la BNÉ, d'un montant de 100 000 \$, et l'autre, d'un montant de 300 000 \$. Avant les dépôts, totalisant 400 000 \$, aucun crédit ne paraissait au compte. Après les dépôts, 7 000 \$ ont servi à payer des frais de déplacement et dépenses personnelles engagés par M. Hashka.
2. Un virement de 70 000 \$ a été effectué du compte de BMP au compte chèques de M. Backman sous forme de deux dépôts : l'un de 50 000 \$ le 29 octobre et l'autre de 20 000 \$ le 1^{er} novembre. Avant les dépôts, le solde du compte était de 45,87 \$. Au total, 52 351,81 \$ ont servi à des achats et au remboursement de diverses dettes contractées avant le dépôt du faux chèque dans le compte de BMP. Il y a eu un dépôt de 17,11 \$ le 3 novembre, représentant le remboursement à un point de vente d'un magasin Future Shop.
3. Un virement de 3 000 \$ a été effectué du compte chèques de M. Backman à son compte d'épargne, dont le solde était de 74,35 \$ avant cette opération. Il n'y a pas eu d'autre dépôt sur ce compte. 428,56 \$ ont été prélevés sur le compte d'épargne pour rembourser des dettes antérieures à la réception du faux chèque.
4. Un virement de 20 000 \$ a été effectué du compte de BMP à celui de M. Hashka, dont le solde antérieur était de 236,29 \$. De plus, un chèque de paye de 3 022,49 \$ a été déposé le 30 octobre. 10 153,91 \$ ont servi à rembourser des dettes personnelles et à défrayer des dépenses courantes et des frais de représentation.

5. A certified cheque in the amount of \$300,000 dated November 2, drawn by BMP and made to the order of BMP, was taken to the Bank of Montreal. On November 7, a bank draft issued by the Bank of Montreal for \$300,100 was deposited by BMP in its account at BNS. No explanation has been provided for the disbursement or the subsequent deposit.

5. Un chèque certifié de 300 000 \$ daté du 2 novembre, tiré par BMP et établi à l'ordre de BMP, a été porté à la Banque de Montréal. Le 7 novembre, BMP dépose dans son compte à la BNÉ une traite bancaire de 300 100 \$ émise par la Banque de Montréal. Aucune explication n'a été donnée sur le retrait et le dépôt subséquent.

[6] On November 9, 2001, RBC notified BNS that the cheque for \$904,563 deposited in BMP's account on October 22, 2001 was counterfeit, as the drawer's signatures were forged and asked for BNS's assistance. BNS interrupted all transactions in BMP's account and in all related accounts and asked BMP for assistance in recovering the proceeds of the forged cheque. BMP insisted on retaining the amount it still held. BNS then restrained the following amounts in accounts under its control that it had linked to the forged cheque:

[6] Le 9 novembre 2001, la BRC a avisé la BNÉ que le chèque de 904 563 \$ déposé dans le compte de BMP le 22 octobre 2001 était un faux, car les signatures du tireur étaient contrefaites, et a demandé à la BNÉ de lui prêter assistance. Cette dernière a interrompu toutes les opérations dans le compte de BMP et dans tous les comptes connexes et a sollicité la coopération de BMP pour récupérer le produit du faux chèque. BMP a tenu à conserver la somme qu'elle détenait encore. La BNÉ a alors bloqué les sommes suivantes dans les comptes ouverts chez elle, sommes qu'elle avait liées au faux chèque :

BMP's account	\$ 350,188.65
636651's account	\$393,000.00
Backman's chequing account	\$ 17,711.17
Hashka's account	\$ 13,104.87
Backman's savings account	<u>\$ 2,645.79</u>
Total	\$776,650.48

Compte de BMP	350 188,65 \$
Compte de 636651	393 000,00 \$
Compte chèques de M. Backman	17 711,17 \$
Compte de M. Hashka	13 104,87 \$
Compte d'épargne de M. Backman	<u>2 645,79 \$</u>
Total	776 650,48 \$

In addition, BNS recovered \$685.56 by reversing bill payments made from BMP's account. (When referring globally to the accounts other than that of BMP, I will call them the "related accounts".)

De plus, la BNÉ a recouvré 685,56 \$ en annulant des paiements de factures effectués sur le compte de BMP. (Lorsqu'il sera question globalement des comptes susmentionnés, j'appellerai « comptes connexes » les comptes autres que celui de BMP.)

[7] On December 6, 2001, RBC and BNS entered into an agreement in which RBC represented and warranted that the "cheque dated October 12, 2001, in the amount of nine hundred and four thousand five hundred and sixty-three dollars (\$904,563.00) payable to BMP Global Distribution Inc. was counterfeit . . . [and] was deposited into Scotiabank account number 30460 00178-17 . . . [and] that the proceeds of the Counterfeit Cheque are proceeds of fraud". Under this agreement, BNS was, at RBC's request, to transfer the restrained funds to RBC and RBC was to indemnify BNS for any losses related to the restraint and transfer. On December 7, 2001, BNS transferred \$777,336.04 to RBC.

[7] Le 6 décembre 2001, la BRC et la BNÉ ont conclu une entente suivant laquelle la BRC atteste que le [TRADUCTION] « chèque du 12 octobre 2001 au montant de neuf cent quatre mille cinq cent soixante-trois dollars (904 563 \$) payable à l'ordre de BMP était un faux [. . .] et a été déposé dans le compte numéro 30460 00178-17 de la Banque Scotia [. . .] et que le produit de ce faux chèque est le produit d'une fraude ». Selon cette entente, la BNÉ, à la demande de la BRC, doit transférer à la BRC les fonds bloqués et celle-ci doit l'indemniser de toute perte liée au blocage et au transfert. Le 7 décembre 2001, la BNÉ a transféré 777 336,04 \$ à la BRC.

[8] BMP's account was governed by a standard-form financial services agreement ("service agreement"). The relevant clauses are discussed below.

[9] BMP, Hashka, Backman and 636651 B.C. Ltd. claimed damages equivalent to the restrained amounts, non-pecuniary damages for stress, wrongful disclosure of information and defamation, aggravated and punitive damages. Backman also claimed damages regarding BNS's failure to honour certain payment instructions while his account was restrained. The issue of damages for stress, wrongful disclosure of information and defamation is not before this Court.

2. Decisions of the Courts Below

2.1 *British Columbia Supreme Court*, 2005 BCSC 1091, 8 B.L.R. (4th) 247

[10] Cohen J. found that since BMP was not suing to enforce payment of the cheque, whether or not the cheque was a nullity or whether or not accepting BMP's position would allow a windfall to accrue to BMP had no bearing on the outcome of the litigation (paras. 284-85). In his view, BNS had violated the service agreement as well as the law applicable to banker/customer relations by charging back amounts credited to the accounts of BMP and the other plaintiffs. Cohen J. interpreted the service agreement as incorporating the clearing rules of the Canadian Payments Association ("clearing rules") and precluding BNS from charging back against its customer's account. He reasoned that once "final settlement on the deposit of the Counterfeit Cheque had been reached between the BNS and the RBC", the funds in BMP's account "went from being a 'provisional' credit to being a 'final' credit. At that stage the relationship between the BNS and the plaintiffs was that of debtor/creditor" (para. 306). Regarding the related accounts, Cohen J. found that the law prevented a bank charging back against a customer's account without the customer's permission. He awarded the plaintiffs pecuniary damages because they had

[8] Le compte de BMP était régi par un contrat type de services financiers (le « contrat de services »), dont les clauses pertinentes seront examinées plus loin.

[9] BMP, MM. Hashka et Backman, et 636651 B.C. Ltd. ont réclamé des dommages-intérêts équivalant aux sommes bloquées, des dommages-intérêts non pécuniaires pour stress, communication abusive de renseignements et diffamation ainsi que des dommages-intérêts majorés et des dommages-intérêts punitifs. Monsieur Backman a aussi demandé des dommages-intérêts du fait que la BNÉ n'avait pas respecté certaines instructions de paiement pendant le blocage des fonds dans son compte. La Cour n'est pas saisie de la question des dommages-intérêts pour stress, communication abusive de renseignements et diffamation.

2. Les décisions des juridictions inférieures

2.1 *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, 2005 BCSC 1091, 8 B.L.R. (4th) 247

[10] Selon le juge Cohen, puisque l'action intentée par BMP ne visait pas le paiement du chèque, l'issue du litige ne dépendait pas de la question de savoir si le chèque était nul ou non ou si l'acceptation de la position de BMP permettait ou non à celle-ci de recevoir une manne indue (par. 284-285). Le juge a estimé que la BNÉ avait contrevenu au contrat de services ainsi qu'aux règles de droit régissant les relations banque-client, en annulant les crédits inscrits au compte de BMP et aux comptes connexes. Selon son interprétation du contrat de services, celui-ci incorporait les règles de compensation de l'Association canadienne des paiements (« règles de compensation ») et empêchait la BNÉ d'annuler des crédits portés au compte du client. D'après son raisonnement, une fois que [TRADUCTION] « la BNÉ et la BRC sont parvenues au règlement définitif concernant le dépôt du faux chèque », les fonds du compte de BMP [TRADUCTION] « sont passés de crédit "provisoire" à crédit "définitif". La relation entre la BNÉ et les demandeurs devenait alors une relation débiteur-créancier » (par. 306). S'agissant des comptes connexes, le juge Cohen a conclu que le droit ne permettait pas à une banque d'annuler un crédit porté au compte d'un client sans

“suffered a loss of their right to demand repayment from the BNS of the BNS’ debt to them by reason of the BNS’ wrongful charge backs against their respective bank accounts” (para. 423). He assessed the total pecuniary damages at \$777,336.04, the sum of all the charge backs and the reversed payments. He also awarded Backman \$13.50 for a late charge due to BNS’s failure to honour certain payment instructions while his account was restrained. Cohen J. also awarded damages for wrongful disclosure of information and defamation.

2.2 *British Columbia Court of Appeal, 2007 BCCA 52, 24 B.L.R. (4th) 201*

[11] The unanimous judgment of the Court of Appeal was rendered by Saunders J.A. She framed the issue as a fraud designed to place a credit in BMP’s account for which BMP gave nothing. In her view, the courts were being asked to indirectly complete the fraud. She accepted the trial judge’s finding that BNS had breached its banking agreement when it reversed the credit in BMP’s account over BMP’s opposition. However, she found that two characteristics of the case made it unusual. The first was that

the fact of two banks, and the consequent issues arising of clearing rules and the *Bills of Exchange Act*, confuse what would be otherwise a simple conclusion in these circumstances. The interposition in the fraudster’s scheme of the Royal Bank of Canada created the screen of the clearing system. In this sense, the fraud may be described as extra-layered. The issue is whether that extra layering, in the circumstances I have just described, entitles BMP to recover from the Bank of Nova Scotia, as ordered by the trial judge. [para. 26]

Indeed, Saunders J.A. said that if only one bank had been involved in the payment, it would have been entitled to debit BMP’s account, because the money was paid under a mistake of fact. The second unusual characteristic was the fact that

BMP is an innocent in the fraud. Thus we know that BMP did not overtly assist the author of the scheme

son autorisation. Il a octroyé aux demandeurs des dommages-intérêts pécuniaires parce qu’ils avaient été [TRADUCTION] « privés de leur droit d’exiger de la BNÉ le remboursement de sa dette à leur égard en raison de l’annulation inappropriée de crédits portés à leurs comptes respectifs » (par. 423). Il a évalué le montant total des dommages-intérêts pécuniaires à 777 336,04 \$, c’est-à-dire la somme des crédits et paiements annulés. Il a aussi accordé à M. Backman 13,50 \$ en remboursement d’un montant qui lui avait été facturé à tort. Il a également accordé des dommages-intérêts pour communication abusive de renseignements et pour diffamation.

2.2 *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2007 BCCA 52, 24 B.L.R. (4th) 201*

[11] Le jugement unanime de la Cour d’appel a été rendu par la juge Saunders. Pour elle, il s’agissait d’une fraude qui visait à inscrire, sans contrepartie, un crédit au compte de BMP; on demandait aux tribunaux de parachever indirectement la fraude. Elle a souscrit à la conclusion du juge de première instance que la BNÉ avait contrevenu au contrat bancaire en annulant les crédits dans le compte de BMP malgré son opposition. Elle a toutefois conclu que deux éléments rendaient l’affaire inhabituelle. D’abord,

[TRADUCTION] la présence de deux banques — et des questions d’application des règles de compensation et de la *Loi sur les lettres de change* qui en découlent — embrouille une conclusion qui, autrement, serait facile à tirer. En faisant intervenir la Banque Royale du Canada, l’auteur de la fraude s’est servi du système de compensation comme écran. En ce sens, la fraude comporte une couche supplémentaire. Il s’agit de se demander si cette couche supplémentaire, dans les circonstances que je viens de décrire, procure à BMP le droit au remboursement, de la part de la Banque de Nouvelle-Écosse, ordonné par le juge de première instance. [par. 26]

La juge Saunders a d’ailleurs indiqué que, si une seule banque avait été en cause, cette banque aurait été habilitée à débiter le compte de BMP, parce que le paiement résultait d’une erreur de fait. La deuxième circonstance inhabituelle était le fait que

[TRADUCTION] BMP n’est pas partie à la fraude. Ainsi, nous savons que BMP n’a pas ouvertement prêté son

in its iniquitous aspects, whether or not the author has already been paid, unknowingly, by the cheque to Citibank, or was a gratuitous fraudster, or was a fraudster who has not yet presented his bill. For that reason, the many cases concerning recovery of monies from persons implicated in a fraud have no bearing on this case. [para. 27]

[12] Saunders J.A. did not delve further into what she called “the screen of the clearing system”. She went on to find that

on a plain reading of s. 48, the counterfeit cheque, because of the forged signatures on it, was wholly inoperative, setting the stage for a claim for return of monies advanced in reliance upon it.

Section 48 demonstrates the *prima facie* empty asset that BMP builds its claim around.

In equity, then, would this cheque have provided a basis upon which BMP could hope to retain the funds credited to its account? In my view the answer is no. [paras. 33-35]

[13] Saunders J.A. then found that it would be against good conscience to give a monetary judgment that would accomplish the substance of the fraud. She added that BMP could not claim the windfall — it had lost nothing; it did not change its position as a result of the charge back. She found that the arguments about the alleged rights of BMP, 636651 B.C. Ltd., Hashka and Backman under the clearing system rules were inconsistent with the principles of equity. She also found that, except for the \$100 added to the original amount of \$300,000, the funds linked to the bank draft issued by the Bank of Montreal bore the same character as the credit obtained from the deposit of the forged cheque. Thus, BMP could not retain any proceeds essentially derived from fraud. Saunders J.A. awarded BMP nominal damages of \$1 for BNS’s reversal of the credit over BMP’s opposition (paras. 30 and 51) plus the remaining \$100 from the bank draft, and dismissed the cross-appeal on punitive damages.

concoure aux aspects illicites de l’opération, que l’auteur de la fraude ait déjà été payé ou non à son insu au moyen du chèque établi à l’ordre de Citibank, qu’il se soit agi ou non d’une fraude gratuite ou que la facture de l’auteur de la fraude reste ou non à présenter. C’est pourquoi les nombreuses décisions concernant le recouvrement auprès des parties à une fraude ne s’appliquent pas en l’espèce. [par. 27]

[12] La juge Saunders n’a pas expliqué plus en détail ce qu’elle a décrit comme l’« écran » du système de compensation. Elle a tiré les conclusions suivantes :

[TRADUCTION] . . . selon le sens ordinaire de l’art. 48, le faux chèque était sans effet à cause des signatures contrefaites, ce qui ouvrait la voie à une demande de restitution des sommes avancées sur la base du chèque.

Il ressort de l’article 48 que le bien sur lequel BMP fonde sa réclamation est à première vue dépourvu de valeur.

On peut alors se demander si, en equity, le chèque aurait pu donner à BMP motif d’espérer conserver les fonds portés au crédit de son compte. À mon avis, la réponse est négative. [par. 33-35]

[13] La juge Saunders a ensuite conclu qu’on ne pouvait, en bonne conscience, rendre un jugement pécuniaire qui, essentiellement, réaliserait une fraude. Elle a ajouté que BMP ne pouvait réclamer la manne indue parce qu’elle n’avait rien perdu : sa situation n’a pas changé par suite de l’annulation des crédits. Elle a aussi estimé que les arguments relatifs aux droits que BMP, 636651 B.C. Ltd. et MM. Hashka et Backman prétendaient tenir des règles du système de compensation allaient à l’encontre des principes de l’equity et que les fonds liés à la traite bancaire émise par la Banque de Montréal, exception faite des 100 \$ ajoutés au 300 000 \$, étaient de la même nature que le crédit inscrit par suite du dépôt du faux chèque. BMP ne pouvait donc conserver quoi que ce soit qui découlait essentiellement de la fraude. La juge Saunders a accordé à BMP des dommages-intérêts symboliques de 1 \$ pour l’annulation de crédits que la BNÉ a effectuée sans son autorisation (par. 30 et 51) ainsi que les 100 \$ restants de la traite bancaire; elle a rejeté l’appel incident relatif aux dommages-intérêts punitifs.

[14] As to the funds traced in the related accounts, Saunders J.A. found that the transfers were proper and that the cheques were actual bills of exchange, unlike the forged cheque. Absent a finding that the cheques in question were improper, BNS was entitled only to “a remedy of tracing, or an enquiry into the true ownership of the accounts” (para. 56). The appeals against 636651 B.C. Ltd., Hashka and Backman were thus dismissed.

[15] BMP appeals the Court of Appeal’s reversal of the trial judge’s conclusion on damages and also asks for punitive damages. BNS cross-appeals on the issue of tracing in the related accounts. It seeks the reversal of the Court of Appeal’s decision and of the trial judge’s damages award in favour of the holders of the related accounts.

3. Positions of the Parties

[16] BMP asks that the award of damages be restored. It argues that, whether the claim is viewed as one for debt or for damages for breach of contract, BNS’s liability is the same: “It is not necessary for BMP to prove that it suffered a loss, other than the loss of its right to demand repayment of [the amount credited to] its account [at] BNS” (A.F., at para. 82). BMP also asks for punitive damages to sanction BNS for its conduct.

[17] BNS takes the position that BMP never had any interest in the proceeds of the forged cheque and that it is not entitled to damages, whether general or punitive, resulting from BNS’s decision to return the funds to the victim of the fraud. BNS asserts what is essentially a defence *in rem*, relying on the inherent nullity of an instrument bearing the forged signatures of the drawer. It argues that this defence suffices for it to resist BMP’s claim. In addition, BNS appeals the decision on the tracing of the funds in the related accounts on the basis that those funds were clearly identified as

[14] Quant aux fonds suivis dans les comptes connexes, la juge Saunders a conclu que les virements étaient valides et que les chèques étaient d’authentiques lettres de change, contrairement au faux chèque. En l’absence de conclusion d’irrégularité des chèques en question, le seul recours de la BNÉ consistait à [TRADUCTION] « suivre les fonds dans les comptes ou à faire déterminer à qui appartiennent véritablement les comptes » (par. 56). Les appels interjetés contre 636651 B.C. Ltd. et MM. Hashka et Backman ont donc été rejetés.

[15] BMP se pourvoit contre la décision de la Cour d’appel d’infirmier la conclusion du juge de première instance sur les dommages-intérêts et demande des dommages-intérêts punitifs. La BNÉ a formé un appel incident sur la question du suivi des fonds dans les comptes connexes. Elle cherche à faire infirmer la décision de la Cour d’appel ainsi que celle du juge de première instance d’octroyer des dommages-intérêts aux titulaires des comptes connexes.

3. La position des parties

[16] BMP demande le rétablissement de l’ordonnance de paiement des dommages-intérêts, faisant valoir que la responsabilité de la BNÉ demeure la même qu’on l’examine sous l’angle de la dette ou sous celui de la violation de contrat, [TRADUCTION] « [c]e qui la dispense d’établir qu’elle a subi une perte autre que celle de son droit d’exiger le remboursement du crédit porté à son compte auprès de la BNÉ » (m.a., par. 82). Elle demande aussi que la conduite de la BNÉ soit sanctionnée par l’octroi de dommages-intérêts punitifs.

[17] La BNÉ soutient que sa décision de restituer les fonds à la victime de la fraude ne saurait fonder la réclamation en dommages-intérêts, généraux ou punitifs, de BMP, car celle-ci n’a jamais eu de droit sur le produit du faux chèque. Elle présente essentiellement un moyen de défense *in rem*, invoquant la nullité inhérente d’un effet dont les signatures du tireur sont contrefaites, moyen qui, selon elle, fait totalement obstacle aux prétentions de BMP. Elle se pourvoit également contre la décision concernant le suivi des fonds dans les comptes connexes, en faisant valoir que ces fonds constituaient clairement

proceeds of the forged cheque and that none of the parties involved gave any consideration or suffered any detriment. BNS does not contest the \$13.50 awarded as damages by the trial judge in relation to a late-payment charge Backman had to pay to a third party.

[18] As the Court of Appeal mentioned, the case would have been simpler had only one bank been involved. However, in my view, BNS was not precluded from acknowledging that RBC could rely on the well-established doctrine of mistake of fact. Moreover, the conditions for tracing the funds in the related accounts are, in my view, met.

[19] In sum, this case is about the restitution of amounts paid by RBC by mistake and the right to trace the proceeds. Since the case can be resolved by applying the common law rules on mistake of fact, I will begin by reviewing those rules. I will then apply the rules to the facts, and in doing so I will explain how the rules apply in the context of the relationship between the drawee and the collecting bank and between the customer and the bank; this will require a further discussion of the common law inasmuch as it has not been changed by the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1985, c. B-4 (“*BEA*”). Finally, I will explain why, in my view, BNS could resist the claims of BMP and the holders of the related accounts.

4. Analysis

[20] In *Bank and Customer Law in Canada* (2007), M. H. Ogilvie writes (at p. 284):

[B]anks make payments by mistake for a variety of reasons, including simple error, either personal or by computer, in making a payment more than once, payment over an effective countermand, payment where there are insufficient funds, or payment of a forged or unauthorized cheque. *Prima facie*, in these situations, with the exception of insufficient funds which is treated as an overdraft, the bank is liable to reimburse the customer’s account because it is in breach of contract with the customer. But the bank is also permitted to look to the recipient of the mistaken payment for restitution of the sum paid under a mistake of fact.

des produits du faux chèque et qu’aucune des parties en cause n’avait fourni de contrepartie ou subi de préjudice. Elle ne conteste pas les dommages-intérêts de 13,50 \$ que le juge de première instance a accordés relativement aux frais de paiement en retard que M. Backman avait dû payer à un tiers.

[18] Comme la Cour d’appel l’a indiqué, l’affaire aurait été plus simple s’il n’y avait eu qu’une banque en cause. Toutefois, à mon avis, il n’était pas pour autant interdit à la BNÉ de reconnaître que la BRC pouvait se fonder sur la doctrine bien établie de l’erreur de fait. J’estime en outre que les conditions permettant le suivi des fonds dans les comptes connexes étaient remplies.

[19] En résumé, la présente affaire concerne la restitution des sommes payées par erreur par la BRC et le droit de suivre le produit du chèque. Puisqu’il est possible de trancher l’affaire par application des règles de common law en matière d’erreur de fait, j’examinerai d’abord ces règles, pour ensuite les appliquer aux faits en expliquant comment elles s’intègrent à la relation entre la banque tirée et la banque d’encaissement et à celle entre le client et sa banque; cela nécessite un examen plus approfondi de la common law dans la mesure où la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, ch. B-4 (« *LLC* »), ne les a pas modifiées. Enfin, j’expliquerai pourquoi, à mon avis, la BNÉ a le droit de contester les prétentions de BMP et des titulaires des comptes connexes.

4. Analyse

[20] Dans *Bank and Customer Law in Canada* (2007), M. H. Ogilvie écrit :

[TRADUCTION] [L]es paiements effectués par erreur par les banques peuvent avoir diverses causes, dont la simple erreur personnelle ou informatique, le double paiement, le paiement en dépit de l’annulation valide de l’ordre de paiement, le paiement sur des fonds insuffisants ou le paiement d’un chèque contrefait ou non autorisé. Dans de tels cas, exception faite de l’insuffisance de fonds considérée comme un découvert, la banque est à première vue tenue de rembourser le compte du client parce qu’elle a contrevenu au contrat conclu avec celui-ci, mais elle peut aussi se retourner contre le destinataire du paiement pour obtenir la restitution de la somme payée par erreur de fait. [p. 284]

[21] That a bank has a right to recover from a recipient a payment made under a mistake of fact was made clear in a restatement of the law by Goff J. (as he then was) in *Barclays Bank Ltd. v. W. J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd.*, [1979] 3 All E.R. 522 (Q.B.), at p. 541. Canadian courts have long recognized that right on the basis of the analytical framework adopted in *Royal Bank v. The King*, [1931] 2 D.L.R. 685 (Man. K.B.). Since *Simms*, however, and I agree with this approach, many Canadian courts have relied on the English case as setting the conditions for recovery in restitution by a bank, subject to Canadian law with respect to change of position, an issue that will be discussed below: *Royal Bank of Canada v. LVG Auctions Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 582 (H.C.J.), aff'd (1984), 12 D.L.R. (4th) 768 (Ont. C.A.); *Toronto-Dominion Bank v. Pella/Hunt Corp.* (1992), 10 O.R. (3d) 634 (Gen. Div.); *A.E. LePage Real Estate Services Ltd. v. Rattray Publications* (1994), 120 D.L.R. (4th) 499 (Ont. C.A.), at p. 507: "*Barclays Bank v. Simms* is the accepted authority explaining the obligations of a bank to its customer and its redress against the payee of a cheque who appears to be taking advantage of an innocent mistake on the part of a bank employee"; *Central Guaranty Trust Co. v. Dixdale Mortgage Investment Corp.* (1994), 24 O.R. (3d) 506 (C.A.), at p. 512, fn. 1; Ogilvie, at p. 285; P. D. Madaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (loose-leaf), at p. 10-32.

4.1 *Simms Test for Recovering Money Paid Under a Mistake of Fact*

[22] The test laid down in *Simms* for recovering money paid under a mistake of fact (at p. 535) is straightforward:

1. If a person pays money to another under a mistake of fact which causes him to make the payment, he is prima facie entitled to recover it as money paid under a mistake of fact.

2. His claim may however fail if: (a) the payer intends that the payee shall have the money at all events, whether the fact be true or false, or is deemed in law so to intend; (b) the payment is made for good consideration, in particular if the money is paid to discharge,

[21] Il ressort clairement de la reformulation du droit applicable qu'a faite le juge Goff (plus tard lord Goff) dans *Barclays Bank Ltd. c. W. J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd.*, [1979] 3 All E.R. 522 (Q.B.), p. 541, qu'une banque ayant effectué un paiement par une erreur de fait a le droit de le recouvrer auprès du récepteur. Les tribunaux canadiens reconnaissent ce droit depuis longtemps selon le cadre analytique adopté dans *Royal Bank c. The King*, [1931] 2 D.L.R. 685 (B.R. Man.). Depuis *Simms*, toutefois, et je partage cette approche, nombre d'entre eux ont eu recours à la décision anglaise pour ce qui est des conditions d'exercice de ce droit, sous réserve de la position canadienne en matière de changement de situation, dont il sera question plus loin : *Royal Bank of Canada c. LVG Auctions Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 582 (H.C.J.), conf. par (1984), 12 D.L.R. (4th) 768 (C.A. Ont.); *Toronto-Dominion Bank c. Pella/Hunt Corp.* (1992), 10 O.R. (3d) 634 (Div. gén.); *A.E. LePage Real Estate Services Ltd. c. Rattray Publications* (1994), 120 D.L.R. (4th) 499 (C.A. Ont.), p. 507 : [TRADUCTION] « *Barclays Bank c. Simms* est reconnu comme l'arrêt expliquant les obligations d'une banque envers son client ainsi que ses recours contre le preneur d'un chèque qui semble tirer profit d'une erreur commise de bonne foi par un employé de banque »; *Central Guaranty Trust Co. c. Dixdale Mortgage Investment Corp.* (1994), 24 O.R. (3d) 506 (C.A.), p. 512, note 1; Ogilvie, p. 285; P. D. Madaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (feuilles mobiles), p. 10-32.

4.1 *Le critère de la décision Simms applicable au recouvrement des paiements résultant d'une erreur de fait*

[22] Le critère établi dans *Simms* en matière de recouvrement de sommes payées par erreur de fait est simple :

[TRADUCTION] 1. Quiconque paie une somme d'argent par erreur de fait a, à première vue, le droit de recouvrer le paiement à titre de deniers versés par erreur de fait.

2. La demande de recouvrement peut cependant être rejetée si : (a) le payeur avait l'intention que le bénéficiaire ait l'argent quoi qu'il arrive, que le fait soit vrai ou faux, ou est juridiquement réputé avoir cette intention; (b) le paiement est effectué avec contrepartie valable, en

and does discharge, a debt owed to the payee (or a principal on whose behalf he is authorised to receive the payment) by the payer or by a third party by whom he is authorised to discharge the debt; (c) the payee has changed his position in good faith, or is deemed in law to have done so.

[23] The right of BNS to resist the claims of the appellant and the cross-respondents cannot be examined without regard to RBC's right to ask BNS to transfer the funds. Consequently, RBC's position is the starting point for the analysis.

4.2 *Application of the Test*

4.2.1 Prima Facie Right to Recover

[24] On the first step of the *Simms* test, RBC has a *prima facie* right to recover. It is common ground that payment was made on the basis of a forged instrument. According to s. 48(1) *BEA*, a forged signature is wholly inoperative. It does not create a right to give a discharge for the bill or to enforce payment. RBC made the payment before discovering that the drawer's signatures were forged. BMP no longer disputes the fact that the instrument is a forgery, but it contends that RBC must bear the loss and that BNS was not entitled to restrain the funds and transfer them to RBC. This argument goes to the second step of the test. At the first step, there is no basis for denying that RBC has a *prima facie* right to recover the funds.

4.2.2 Right of the Payee to Keep the Proceeds, Consideration and Change of Position

[25] I reiterate that the second step of the test involves three enquiries: (1) Did the payor intend that the payee keep the money in any event or is the payor precluded by law from raising the mistake? (2) Did the payee give consideration? (3) Did the payee change its position?

4.2.2.1 *Right to Keep the Proceeds*

[26] In the first enquiry, the question is whether the payor intends or is deemed in law to intend the payee to receive the funds. In the case at bar,

particulier s'il sert à acquitter une dette due par le payeur (ou par un tiers ayant autorisé le paiement) à un bénéficiaire (ou à un mandant au nom de qui le bénéficiaire est autorisé à recevoir le paiement) et qu'il a cet effet; (c) le bénéficiaire a modifié sa situation de bonne foi ou est juridiquement réputé l'avoir fait. [p. 535]

[23] L'examen du droit de la BNÉ de contester les prétentions de l'appelante et des intimés au pourvoi incident implique nécessairement celui du droit de la BRC de demander à la BNÉ de transférer les fonds. Par conséquent, le point de départ de l'analyse est la position de la BRC.

4.2 *Application du critère*

4.2.1 Existence à première vue d'un droit au recouvrement

[24] Selon le premier volet du critère établi dans *Simms*, la BRC a, à première vue, droit au recouvrement. Nul ne conteste en l'espèce que l'effet payé était un faux. Selon le par. 48(1) de la *LLC*, la signature contrefaite est sans effet; elle ne confère pas le droit d'acquitter la lettre de change ou d'obliger une partie à en effectuer le paiement. La BRC a payé avant de découvrir que les signatures du tireur étaient contrefaites. BMP ne conteste plus que l'effet est un faux, mais elle soutient que la perte doit être assumée par la BRC et que la BNÉ n'avait pas le droit de bloquer les fonds et de les transférer à la BRC. Cet argument se rapporte au deuxième volet du critère. Au premier volet, il n'y a aucune raison de ne pas reconnaître que la BRC a, à première vue, droit au recouvrement des fonds.

4.2.2 Droit du bénéficiaire de garder le produit, contrepartie et changement de situation

[25] Le deuxième volet du critère comporte, je le répète, trois questions : (1) Le payeur a-t-il l'intention que le bénéficiaire conserve l'argent quoi qu'il arrive ou est-il juridiquement empêché d'invoquer l'erreur? (2) Le bénéficiaire a-t-il donné contrepartie? (3) Le bénéficiaire a-t-il modifié sa situation?

4.2.2.1 *Droit de conserver le produit*

[26] Le premier point à examiner est la question de savoir si le payeur a ou est juridiquement réputé avoir l'intention que le bénéficiaire, ici le preneur,

the drawee provided the funds under the mistaken assumption that the drawer's signatures were genuine. It is not in dispute — and is well settled in law — that RBC, as the drawee, had no right to pay the cheque out of the funds it held to the credit of First National, the purported drawer, and that RBC would be liable to reimburse its customer if it used the customer's funds to make the payment. Nor is the relationship between BNS and RBC in dispute. It is that of a collecting bank receiving funds from the drawee in order to remit them to the payee. The issue before the Court in this case is whether, as BMP argues, the loss must fall on the drawee bank.

[27] Where a drawee provides funds to a collecting bank on presentation of an instrument bearing a forged signature of the drawer, the drawee will usually — unless a specific factual context dictates otherwise — be in a position to assert that it did not intend the payee to keep the funds. As I mentioned above, the drawee in this situation pays without the authority to do so and is liable to its customer, who has not signed as the drawer. Without such an instruction from the drawer, the payor cannot be said to have intended the payee to keep the money in any event. This is not a case where a party pays a debt it owes or where other similar circumstances preclude the payor from denying that it intended the payee to keep the funds.

[28] However, whether the payor is deemed in law to intend that the payee keep the money requires further elaboration. BMP put forward three arguments in support of its claim. The first is that the principle of finality of payment forms part of the common law and that it prevents the drawee bank from recovering the paid proceeds of a forged cheque from anyone other than the forger. The second is that the scheme of the *BEA* does not allow RBC to recover from BNS or BMP. The third is that the service agreement between BNS and BMP precludes BNS from recovering such proceeds from BMP.

reçoive les fonds. En l'espèce, la banque tirée a fourni les fonds en croyant à tort à l'authenticité des signatures du tireur. Il n'est pas contesté — et il est bien établi en droit — que la BRC (banque tirée) n'était pas autorisée à payer le chèque avec les fonds portés au crédit de First National (tireur apparent) et qu'elle aurait été tenue de rembourser sa cliente si elle avait effectué le paiement avec les fonds de celle-ci. La relation entre la BNÉ et la BRC n'est pas contestée non plus. La BNÉ était la banque d'encaissement, qui recevait les fonds de la banque tirée afin de les remettre au preneur. La Cour est appelée en l'espèce à décider si, comme le prétend BMP, la banque tirée doit assumer la perte.

[27] Lorsqu'un tiré remet des fonds à une banque d'encaissement sur présentation d'un effet dont la signature du tireur est contrefaite, il sera habituellement — sauf indication contraire du contexte factuel de l'espèce — en mesure d'affirmer qu'il n'avait pas l'intention que le preneur conserve les fonds. Comme je l'ai déjà mentionné, le tiré, dans un tel cas, paie sans y être autorisé et il engage sa responsabilité envers son client, qui n'a pas signé l'effet en qualité de tireur. L'instruction du tireur étant inexistante, on ne peut considérer que le payeur avait l'intention que le preneur conserve les fonds quoi qu'il arrive. Il ne s'agit pas d'un cas de paiement d'une dette ou d'un cas présentant des circonstances analogues interdisant au payeur de nier son intention que le preneur conserve les fonds.

[28] Toutefois, la question de savoir si le payeur est juridiquement réputé avoir l'intention que le preneur garde l'argent nécessite quelques précisions. BMP a invoqué trois arguments à l'appui de ses prétentions. Le premier est que le principe de l'irrévocabilité du paiement d'un chèque fait partie de la common law et il empêche la banque tirée qui a payé un faux chèque d'obtenir la restitution du paiement de qui que ce soit d'autre que l'auteur du faux. Le deuxième est que la BRC ne peut invoquer le régime prévu par la *LLC* pour obtenir restitution de la BNÉ ou de BMP. Le troisième est que le contrat de services liant la BNÉ et BMP interdit à la BNÉ de recouvrer auprès de BMP le produit du chèque.

4.2.2.1.1 Principle of Finality of Payment

[29] In Canadian law, the argument that the drawee should bear the loss is sometimes said to have originated in *Bank of Montreal v. The King* (1907), 38 S.C.R. 258. I will turn to that case in a moment, but since the two judges (Girouard J., with whom MacLennan J. concurred) who supported the principle of finality relied heavily on the older case of *Price v. Neal* (1762), 3 Burr. 1354, 97 E.R. 871, I will begin by discussing the latter.

[30] In *Price v. Neal*, a drawee paid a first bill of exchange bearing a forged signature of the drawer. He then accepted a second, also bearing a forged signature of the drawer. After that acceptance, the bearer discounted the second bill, which the drawee eventually paid. A considerable amount of time elapsed before the drawee found out that the signatures on both bills were forged. Lord Mansfield held that the drawee was not entitled to recover in such a case.

[31] *Price v. Neal* has been interpreted in various ways over the centuries. One of the interpretations serves as a basis for a broad statement that the principle of finality of payment requires the drawee to bear the loss where the drawer's signature is forged, irrespective of detrimental reliance (see S. A. Scott, "Comment on Benjamin Geva's Paper: 'Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects'" (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 331 ("Comment on Reflections"), at p. 342). A second interpretation of *Price v. Neal* is that the drawee cannot rely on the forgery after acceptance (or payment) of a bill bearing a signature he should know to be forged or is deemed to have negligently omitted to verify. Yet a third interpretation put forward for *Price v. Neal* limits its scope to instances where two innocent parties have equal equities but the holder of the bill has legal title to the money (see *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, [1991] 2 A.C. 548 (H.L.); B. Geva, "Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects: Panel Discussion" (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 269 ("Reflections"), at pp. 308-9; J. S. Ziegel, B. Geva

4.2.2.1.1 Le principe de l'irrévocabilité

[29] En droit canadien, on lie parfois à l'arrêt *Bank of Montreal c. The King* (1907), 38 R.C.S. 258, l'argument que le tiré doit assumer la perte. Mais comme les deux juges (le juge Girouard, à l'opinion duquel a souscrit le juge MacLennan) qui ont appuyé le principe de l'irrévocabilité ont amplement cité l'arrêt antérieur *Price c. Neal* (1762), 3 Burr. 1354, 97 E.R. 871, j'examinerai d'abord ce dernier.

[30] Dans *Price c. Neal*, un tiré avait payé une première lettre de change dont la signature du tireur était contrefaite. Il en a ensuite accepté une deuxième sur laquelle la signature du tireur était elle aussi contrefaite. Après l'acceptation, le porteur a fait escompter la seconde lettre de change, que le tiré a finalement payée. Longtemps après les paiements, le tiré a découvert que les signatures sur les deux effets étaient contrefaites. Lord Mansfield a jugé que, dans un tel cas, le tiré n'avait pas droit au recouvrement.

[31] L'arrêt *Price c. Neal* a fait l'objet de diverses interprétations au cours des siècles, dont une a formé l'assise de l'énoncé général selon lequel, en raison du principe de l'irrévocabilité du paiement, le tiré doit assumer la perte découlant de la contrefaçon de la signature du tireur, sans égard au fait qu'il ait pu poser des actes préjudiciables en tenant pour acquis que l'effet était valide (voir S. A. Scott, « Comment on Benjamin Geva's Paper : "Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects" » (1981-1982), 6 *Rev. can. dr. comm.* 331 (« Comment on Reflections »), p. 342). Selon la deuxième interprétation de *Price c. Neal*, le tiré ne peut invoquer le faux après acceptation (ou paiement) d'une lettre de change portant une signature dont il devrait savoir qu'il s'agissait d'un faux ou qu'il est réputé avoir omis, par négligence, de vérifier. La troisième interprétation limite cependant l'application de *Price c. Neal* aux cas où les revendications en equity de deux parties innocentes sont tout aussi fondées, mais où le détenteur de la lettre de change peut légalement prétendre à la propriété de l'argent (voir *Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.*, [1991] 2 A.C. 548 (H.L.); B. Geva,

and R. C. C. Cuming, *Commercial and Consumer Transactions: Cases, Text and Materials* (3rd ed. 1995), vol. II, at p. 396, citing J. B. Ames, “The Doctrine of *Price v. Neal*” (1891), 4 *Harv. L. Rev.* 297, at pp. 297-99). In view of the various interpretations of *Price v. Neal*, I do not accept that it provides a basis for an unqualified rule that a drawee will never have any recourse against either the collecting bank or the payee where payment has been made on the forged signature of the drawer.

« Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects : Panel Discussion » (1981-1982), 6 *Rev. can. dr. comm.* 269 (« Reflections »), p. 308-309; J. S. Ziegel, B. Geva et R. C. C. Cuming, *Commercial and Consumer Transactions: Cases, Text and Materials* (3^e éd. 1995), vol. II, p. 396, citant J. B. Ames « The Doctrine of *Price v. Neal* » (1891), 4 *Harv. L. Rev.* 297, p. 297-299). Compte tenu des interprétations diverses de *Price c. Neal*, j’estime que cette décision ne saurait constituer une assise solide pour affirmer qu’il existe une règle voulant que le tiré ne dispose d’aucun recours contre la banque d’encaissement ou le preneur à l’égard d’un paiement effectué sur la foi de la signature contrefaite du tireur.

[32] In Canada, *Bank of Montreal v. The King* is sometimes relied on in support of the principle of finality of payment. Upon closer examination, however, it cannot be said to stand for a hard and fast rule that the drawee is in all circumstances precluded from recovering from the collecting bank. First, the judges in *Bank of Montreal v. The King* who invoked *Price v. Neal* as having endorsed the principle of finality of payment did not discuss the third interpretation of that case. Second, the other judges who wrote in *Bank of Montreal v. The King* took a far more nuanced approach to the problem of the forged signature of the drawer.

[32] Au Canada, on cite parfois *Bank of Montreal c. The King* à l’appui du principe de l’irrévocabilité des paiements. Toutefois, si l’on pousse plus loin l’examen on s’aperçoit qu’on ne peut affirmer que cet arrêt établit une règle absolue selon laquelle le tiré ne peut jamais exercer de recours en recouvrement contre la banque d’encaissement. Premièrement, les juges dans *Bank of Montreal c. The King* pour qui *Price c. Neal* établissait le principe de l’irrévocabilité des paiements n’ont pas examiné la troisième interprétation donnée à cet arrêt. Deuxièmement, les autres juges qui se sont prononcés dans *Bank of Montreal c. The King* ont abordé le problème de la signature contrefaite du tireur d’une façon beaucoup plus nuancée.

[33] In *Bank of Montreal v. The King*, the bank had honoured cheques bearing the forged signatures of officers of the Government of Canada. As the Government of Canada had not authorized the payments, it sought to recover the amounts of the forged cheques from the Bank of Montreal. The Bank of Montreal in turn took action against the collecting banks to recover the amounts they had received as a result of the forged cheques. Four different judges wrote reasons. All of them concluded that the drawee, the Bank of Montreal, had to return the funds to the drawer, the Government of Canada. All of them also rejected the claim against the collecting banks, although the reasons they gave cannot easily be categorized.

[33] Dans *Bank of Montreal c. The King*, la banque avait honoré des chèques portant les signatures contrefaites de fonctionnaires du gouvernement canadien. Comme celui-ci n’avait pas autorisé les paiements, il a cherché à recouvrer les montants des faux chèques auprès de la Banque de Montréal, laquelle s’est retournée contre les banques d’encaissement pour recouvrer les sommes qu’elles avaient reçues en raison des faux chèques. Quatre juges ont rédigé des motifs. Ils ont tous conclu que la banque tirée, la Banque de Montréal, devait restituer les fonds au tireur, le gouvernement canadien. Ils ont tous, également, rejeté le recours exercé contre les banques d’encaissement, mais les motifs qu’ils ont rendus résistent à la classification.

[34] Three of the five judges in *Bank of Montreal v. The King* (Davies, Idington and Duff JJ.) were of the view that if the position of a collecting bank is altered, that bank can resist a claim by the drawee. Two of the judges (Davies and Idington JJ.) explicitly rejected Girouard J.'s adoption of the argument, based on *Price v. Neal*, of presumed or actual negligence on the drawee's part and the third (Duff J.) did not pronounce on it. Therefore, to argue that there is a clear rule that the drawee must suffer the loss is not supported by what is labeled as the *fons et origo* of the Canadian precedents on forged instruments. In addition, the fact that the Canadian courts subsequently embraced *Simms* also weakens the finality of payment argument significantly in a case involving payment of an instrument bearing a forged signature.

[35] The assessment of the drawee's rights requires a more nuanced enquiry. The principle of finality of payment underlies both the common law rules and the *BEA*'s provisions and serves as a general goal, but as laudable as it is, it does not negate rights that may otherwise accrue to a party. It cannot be raised by a payee as an indiscriminate bar to the recovery of a mistaken payment. I agree with Scott, "Comment on Reflections", at p. 342, that:

[N]o very convincing reason can be offered for refusing the drawee relief in the single instance where the mistake involves acceptance or payment on a forged drawer's signature, whilst relief is freely given to the drawee on all *other* acceptances or payments by mistake (including indeed various other kinds of forgeries; even the case where the drawer's own endorsement is forged on a bill payable to his order (s. 129(b)) [now s. 128(b)].

4.2.2.1.2 Provisions of the *BEA*

[36] On the issue of whether the payor is deemed in law to intend that the payee keep the money, two provisions of the *BEA* warrant comment: ss. 128(a) and 165(3). These provisions are relevant in view both of BNS's role as BMP's agent for the purposes of collection on the instrument, and of the special

[34] Trois des cinq juges dans *Bank of Montreal c. The King* (les juges Davies, Idington et Duff) ont estimé que, si la situation d'une banque d'encaissement a changé, celle-ci peut contester une réclamation du tiré. Deux de ces juges (les juges Davies et Idington) ont explicitement refusé d'entériner l'adoption par le juge Girouard de l'argument — fondé sur *Price c. Neal* — de la négligence réelle ou présumée du tiré, et le troisième juge (le juge Duff) ne s'est pas prononcé sur la question. Par conséquent, l'arrêt considéré comme la source de la jurisprudence canadienne en matière d'effets falsifiés ne permet pas d'affirmer qu'il existe une règle claire selon laquelle le tiré doit assumer la perte. De plus, le fait que les tribunaux canadiens aient par la suite adopté le raisonnement suivi dans *Simms* enlève énormément de poids à l'argument de l'irrévocabilité dans le cas du paiement d'un effet portant une signature contrefaite.

[35] L'appréciation des droits du tiré nécessite un examen plus nuancé. Le principe de l'irrévocabilité du paiement sous-tend à la fois les règles de common law et la *LLC* et sert d'objectif général mais, pour louable qu'il soit, il ne nie pas les droits qu'une partie peut faire valoir par ailleurs. Il ne permet pas aux bénéficiaires de s'opposer arbitrairement à tout recouvrement de paiement fait par erreur. Je partage les vues de M. Scott dans « Comment on Reflections », p. 342 :

[TRADUCTION] [O]n ne saurait présenter aucune raison très convaincante pour priver le tiré de recours seulement lorsque l'erreur consiste en l'acceptation ou le paiement d'un effet portant la signature contrefaite du tireur, alors que le tiré est libre d'exercer un recours dans tous les *autres* cas d'acceptation ou de paiement par erreur (y compris d'ailleurs le cas d'autres types de falsification, même celui du faux endossement du tireur lui-même sur un effet payable à son ordre (al. 129b)) [maintenant al. 128b)].

4.2.2.1.2 Dispositions de la *LLC*

[36] Lorsqu'il s'agit de déterminer si le payeur est juridiquement réputé avoir l'intention que le preneur garde l'argent, quelques remarques s'imposent au sujet de deux dispositions de la *LLC*, l'al. 128a) et le par. 165(3), dont il faut tenir compte en raison du rôle de mandataire de BMP joué par la BNÉ à

status granted to a bank that receives an unendorsed cheque.

[37] Section 128(a) *BEA* reads as follows:

128. [Estoppel] The acceptor of a bill by accepting it is precluded from denying to a holder in due course

(a) the existence of the drawer, the genuineness of his signature and his capacity and authority to draw the bill;

[38] In the instant case, the drawee (RBC), in requesting restitution from the collecting bank (BNS), was in fact denying to both the collecting bank and the payee the genuineness of the drawer's signatures. Consequently, the question is whether the payee and the collecting bank were holders in due course and therefore entitled to rely on s. 128(a) *BEA*. I will discuss the payee's situation first, because the collecting bank has a special status which, in this case, is governed by s. 165(3), to which I will turn below.

[39] The most common view is that a payee is not, as a general rule, a holder in due course because he or she has not acquired the instrument by way of negotiation (s. 55(1)(b) *BEA*). Yet in some factual circumstances, dealings may take place before the payee becomes the holder of the instrument, and some commentators consider that the negotiation requirement needs to be revisited: Geva, "Reflections", at pp. 289 ff.; see also *St. Martin Supplies Inc. v. Boucley*, [1969] C.S. 324. This question need not be resolved for the purposes of the present case, however. It is another requirement for qualifying as a holder in due course under s. 55(1)(b) *BEA* that is lacking here: BMP did not take the instrument for value, so it was not a holder in due course. Since only a holder in due course can benefit from s. 128(a) *BEA*, even if RBC were deemed — by payment — to have accepted the forged cheque, it would not be precluded from denying to BMP the genuineness of the drawer's signatures.

[40] The other provision that is relevant to RBC's right to recover the money it paid by mistake from

l'égard de l'encaissement de l'effet et en raison du statut particulier de la banque qui reçoit un chèque non endossé.

[37] Voici le texte de l'al. 128a) de la *LLC* :

128. [Droits refusés à l'accepteur] L'accepteur d'une lettre ne peut opposer au détenteur régulier ce qui suit :

a) l'existence du tireur, l'authenticité de sa signature, sa capacité et son autorité de tirer la lettre;

[38] En l'espèce, la banque tirée (la BRC), en demandant restitution à la banque d'encaissement (la BNÉ), opposait tant à la banque d'encaissement qu'au preneur l'authenticité des signatures du tireur. En conséquence, il faut se demander si le preneur et la banque d'encaissement étaient des détenteurs réguliers et pouvaient donc invoquer l'al. 128a) de la *LLC*. J'examinerai d'abord le cas du preneur, car la banque d'encaissement jouit d'un statut particulier — qui, en l'espèce, est régi par le par. 165(3) — que j'aborderai ensuite.

[39] L'opinion la plus répandue est qu'en règle générale le preneur n'est pas un détenteur régulier parce qu'il n'a pas acquis l'effet par négociation (al. 55(1)(b) *LLC*). Cependant, dans certaines situations de fait, des opérations peuvent avoir eu lieu avant que le preneur devienne détenteur de l'effet, et certains auteurs estiment que l'exigence de négociation doit être réexaminée : Geva, « Reflections », p. 289 et suiv.; voir aussi *St. Martin Supplies Inc. v. Boucley*, [1969] C.S. 324. Pour les besoins du présent pourvoi, toutefois, il n'est pas nécessaire de rouvrir ce débat, car une autre exigence à laquelle il faut satisfaire pour conclure à une détention régulière aux termes de l'al. 55(1)(b) de la *LLC* n'est pas remplie. En effet, BMP n'est pas détenteur régulier parce qu'elle n'a pas pris l'effet à titre onéreux. Étant donné que seul un détenteur régulier peut se prévaloir de l'al. 128a) de la *LLC*, même si la BRC était réputée — à cause du paiement — avoir accepté le faux chèque, elle ne serait pas empêchée d'opposer à BMP l'authenticité des signatures du tireur.

[40] L'autre disposition pertinente pour ce qui est du droit de la BRC de recouvrer auprès de la BNÉ

BNS is s. 165(3) *BEA*. This provision reads as follows:

165. . . .

(3) Where a cheque is delivered to a bank for deposit to the credit of a person and the bank credits him with the amount of the cheque, the bank acquires all the rights and powers of a holder in due course of the cheque.

[41] According to this provision, BNS acquired the status of a holder in due course by receiving the cheque from the payee and crediting the amount to the payee's account. Section 165(3) *BEA* deems the collecting bank to be in the same position as a party who has taken the bill free from any defect of title of prior parties. It has the same right as a party who has given consideration. Consequently, it can be argued that if BNS had chosen to do so, it could have refused to transfer to RBC the money it held on account of the fraudulent instrument. However, the question is not whether it could rely on the protection of s. 165(3) *BEA*, but whether it could restore the funds to RBC.

[42] Section 165(3) *BEA* has been commented on many times. Parliament was initially criticized for acting at the request of the banking industry without understanding the potentially wide scope of the amendment (see S. A. Scott, "The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History" (1973), 19 *McGill L.J.* 78). Then, following *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727, Ogilvie expressed the view in *Bank and Customer Law in Canada*, at p. 295, that the effect of the Court's narrow interpretation of s. 165(3) has been to make the collecting bank the drawer's insurer. The least that can be said is that the interpretation of the scope of s. 165(3) *BEA* is taking shape.

[43] No prior case has concerned the effect s. 165(3) *BEA* will have where the deposited instrument bears a forged signature of the drawer. In *Boma*, at para. 43, Iacobucci J. explicitly refrained

l'argent qu'elle a payé par erreur est le par. 165(3) de la *LLC*, dont voici le texte :

165. . . .

(3) Lorsqu'un chèque est livré à une banque en vue de son dépôt au compte d'une personne et que la banque porte au crédit de celle-ci le montant du chèque, la banque acquiert tous les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque.

[41] Selon cette disposition, la BNÉ, ayant reçu le chèque du preneur et en ayant porté le montant au compte de celui-ci, a acquis la qualité de détenteur régulier. Aux termes du par. 165(3) de la *LLC*, la banque d'encaissement est réputée être dans la même situation que la partie qui aurait pris l'effet libre de tout défaut dans le titre des parties antérieures. Elle possède les mêmes droits que la partie qui aurait versé une contrepartie. Il est donc possible d'affirmer que la BNÉ aurait pu, si elle l'avait voulu, refuser de transférer à la BRC l'argent qu'elle détenait en raison de l'effet frauduleux. Il s'agit toutefois de se demander non pas si elle pouvait se prévaloir de la protection prévue au par. 165(3) de la *LLC*, mais si elle pouvait restituer les fonds à la BRC.

[42] On a beaucoup écrit au sujet du par. 165(3) de la *LLC*. On a d'abord reproché au législateur d'avoir donné suite à une demande des banques sans saisir la grande portée que pourrait avoir la modification (voir S. A. Scott, « The Bank is Always Right : Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History » (1973), 19 *McGill L.J.* 78). Puis, après *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727, la professeure Ogilvie a écrit, dans *Bank and Customer Law in Canada*, p. 295, que l'interprétation étroite que la Cour avait donnée au par. 165(3) avait pour effet de faire de la banque d'encaissement l'assureur du tireur. Le moins qu'on puisse dire est que l'interprétation de la portée du par. 165(3) de la *LLC* est en évolution.

[43] Aucune jurisprudence n'a examiné la portée du par. 165(3) de la *LLC* lorsque la signature du tireur sur l'effet déposé est contrefaite. Dans *Boma*, par. 43, le juge Iacobucci s'est volontairement

from discussing the applicability of the defence available to the collecting bank in circumstances where the instrument might be found not to be a bill of exchange. Although I have serious doubts about the soundness of an argument which would deprive the collecting bank of all protection on the basis that the instrument is a sham, not a cheque, I need not discuss it here in view of my position that the collecting bank is not required to rely on the protection potentially afforded by s. 165(3) *BEA*.

[44] As Ogilvie clearly points out:

Section 165(3) is drafted in broad terms, with the obvious policy of protecting a bank from liability in relation to cheques deposited in a customer's account by permitting a bank to presume that it was the drawer's intention that the payee receive the proceeds of the cheque, in complete contrast to the earlier law, where a bank enjoyed no such presumption. [pp. 292-93]

[45] Section 165(3) *BEA* affords protection to a bank. The bank is not obligated to rely on this protection when restitution is claimed from it. The payee stands as a third party with respect to the protection. He or she cannot use the bank's shield as a sword against it. The purpose of granting the bank the status of a holder in due course is not to create an entitlement for the payee of a forged instrument. The payee may benefit from defences that are inherent in the rules on mistake of fact, but not from the protection afforded to a bank by s. 165(3) *BEA*. In other words, if the forged instrument were held to be a bill of exchange, BMP could not argue, for the purposes of the *Simms* test, that BNS was deemed in law to be entitled to receive the funds irrespective of the validity of the drawer's signatures.

4.2.2.1.3 The Service Agreement

[46] BMP also argued, and the trial judge agreed, that BNS was not entitled to restrain the funds and transfer them to RBC because the service

abstenu d'aborder la question de l'applicabilité de la défense dont jouit la banque d'encaissement dans les cas où il se peut que l'effet ne soit pas une lettre de change. Bien que j'aie de sérieuses réserves sur le bien-fondé de l'argument qui priverait la banque d'encaissement de toute protection au motif que l'effet est un faux et non un chèque, je n'ai pas à examiner cette question compte tenu de ma conclusion que la banque d'encaissement n'est pas tenue d'invoquer la protection que le par. 165(3) de la *LLC* est susceptible d'offrir.

[44] Comme la professeure Ogilvie l'indique clairement :

[TRADUCTION] Le paragraphe 165(3) est rédigé en termes larges et vise clairement à exonérer les banques de responsabilité à l'égard de chèques déposés au compte de clients, en leur permettant de présumer que l'intention du tireur était que le preneur touche le produit du chèque, ce qui marque un contraste absolu avec le droit antérieur, qui ne prévoyait pas cette présomption. [p. 292-293]

[45] Le paragraphe 165(3) de la *LLC* prévoit une mesure de protection à l'intention des banques; il ne les oblige pas à opposer cette mesure aux demandes de restitution. Le preneur est un tiers à l'égard de cette protection. Il ne saurait utiliser comme arme contre les banques le bouclier mis à leur disposition. L'octroi à la banque de la qualité de détenteur régulier ne vise pas à conférer des droits au preneur d'un effet falsifié. Le preneur peut se prévaloir des moyens de défense inhérents aux règles concernant l'erreur de fait, mais non de la protection conférée à une banque par le par. 165(3) de la *LLC*. Autrement dit, même si l'on concluait que l'effet falsifié est une lettre de change, BMP ne pourrait soutenir, pour l'application du critère de l'arrêt *Simms*, que la BNÉ est juridiquement réputée avoir le droit de recevoir les fonds sans égard à la validité des signatures du tireur.

4.2.2.1.3 Le contrat de services

[46] BMP a également fait valoir que la BNÉ n'avait pas le droit de bloquer les fonds et de les transférer à la BRC parce que le contrat de services

agreement governing the contractual relationship did not authorize this.

[47] Historically, a contract governing a bank account consisted mainly of implied terms: *Bank of Montreal v. Attorney General of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 565, at p. 569 (*per* Pratte J.), citing *Joachimson v. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110 (C.A.), at p. 117 (*per* Bankes L.J.). Those terms were developed by the common law courts, and some of them were later codified in what is now the *BEA*.

[48] Today, most bank account agreements, including the service agreement between BMP and BNS, are standard form contracts. However, terms may still be implied: *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, at pp. 776-77; G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2007), at p. 125. In the instant case, BMP argues that under the service agreement, BNS could charge back only the credits for which it had not received settlement. According to BNS, nothing in the service agreement precluded it from returning the funds to RBC and resisting the claim for damages.

4.2.2.1.3.1 *The Provisional Payment Clause*

[49] The service agreement contains provisions under which amounts may be charged back in certain circumstances. Clause 4.7 reads as follows:

4.7 You authorize us to charge the following to any of your accounts, even if they are not specifically designated for the instruction or service:

- the amount you ask us to pay in any instruction
- the amount of any instruction we have paid to you or credited to your account and for which we do not receive settlement for any reason (including fraud, loss or endorsement error) together with all related costs
- payment of any amount you owe us, including fees, charges, costs and expenses.

régissant la relation contractuelle ne le permettait pas. Le juge de première instance a accepté cet argument.

[47] Pendant longtemps, le contrat régissant les comptes bancaires était principalement constitué de stipulations implicites (*Banque de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 565, p. 569 (le juge Pratte), citant *Joachimson c. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110 (C.A.), p. 117 (le lord juge Bankes)), élaborées par les tribunaux de common law, dont certaines ont été ensuite codifiées dans ce qui est maintenant la *LLC*.

[48] Aujourd'hui, la plupart des ententes visant des comptes bancaires, y compris le contrat de services entre BMP et la BNÉ, sont des contrats types. Elles peuvent cependant comporter des stipulations implicites : *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, p. 776-777; G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2007), p. 125. En l'espèce, BMP prétend que le contrat de services n'autorisait la BNÉ à annuler un crédit que dans les cas où elle n'avait reçu aucun règlement. Selon la BNÉ, rien dans le contrat de services ne lui interdisait de retourner les fonds à la BRC et de contester la réclamation de dommages-intérêts.

4.2.2.1.3.1 *La clause de paiement provisoire*

[49] Le contrat de services renferme des clauses autorisant l'annulation d'un crédit dans certaines circonstances. Voici le texte de la clause 4.7 :

4.7 Vous nous autorisez à imputer les éléments suivants à l'un ou l'autre de vos comptes, même s'ils ne sont pas expressément désignés pour l'instruction ou le service :

- la somme que vous nous demandez de payer dans une instruction;
- la somme d'une instruction que nous vous avons payée ou que nous avons créditée à votre compte et pour laquelle nous n'avons pas reçu de règlement pour une raison ou une autre (y compris la fraude, la perte ou l'erreur d'endossement), majorée de tous les frais connexes;
- le paiement de toute somme que vous nous devez, y compris les commissions, frais, coûts et autres dépenses.

[50] The right to charge back provisional credits when a customer's instruction to collect on a bill cannot be carried out has long been recognized at common law. Clause 4.7 clarifies that right but does not rule out other reversals of credit that are available at common law. Clause 4.7 gives the bank an explicit right to charge back amounts credited to the customer's account if an instrument is not settled. In the context of the service agreement, it is clear that the settlement referred to in this clause is the receipt of the funds through the banking system, and more particularly through the clearing mechanism available to members of the Canadian Payments Association.

[51] The trial judge seems to have understood the doctrine of mistake of fact to be limited to provisional credits or, in other words, to situations where the collecting bank has not received the funds. This is not so. As a matter of fact, both the seminal cases of *Bank of Montreal v. The King* and *Royal Bank v. The King*, to which I referred above, concerned forgeries discovered long after the forged cheques had been paid. In *Royal Bank v. The King*, the drawee bank was held to be entitled to claim the amounts of the cheques from the payee, who was also its customer. *Royal Bank v. The King* shows that a bank is not necessarily precluded from claiming funds from the payee long after the instrument has been cleared.

[52] The doctrine of mistake of fact is so ingrained in our law that it can be seen as an implied term of the contract. This is even more true in the case at bar, as a clause of the service agreement explicitly provides that BNS retains its rights under "any law". Clause 17.3 reads as follows:

17.3 This agreement takes precedence over any other agreement, service request or service materials relating to any instruction or services. However, we retain all our rights under any law respecting loans, set-off, deposits and banking matters even if they are not described in this agreement.

[53] Although the restraint of the funds by BNS could not be based on clause 4.7, since BNS had

[50] La common law reconnaît depuis longtemps le droit d'annuler un crédit provisoire porté à un compte, lorsque l'instruction d'encaissement d'un client ne peut être exécutée. La clause 4.7 clarifie ce droit, sans exclure les autres opérations d'annulation de crédits permises par la common law; elle confère explicitement à la banque le droit d'annuler un crédit porté au compte d'un client si un effet n'est pas réglé. Dans le contexte du contrat de services, il est clair que le règlement dont il est question dans la clause est la réception des fonds par l'intermédiaire du système bancaire et, plus particulièrement, du mécanisme de compensation dont disposent les membres de l'Association canadienne des paiements.

[51] Le juge de première instance semble avoir compris que la doctrine de l'erreur de fait se limitait aux crédits provisoires ou, en d'autres termes, aux situations où la banque d'encaissement n'a pas reçu les fonds. Ce n'est pas le cas. En fait, les deux arrêts importants que j'ai déjà mentionnés, *Bank of Montreal c. The King* et *Royal Bank c. The King*, concernent des faux découverts longtemps après le paiement des chèques. Dans *Royal Bank c. The King*, la cour a jugé que la banque tirée pouvait réclamer le produit des chèques au preneur, qui était également son client. Cet arrêt démontre qu'il n'est pas nécessairement interdit à une banque de réclamer des fonds au preneur longtemps après la compensation de l'effet.

[52] La doctrine de l'erreur de fait est à ce point ancrée dans notre droit qu'on peut la considérer comme une stipulation contractuelle implicite. Cela est d'autant plus vrai en l'espèce qu'une clause du contrat de services prévoit expressément que la BNÉ conserve les droits qui lui sont reconnus « en vertu des lois ». Voici le texte de la clause 17.3 :

17.3 Le présent contrat prime sur toute autre convention, demande de services ou documentation relative aux services se rattachant à des instructions ou services. Cependant, nous conservons tous nos droits en vertu des lois en matière de prêt, de compensation, de dépôt et d'affaires bancaires même s'ils ne sont pas décrits dans le présent contrat.

[53] Le blocage des fonds opéré par la BNÉ ne pouvait pas reposer sur la clause 4.7 parce qu'il y

received settlement from RBC, the contract does not preclude the application of the common law where a payment has been made under a mistake of fact. Rather, the common law is implicitly incorporated, since it does not conflict with the explicit terms of the contract. Thus, clause 4.7 is not a bar to applying the common law to the relationship between BNS and BMP where BNS's role is no longer that of a collecting bank.

4.2.2.1.3.2 *The Clearing Rules*

[54] In concluding that BNS did not have the right to restrain the funds and transfer them to RBC, the trial judge interpreted the service agreement as incorporating the clearing rules of the Canadian Payments Association. Cohen J. held that “the Agreement specifically refers to, and incorporates the time limit set out in the [clearing] [r]ules” (para. 292). With respect, I do not agree that the clearing rules are an obstacle to recovery.

[55] The clearing rules themselves provide for the survival of the members' common law rights. Clause 1(b) of Rule A4 allows a negotiating bank to seek recourse outside the clearing system:

Nothing in this Rule precludes a Drawee or a Negotiating Institution from exercising its rights and seeking recourse outside of the Clearing.

Moreover, the preamble to the rules contains an express disclaimer of application to third parties:

Nothing in the Rules shall affect or be interpreted to affect the rights or liabilities of any party to any Payment Item, except as expressly provided in the Rules.

[56] It is also recognized in the authorities that the clearing rules apply only to relations between members of the Canadian Payments Association and that they do not create entitlements for third parties. As B. Crawford states in *Payment, Clearing and Settlement in Canada* (2002), vol. 1, at p. 168:

avait eu règlement entre la BNÉ et la BRC, mais le contrat n'exclut pas l'application des règles de common law dans le cas d'un paiement fondé sur une erreur de fait. Ces règles font implicitement partie du contrat puisqu'elles n'entrent pas en conflit avec ses stipulations expresses. La clause 4.7 n'empêche donc pas l'application de la common law à la relation entre la BNÉ et BMP lorsque le rôle de la BNÉ n'est plus celui de banque d'encaissement.

4.2.2.1.3.2 *Les règles de compensation*

[54] En concluant que la BNÉ n'avait pas le droit de bloquer les fonds et de les transférer à la BRC, le juge de première instance a considéré que le contrat de services incorporait les règles de compensation de l'Association canadienne des paiements. Le juge Cohen a statué que [TRADUCTION] « le contrat mentionne expressément les règles de compensation et incorpore le délai prescrit par celles-ci » (par. 292). Avec égards, je ne peux souscrire à l'opinion que les règles de compensation sont un obstacle au recouvrement.

[55] Les règles de compensation elles-mêmes prévoient que les membres continuent d'exercer les droits qu'ils tiennent de la common law. L'alinéa 1(b) de la règle A4 permet à une banque négociatrice d'obtenir réparation hors du système de compensation :

Rien dans la présente Règle n'empêche le tiré ou l'institution négociatrice d'exercer ses droits ni de faire valoir ses recours en dehors du cadre de la compensation.

Par ailleurs, le préambule de ces règles écarte expressément toute application à des tiers :

Rien dans les Règles ne change ou ne peut être interprété comme change[ant] quoi que ce soit aux droits ou aux obligations des parties à un effet de paiement, sauf disposition expresse des Règles.

[56] La jurisprudence et la doctrine, elles aussi, reconnaissent que les règles de compensation ne s'appliquent qu'aux relations entre les membres de l'Association canadienne des paiements et ne confèrent pas de droits aux tiers. Comme l'indique B. Crawford dans *Payment, Clearing and Settlement in Canada* (2002), vol. 1, p. 168 :

... it must be abundantly clear in principle that the ACSS Rules, being internal documents of a corporation, may legitimately govern the relations of the members of the corporation but cannot place burdens on members of the public or bestow benefits on them in connection with their use of the CPA's clearing and settlement system.

[57] I agree with the following statement by Evans J.A. in *National Bank of Greece (Canada) v. Bank of Montreal*, [2001] 2 F.C. 288 (C.A.), at para. 19:

This system operates only at the level of banking and similar institutions, and . . . decisions of the compliance panel have no impact on either the private law rights and duties of banks, their customers, and the payers and payees of cheques, or the remedies available to enforce them.

(See also *Bank of Nova Scotia v. Regent Enterprises Ltd.* (1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 102 (C.A.), at para. 38; *Toronto-Dominion Bank v. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 90 D.L.R. (4th) 117 (Man. Q.B.), at p. 121, rev'd on other grounds (1992), 98 D.L.R. (4th) 736 (Man. C.A.), leave to appeal to SCC refused, [1993] 2 S.C.R. vii.)

[58] Finally, I disagree with the trial judge that the service agreement governing the relationship between BNS and BMP incorporated the clearing rules for BMP's benefit. The trial judge based this conclusion on his analysis of clauses 4.1, 4.3, 4.4 (para. 296) and 4.7 (para. 297), as well as on the testimony of the branch manager, who stated: "[The service agreement] uses — That's correct. It used the clearing settlement system" (para. 291). This statement supports the fact that BNS "used" the clearing system. However, it does not mean that the rules were incorporated into the service agreement. Clauses 4.1, 4.3 and 4.4, to which the trial judge referred, read as follows:

4.1 You are responsible for settling payment of your instructions. Unless you have made specific arrangements with us, you will ensure that your accounts have sufficient cleared funds to settle any instructions at the time that you give us an instruction. We are not required to settle an instruction if sufficient cleared

[TRADUCTION] . . . il ne doit faire aucun doute qu'en principe les règles de l'ACP, en tant que documents internes d'une personne morale, peuvent légitimement régir les relations des membres de la personne morale mais ne peuvent imposer de charge ou conférer d'avantage aux membres du public quant à l'utilisation du système de compensation et de règlement de l'ACP.

[57] Je fais mien l'énoncé suivant du juge Evans dans *Banque Nationale de Grèce (Canada) c. Banque de Montréal*, [2001] 2 C.F. 288 (C.A.), par. 19 :

Ce système ne vise que les banques et les institutions financières apparentées et [. . .] les décisions du groupe de l'observation n'ont aucune incidence sur les droits et les obligations, en droit privé, des banques, de leurs clients ainsi que des payeurs et des bénéficiaires de chèques, non plus que sur les recours y afférents.

(Voir aussi *Bank of Nova Scotia c. Regent Enterprises Ltd.* (1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 102 (C.A.), par. 38; *Toronto-Dominion Bank c. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 90 D.L.R. (4th) 117 (B.R. Man.), p. 121, inf. pour d'autres motifs (1992), 98 D.L.R. (4th) 736 (C.A. Man.), autorisation d'appel devant la CSC refusée, [1993] 2 R.C.S. vii.)

[58] Enfin, contrairement au juge de première instance, j'estime que le contrat de services régissant les relations entre la BNÉ et BMP n'incorpore pas les règles de compensation au profit de BMP. Le juge fondait sa conclusion sur son analyse des clauses 4.1, 4.3, 4.4 (par. 296) et 4.7 (par. 297) ainsi que sur le témoignage du directeur de la succursale, qui avait déclaré : [TRADUCTION] « [Le contrat de services] utilise — C'est vrai. Il a utilisé le système de compensation et de règlement » (par. 291). Cette déclaration confirme que la BNÉ « a utilisé » le système de compensation, non que les règles sont intégrées au contrat de services. Voici le texte des clauses 4.1, 4.3 et 4.4 auxquelles se reporte le juge de première instance :

4.1 Vous êtes responsable du règlement du paiement de vos instructions. À moins que vous n'ayez pris des arrangements particuliers avec nous, vous devrez veiller à ce que vos comptes aient suffisamment de fonds compensés pour régler les instructions au moment où vous nous les donnez. Nous ne sommes pas tenus de régler

funds are not available in your account. The reported balances for your account may include amounts which are not cleared funds. Cleared funds means cash or any funds from any deposit which have been finally settled through the clearing system.

4.3 You acknowledge that we must clear instructions using a clearing system and are bound by the rules of any clearing system we use, including rules for endorsement of instructions, identity of payee and the time for final settlement. These rules affect our ability to honour your request to cancel instructions and the procedures we must follow to settle your instructions and clear funds for you.

4.4 We reserve the right to clear and transfer instructions by whatever method we choose, whether they are drawn on your account or negotiated by you. You grant us sufficient time to settle all instructions. You acknowledge that we may delay crediting your account until we receive the cleared funds for the instruction.

[59] Clause 4.1 is a restatement of the bank's common law obligation to honour its customer's cheques and instructions when the customer has sufficient credit. Under clause 4.3, BMP acknowledged that BNS was bound by the clearing rules. The only consequence of this acknowledgment was that BMP would be precluded from claiming a breach of the agreement if a failure by BNS to honour its instructions was justified by the clearing rules BNS must abide by in dealing with other banks. Clause 4.4 essentially gave BNS three types of rights: (1) to clear instructions in whatever way it chose; (2) to take sufficient time to settle instructions; and (3) to take sufficient time to credit the account. Clause 4.4 was silent as to whether the "credit" ever became a final and irreversible credit to BMP's account. It may be that the restraint of the funds by BNS was based on no express provision, but it is clear that the clearing rules were neither expressly nor implicitly incorporated for BMP's benefit.

une instruction si votre compte n'a pas suffisamment de fonds compensés. Les soldes reportés pour votre compte peuvent comprendre des sommes qui ne sont pas des fonds compensés. Les fonds compensés désignent du comptant ou des fonds d'un dépôt qui ont été finalement réglés par l'entremise du système de compensation.

4.3 Vous reconnaissez que nous de[vo]ns compenser les instructions en utilisant un système de compensation et que nous sommes liés par les règles de tout système de compensation que nous utilisons, notamment les règles concernant l'endossement des instructions, l'identité du bénéficiaire et le délai de règlement final. Ces règles influent sur notre capacité d'accepter votre demande d'annulation d'instructions et sur la procédure que nous devons suivre pour régler vos instructions et compenser des fonds en votre nom.

4.4 Nous nous réservons le droit de compenser et de transférer des instructions tirées sur votre compte ou négociées par vous, par n'importe quel moyen que nous choisissons. Vous nous accordez suffisamment de temps pour régler toutes les instructions. Vous reconnaissez que nous pouvons attendre d'avoir reçu les fonds compensés pour l'instruction avant de créditer votre compte.

[59] La clause 4.1 reformule l'obligation que la common law impose à la banque d'honorer les chèques et les instructions de son client lorsqu'il dispose des provisions suffisantes. Par la clause 4.3, BMP reconnaît que la BNÉ doit se conformer aux règles de compensation. Cette reconnaissance a pour seul effet d'empêcher BMP d'invoquer la rupture de contrat si le refus de la part de la BNÉ d'honorer ses instructions est justifié par les règles de compensation que celle-ci est tenue d'observer dans ses transactions avec d'autres banques. La clause 4.4 confère essentiellement à la BNÉ trois types de droits : (1) le droit de compenser les instructions de la façon qu'elle détermine, (2) le droit de jouir d'un délai suffisant pour régler les instructions et (3) le droit de jouir d'un délai suffisant pour créditer le compte. Elle est silencieuse sur la question de savoir si le « crédit » devient jamais un crédit définitif et irréversible dans le compte de BMP. Il se peut que le blocage des fonds par la BNÉ ne repose sur aucune assise explicite, mais il est clair que les règles de compensation n'ont pas été incorporées expressément ou implicitement au contrat de services au profit de BMP.

[60] In summary, the trial judge could not rely on the clearing rules to arrive at the conclusion that BMP had a right to the proceeds of the forged cheque. Consequently, I find that the first answer at the second step of the *Simms* test is that RBC did not intend and is not deemed in law to have intended that BMP receive the funds. Two other enquiries remain: whether consideration was given and whether a change of position occurred.

4.2.2.2 *Consideration*

[61] The question whether BMP has given consideration is easily answered in light of the trial judge's finding of fact that BMP gave no value for the instrument. At the same time, BMP's position that RBC should bear the loss entails an implicit acknowledgment that neither itself nor BNS has given consideration for the instrument.

4.2.2.3 *Change of Position*

[62] The question in the third enquiry is whether the payee has changed its position. In *Simms*, the condition that money cannot be recovered in the event of a change of position was seen to be linked to the defendant's being deprived of an opportunity to give a notice of dishonour. This prompted comments that the defence of change of position is more specific than the label would suggest: Geva, "Reflections", at pp. 308 ff. However, leading English commentators on the subject now observe that the law has evolved and may now include defences of change of position that are not related to the *BEA*'s notice requirements: Lord Goff and G. Jones, *The Law of Restitution* (6th ed. 2002), at p. 852; see *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.* Similarly, leading Canadian commentators consider that since *Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 147, the defence of change of position has been "an established feature of the Canadian law of mistaken payments": Maddaugh and McCamus, at p. 10-35, §10:500.10; see also G. H. L. Fridman, *Restitution* (2nd ed. 1992), at p. 458. I see no reason why the general defence of change of position should

[60] En résumé, les règles de compensation ne permettaient pas au juge de première instance de conclure que BMP avait un droit sur le produit du faux chèque. Par conséquent, la réponse à la première question du deuxième volet du critère de l'arrêt *Simms* est que la BRC n'avait pas ou n'était juridiquement pas réputée avoir l'intention que BMP reçoive les fonds. Deux autres questions doivent être examinées : la question de la contrepartie et celle du changement de situation.

4.2.2.2 *La contrepartie*

[61] La conclusion de fait du juge de première instance que BMP n'a pas acquis l'effet à titre onéreux permet de trancher aisément la question de savoir si BMP a fourni une contrepartie. Par ailleurs, en affirmant que la BRC doit assumer la perte, BMP reconnaît implicitement que ni la BNÉ ni elle n'ont fourni de contrepartie à l'égard de l'effet.

4.2.2.3 *Le changement de situation*

[62] La troisième question est celle de savoir si la situation du preneur a changé. Dans *Simms*, on a considéré que l'exigence que l'argent ne puisse être recouvré en cas de changement de situation était liée à l'impossibilité pour le défendeur de donner un avis de refus, ce qui a suscité le commentaire que le moyen de défense de changement de situation est beaucoup plus précis que son nom le suggère : Geva, « Reflections », p. 308 et suiv. Des auteurs anglais de renom, toutefois, signalent à présent que le droit a évolué et qu'il peut maintenant inclure des moyens de défense de cette nature qui sont sans lien avec les exigences d'avis de la *LLC* : lord Goff et G. Jones, *The Law of Restitution* (6^e éd. 2002), p. 852; voir *Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.* De même, des auteurs canadiens réputés estiment que, depuis *Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 147, un tel moyen de défense constitue [TRADUCTION] « une caractéristique reconnue du droit canadien en matière de paiement par erreur » : Maddaugh et McCamus, p. 10-35, § 10:500.10; voir aussi G. H. L. Fridman, *Restitution* (2^e éd. 1992), p. 458. Il n'y a aucune raison, selon moi, pour que le moyen de défense

not apply to mistaken payments made on forged cheques.

[63] To conduct the change of position enquiry, it is necessary to determine whether the payee parted with the funds. In this case, BNS, as the collecting bank, received the funds from RBC for the benefit of the payee, BMP, and credited BMP's account. Once the collecting bank receives the funds from the drawee and credits the payee, its role as a collecting bank is terminated. It then becomes the holder of the funds under its contract with its customer. It is settled law that a customer is a creditor of the bank when he or she deposits funds into an account and that the bank holds these funds as its own until the customer asks for repayment. This principle has gone unquestioned since *Foley v. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002. See *Crawford and Falconbridge: Banking and Bills of Exchange* (8th ed. 1986), vol. 1, at pp. 742-43; Ogilvie, at p. 179.

[64] Thus, although BNS's role was changed from that of a collecting bank to that of a borrower, for the purposes of the change of position analysis, it must be concluded that BNS remained the holder of the funds. Moreover, at the time they were restrained, the funds now claimed by BMP were still credited to its account. Therefore neither BNS as the holder of the funds nor the payee had changed its position.

[65] In conclusion, BMP had not changed its position and the defence was available neither to it nor to BNS. It is worth noting that cases in which a person who is not a party to the fraud has neither given consideration nor changed its position will be rare. However, that is what has happened here according to the facts found by the trial judge. In these circumstances, all the conditions for recovery of the payment made by mistake are met. Other objections have been made, though, and I will discuss them now.

général de changement de situation ne s'applique pas aux paiements effectués par erreur sur la foi de faux chèques.

[63] L'examen relatif au changement de situation exige qu'on détermine si le preneur s'est dessaisi des fonds. En l'espèce, la BNÉ, en sa qualité de banque d'encaissement, a reçu les fonds de la BRC pour le compte du preneur, BMP, et les a portés au crédit de celle-ci. Une fois que la banque d'encaissement a reçu les fonds de la banque tirée et les a portés au compte du preneur, son rôle d'encaissement prend fin. C'est alors en exécution du contrat qui la lie à son client qu'elle détient les fonds. Il est bien établi en droit que le dépôt de fonds auprès d'une banque, qui les détient alors comme s'il s'agissait des siens jusqu'à une demande de paiement de la part du client, fait naître une relation débiteur-créancier entre la banque et son client. Depuis *Foley c. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002, personne ne remet en question ce principe : voir *Crawford and Falconbridge : Banking and Bills of Exchange* (8^e éd. 1986), vol. 1, p. 742-743; Ogilvie, p. 179.

[64] Ainsi, malgré le changement du rôle de la BNÉ, qui passe de banque d'encaissement à emprunteuse, pour les besoins de l'analyse relative au changement de situation, il faut conclure que la BNÉ détenait toujours les fonds. Par ailleurs, au moment de leur blocage, les fonds que BMP réclame maintenant étaient toujours au crédit de son compte. Par conséquent, ni la situation de la BNÉ en tant que détentrice des fonds ni celle du preneur n'avaient changé.

[65] En conclusion, la situation de BMP n'avait pas changé et ni BMP ni la BNÉ ne pouvaient invoquer la défense fondée sur le changement de situation. Il convient de noter qu'il arrive rarement qu'une personne n'ayant pas pris part à la fraude n'a ni fourni de contrepartie ni changé de situation. C'est pourtant ce qui est arrivé ici selon les faits établis par le juge de première instance. Dans ces circonstances, toutes les conditions du recouvrement du paiement par erreur sont remplies. Je passe maintenant à l'examen d'autres objections qui ont été soulevées.

4.3 *Jus Tertii Defence, Self-Help Arguments and Policy Considerations*

[66] The trial judge found that it was wrong for BNS to transfer the funds to RBC. He was of the view that BNS had favoured a bank to its customer's detriment. In his opinion, BNS was not entitled to exercise any of the rights that could have been exercised by RBC.

[67] The *jus tertii* argument the trial judge relied on could be accepted only if RBC had no right to recover the funds from BNS. Only then could BNS be said to have acted in RBC's stead. Since I have concluded that BNS was entitled to give effect to RBC's claim for restitution of the moneys paid under mistake of fact, the *jus tertii* argument fails. This is the result of the application of the law to the highly singular facts of this case.

[68] It is worth recalling some of the extremely unusual circumstances of this case: the sale price of the unlicensed distributorship was arrived at by "pulling the number out of the air", the cheque was received without a cover letter, the names of the sender and the drawer of the cheque were unknown, Newman, the purchaser, could not be reached and the payee had given no consideration. The fraud could not be clearer, nor could the origin of the funds. In my view, since the rightful owner had a legitimate claim against the recipient, BNS had no duty to give preference to BMP.

[69] The funds received by BNS were RBC's own funds and RBC had no right to be repaid out of First National's account. BNS acted in a way that could have enabled the parties to avoid going through a series of judicial proceedings. This Court's reasoning in *Bank Canadian National v. Gingras*, [1977] 2 S.C.R. 554, at p. 564, applies with equal force here. BNS asked BMP for support in recovering the proceeds of the forged cheque. BMP insisted on retaining the funds even though it had given no

4.3 *Les arguments du droit du tiers et du droit à l'autoredressement et les considérations de politique générale*

[66] Le juge de première instance a conclu que la BNÉ ne pouvait légitimement transférer les fonds à la BRC. Il estimait qu'elle avait privilégié une banque au détriment de son client et qu'elle ne pouvait exercer aucun des droits dont la BRC aurait pu se prévaloir.

[67] L'argument du droit du tiers sur lequel s'est appuyé le juge de première instance ne tient que si la BRC ne pouvait faire valoir contre la BNÉ aucun droit au recouvrement des fonds. Ce n'est qu'à cette condition qu'on pourrait considérer que la BNÉ a agi à la place de la BRC. Comme j'ai conclu que la BNÉ pouvait à bon droit donner suite à la demande de la BRC visant la restitution des sommes payées par erreur de fait, l'argument du droit du tiers ne peut être retenu. Cela s'explique par les règles de droit applicables à la présente affaire, qui est tout à fait particulière.

[68] Il y a lieu de rappeler certaines circonstances extrêmement inusitées de l'affaire : le prix de vente de la franchise de distribution sans licence a été établi de façon tout à fait arbitraire, le chèque a été reçu sans lettre d'accompagnement, le nom de l'expéditeur de l'enveloppe et celui du tireur du chèque sont inconnus, l'acquéreur, M. Newman, ne pouvait être joint et le preneur n'avait fourni aucune contrepartie. La fraude et l'origine des fonds ne pouvaient être plus claires. Si le propriétaire légitime peut à bon droit exiger du récepteur le remboursement des fonds, la BNÉ n'était, à mon sens, nullement tenue de donner la préférence à BMP.

[69] Les fonds reçus par la BNÉ étaient les fonds de la BRC elle-même et cette dernière n'était pas autorisée à se faire rembourser sur le compte de First National. La conduite de la BNÉ aurait pu permettre aux parties d'éviter une série de procédures judiciaires. Le raisonnement tenu par la Cour dans *Banque Canadienne Nationale c. Gingras*, [1977] 2 R.C.S. 554, p. 564, s'applique tout autant ici. La BNÉ a demandé l'appui de BMP pour le recouvrement du produit du faux chèque. BMP a insisté

consideration for them and even though the fraud was beyond dispute. In this case, BNS's actions entailed no risk of curtailing the protection from which a holder in due course is entitled to benefit.

[70] Furthermore, BMP objected to the joinder of the action RBC had eventually instituted against BMP, which was pending at the time this case was heard. It might have been easier for the trial judge to assess the parties' rights had the two proceedings been joined. In these circumstances, the argument that BNS had exercised a third party right or resorted to a self-help remedy not only sounds hollow and opportunistic, but is procedurally unfounded.

[71] I can conceive of no policy consideration that would preclude BNS from responding to RBC's common law right in this case. As I mentioned above, neither *Price v. Neal* nor *Bank of Montreal v. The King* stands for a strict rule that the drawee must in all circumstances bear a loss resulting from a cheque bearing a forged signature of the drawer. There is no rule preventing RBC or BNS from arguing that the payment to BMP was made by mistake. The commentators find no convincing reason to establish an absolute rule against relief in the case of payment on the drawer's forged signature (B. Geva, "Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC*" (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 177, at p. 189; Scott, "Comment on Reflections", at p. 342).

[72] At common law, the principle of finality of payment must be balanced against the right of the owner of the funds to recover money paid under a mistake of fact. The common law affords a defence to an innocent party who has given consideration or changed his or her position. However, the person who is still in possession of the funds is in the best position to stop the fraud. To preclude means to prevent the continuation of a fraud in order to allow a fraudulent payment to be finalized would be a strange policy. Thus, there is no overarching policy consideration that would bar the payee's bank from

pour conserver les fonds même si elle n'avait fourni aucune contrepartie et que la fraude était incontestable. En l'espèce, les gestes de la BNÉ ne risquaient pas de restreindre la protection à laquelle avait droit un détenteur régulier.

[70] En outre, BMP s'est opposée à la jonction de l'action que la BRC avait finalement intentée contre elle et qui était pendante au moment de l'instruction de la présente affaire. La jonction aurait peut-être facilité l'évaluation des droits des parties par le juge de première instance. Dans ces circonstances, non seulement l'argument que la BNÉ avait exercé un droit du tiers ou recouru à l'autoredressement paraît insatisfaisant et opportuniste, mais il est mal fondé sur le plan de la procédure.

[71] Je ne puis concevoir aucune considération de politique générale qui, en l'espèce, empêcherait la BNÉ de donner suite au droit que la common law confère à la BRC. Comme je l'ai déjà mentionné, ni *Price c. Neal* ni *Bank of Montreal c. The King* n'établissent de règle stricte portant que le tiré assume en toutes circonstances la perte résultant de la signature contrefaite du tireur sur un chèque. Aucune règle n'empêche la BRC ou la BNÉ de soutenir que le paiement fait à BMP a été effectué par erreur. Les auteurs ne voient aucune raison convaincante pour établir une règle absolue visant à refuser un redressement dans le cas d'un paiement effectué sur la foi de la signature contrefaite du tireur (B. Geva, « Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC* » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 177, p. 189; Scott, « Comment on Reflections », p. 342).

[72] En common law, le principe de l'irrévocabilité du paiement doit être concilié avec le droit du propriétaire des fonds de recouvrer l'argent payé à la suite d'une erreur de fait. La common law fournit un moyen de défense à la partie innocente qui a donné une contrepartie ou dont la situation a changé. Cependant, c'est la personne encore en possession des fonds qui est la mieux placée pour mettre fin à la fraude. Ce serait un principe bien singulier que d'interdire le recours à des moyens d'empêcher une fraude de perdurer afin de permettre le parachèvement d'un paiement frauduleux. Ainsi, il n'existe

resisting a claim based on a signature that has been proven to be forged where the payee has not used the funds and has neither given consideration for them nor changed his or her position.

[73] The trial judge was of the view that BMP and the holders of the related accounts had “suffered a loss of their right to demand repayment from the BNS of the BNS’ debt to them by reason of the BNS’ wrongful charge backs against their respective bank accounts” (para. 423). In my view, BNS was entitled to object that since the cheque was forged, the funds could be and were returned to their rightful owner. The deposit of the forged instrument could not result in a debt to BMP in this case. Therefore, BMP did not lose anything because the funds had to be returned to RBC. The trial judge’s conclusion that BMP had lost the right to demand payment of a debt owed by BNS is erroneous, because the credit entry in the account had been made by mistake.

[74] I have found that RBC made a mistaken payment, that nothing precluded it from recovering the funds and that BMP had no defence to the claim. More particularly, BNS was entitled not to raise a defence based on s. 165(3) *BEA*. RBC, in trying to trace the sums it had mistakenly paid, was informed that a portion amounting to over \$776,000 was being held by BNS at the time the fraud was discovered. An amount of \$350,188.65 was still in BMP’s account. BNS also restrained funds in the related accounts. The question the Court must now answer is whether the rules of evidence are a bar to restitution. I will now discuss this issue.

4.4 *Right to Claim the Amounts in BMP’s Account and to Trace Funds in the Related Accounts*

[75] Tracing is an identification process. The common law rule is that the claimant must demonstrate that the assets being sought in the hands of the recipient are either the very assets in which the claimant asserts a proprietary right or a substitute for them.

aucune considération de politique générale prépondérante qui empêcherait la banque du preneur de refuser une réclamation fondée sur un faux démontré lorsque le preneur n’a pas employé les fonds et n’a pas non plus fourni de contrepartie ou modifié sa situation.

[73] Le juge de première instance a estimé que BMP et les titulaires des comptes connexes avaient été [TRADUCTION] « privés de leur droit d’exiger de la BNÉ le remboursement de sa dette à leur égard en raison de l’annulation inappropriée de crédits portés à leurs comptes respectifs » (par. 423). À mon avis, la BNÉ pouvait faire valoir que, le chèque étant un faux, les fonds pouvaient être restitués à leur propriétaire légitime comme ils l’avaient été. Le dépôt de l’effet falsifié ne pouvait donner naissance à une créance de BMP en l’espèce. Par conséquent, BMP n’a rien perdu du fait que les fonds devaient être retournés à la BRC. L’inscription au crédit procédant d’une erreur, le juge de première instance a conclu à tort que BMP avait été privée de son droit d’exiger de la BNÉ qu’elle paie sa dette.

[74] Je conclus que la BRC a payé par erreur, que rien ne s’opposait à ce qu’elle recouvre les fonds et que BMP n’avait aucun moyen de défense à opposer. En particulier, la BNÉ pouvait à bon droit ne pas invoquer le moyen de défense fondé sur le par. 165(3) de la *LLC*. La BRC, qui essayait de suivre les fonds qu’elle avait payés par erreur, a été informée que la BNÉ détenait, au moment de la découverte de la fraude, plus de 776 000 \$ de ces fonds. La somme de 350 188,65 \$ se trouvait encore dans le compte de BMP. La BNÉ a aussi bloqué des fonds dans les comptes connexes. Il s’agit donc à présent de déterminer si les règles de preuve empêchent la restitution. J’examine maintenant cette question.

4.4 *Le droit de réclamer les sommes dans le compte de BMP et le droit de suivre les fonds dans les comptes connexes*

[75] Suivre un bien est un processus d’identification. Selon la règle de common law, le demandeur doit démontrer que les biens visés qui sont détenus par le récepteur sont les biens sur lesquels il a un droit de propriété ou les substituts de ces biens.

[76] In the instant case, RBC's funds were first transferred through the clearing system to BNS in its capacity as collecting bank — and thus as agent — for BMP. BNS then made the entry in BMP's account to reflect the receipt of the funds from RBC. Finally, BMP made withdrawals from its account by way of transfers or cheques for deposit in the related accounts and, in the case of the transactions involving the \$300,000 cheque, back to its own account. What is at issue here is a non-specific fund.

[77] Under ordinary circumstances, an agent cannot be sued in the principal's stead. However, as stated by Lord Goff and Jones in *The Law of Restitution*, at p. 847, citing *British American Continental Bank v. British Bank for Foreign Trade*, [1926] 1 K.B. 328 (C.A.),

where the agent has paid the money over to his principal but has received it back again so that his position is as it was before he paid it over, he must make restitution.

Save for the \$100 added to the bank draft, there is no issue of identification of the money in BMP's account. The unchallenged evidence is that it comes from the funds received from RBC. BNS, as agent, received the funds from RBC and, after crediting them to its principal, BMP, received them back under the banking contract. Having received the funds back, BNS had to make restitution to RBC. Therefore, BNS has a valid defence against BMP (see *Bavins, Junr. & Sims v. London and South Western Bank, Ltd.*, [1900] 1 Q.B. 270 (C.A.)). BNS's status with respect to the funds in the related accounts is different. BNS was not acting as agent of the holders of the related accounts. A review of the rules on tracing will therefore be helpful.

[78] It has been accepted that the English case of *Agip (Africa) Ltd. v. Jackson*, [1992] 4 All E.R. 451 (C.A.) (aff'g [1992] 4 All E.R. 385 (Ch.)), has been accepted as setting out rules with respect to tracing of money: *Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada*, [1997] 3 S.C.R. 805.

[76] En l'espèce, les fonds de la BRC ont d'abord été transférés par l'entremise du système de compensation à la BNÉ, qui agit à titre de banque d'encaissement — et ainsi de mandataire — de BMP. La BNÉ a alors inscrit dans le compte de BMP les fonds reçus de la BRC. Enfin, BMP a effectué des retraits sur son compte par virement ou par chèque en vue du dépôt dans les comptes connexes et, dans le cas des opérations relatives au chèque de 300 000 \$, en vue de le retransférer sur son compte. Ce dont il est question ici, ce sont donc des fonds qui n'ont pas de caractéristique particulière.

[77] Normalement, le mandataire ne peut être poursuivi à la place du mandant. Cependant, comme l'indiquent lord Goff et Jones dans *The Law of Restitution*, p. 847, citant *British American Continental Bank c. British Bank for Foreign Trade*, [1926] 1 K.B. 328 (C.A.),

[TRADUCTION] lorsque le mandataire a remis l'argent à son mandant mais l'a reçu de nouveau de sorte que sa situation est la même qu'avant le paiement, il doit procéder à la restitution.

À l'exception des 100 \$ ajoutés à la traite bancaire, l'identification de l'argent dans le compte de BMP ne pose pas de problème. Il n'est pas contesté qu'il provient des fonds reçus de la BRC. En tant que mandataire, la BNÉ a reçu les fonds de la BRC et, après qu'elle les a portés au crédit de son mandant, BMP, ces fonds lui ont été de nouveau remis en vertu du contrat bancaire. Ayant reçu de nouveau les fonds, elle devait les restituer à la BRC. Elle dispose donc d'une défense valable contre BMP (voir *Bavins, Junr. & Sims c. London and South Western Bank, Ltd.*, [1900] 1 Q.B. 270 (C.A.)). Son statut à l'égard des fonds détenus dans les comptes connexes est différent. Elle n'agissait pas à titre de mandataire des titulaires de ces comptes. Il sera donc utile d'examiner les règles régissant le suivi des fonds.

[78] Il a été reconnu que l'arrêt anglais *Agip (Africa) Ltd. c. Jackson*, [1992] 4 All E.R. 451 (C.A.) (conf. [1992] 4 All E.R. 385 (Ch.)), a énoncé les règles régissant le suivi des fonds : *Citadelle (La), Cie d'assurances générales c. Banque Lloyds du Canada*, [1997] 3 R.C.S. 805.

[79] According to the Court of Appeal in *Agip*, tracing at law is permitted where a person has received money rightfully claimed by the claimant. Liability is based on mere receipt, and the extent of liability will depend on the amount received (*Agip* (C.A.), at pp. 463-64; *Agip* (Ch.), at p. 399; *Banque Belge pour l'Étranger v. Hambrouck*, [1921] 1 K.B. 321 (C.A.)). It is sometimes said that funds cannot be traced to bank accounts at common law. This view overstates the rule and fails to take into account the fact that, as an evidentiary process, tracing is possible if identification is possible (see D. R. Klinck, “Two Distincts, Division None”: Tracing Money into (and out of) Mixed Accounts” (1988), 2 *B.F.L.R.* 147, at p. 148, and L. D. Smith, *The Law of Tracing* (1997), at pp. 183 ff.). Indeed, no statement that tracing is impossible can be found in the case that is most often cited in support of the theory that funds cannot be traced to bank accounts at common law. If Lord Ellenborough C.J.’s comment in *Taylor v. Plumer* (1815), 3 M. & S. 562, 34 E.R. 721, is read in its entirety, it is clear that tracing is impossible only when the means of ascertainment fail:

It makes no difference in reason or law into what other form, different from the original, the change may have been made, whether it be into that of promissory notes for the security of the money which was produced by the sale of the goods of the principal, as in *Scott v. Surman*, Willes, 400, or into other merchandize, as in *Whitecomb v. Jacob*, Salk. 160, for the product of or substitute for the original thing still follows the nature of the thing itself, as long as it can be ascertained to be such, and the right only ceases when the means of ascertainment fail, which is the case when the subject is turned into money, and mixed and confounded in a general mass of the same description. The difficulty which arises in such a case is a difficulty of fact and not of law, and the dictum that money has no ear-mark must be understood in the same way; i.e. as predicated only of an undivided and undistinguishable mass of current money. [Emphasis added; p. 726.]

[80] That it is possible at common law to trace money to bank accounts is illustrated by the cases of *Hambrouck* and *Agip*. In *Hambrouck*,

[79] Selon la Cour d’appel dans *Agip*, la common law permet de suivre les fonds lorsqu’une personne a reçu de l’argent qui peut légitimement être revendiqué par le demandeur. Le seul fait de la réception fonde la responsabilité, dont l’étendue sera fonction de la somme reçue (*Agip* (C.A.), p. 463-464; *Agip* (Ch.), p. 399; *Banque Belge pour l'Étranger c. Hambrouck*, [1921] 1 K.B. 321 (C.A.)). On dit parfois qu’il est impossible en common law de suivre les fonds détenus dans les comptes bancaires. Ce point de vue exagère la portée de la règle et ne tient pas compte du fait que, dans le cadre de la présentation de la preuve, le suivi est permis si l’identification est possible (voir D. R. Klinck, « “Two Distincts, Division None” : Tracing Money into (and out of) Mixed Accounts » (1988), 2 *B.F.L.R.* 147, p. 148, et L. D. Smith, *The Law of Tracing* (1997), p. 183 et suiv.). D’ailleurs, l’arrêt le plus souvent cité à l’appui de la théorie qu’il est impossible en common law de suivre les fonds détenus dans des comptes bancaires ne comporte aucun énoncé quant à cet effet. Il ressort clairement de l’ensemble du commentaire du juge en chef lord Ellenborough dans *Taylor c. Plumer* (1815), 3 M. & S. 562, 34 E.R. 721, que c’est seulement lorsque les moyens de l’établir font défaut que le suivi n’est pas possible :

[TRADUCTION] Sur le plan de la raison ou du droit, peu importe la forme que peut prendre par la suite la chose originaire, qu’elle se change en billet pour la sécurité de l’argent provenant de la vente des biens du mandant, comme c’est le cas dans *Scott c. Surman*, Willes, 400, ou en une marchandise, comme dans *Whitecomb c. Jacob*, Salk. 160, car le produit de la chose ou son substitut reflète la nature de la chose elle-même, tant qu’il est possible de l’établir, et le droit cesse uniquement lorsque les moyens de l’établir font défaut, ce qui arrive lorsque l’objet en cause est transformé en argent et confondu dans une masse générale du même ordre. La difficulté qui se pose alors est de nature factuelle et non juridique, et l’adage selon lequel l’argent ne porte pas de marque doit s’entendre de la même façon, c’est-à-dire qu’il fait seulement référence à une masse monétaire courante, indivise et indistinguishable. [Je souligne; p. 726.]

[80] Il ressort des arrêts *Hambrouck* et *Agip* qu’il est possible en common law de suivre l’argent détenu dans des comptes bancaires. Dans l’affaire

a man named Hambrouck had fraudulently procured cheques drawn on the Banque Belge pour l'Étranger. He endorsed the cheques and deposited them in his account at Farrow's Bank. The cheques were cleared through the banking system and credited to Hambrouck's account. "In substance no other funds were paid into the account than the proceeds of these forged cheques" (Atkin L.J., at p. 331 (emphasis added)). Hambrouck then paid money out of that bank account to a Ms. Spanoghe, with whom he was living. A deposit was made in Ms. Spanoghe's account at the London Joint City and Midland Bank and, according to Atkin L.J., "[n]o other sums were at any time placed to that deposit account" (p. 332). On the basis of those facts, Bankes and Atkin L.JJ. were both of the opinion that the funds could be traced at common law to Ms. Spanoghe's account (pp. 328 and 335-36). Two points drawn from that case are important for our purposes: neither the fact that a cheque is cleared through the banking system before being deposited in the payee's account nor the fact that the payee has mixed the funds with other funds is sufficient to bar recovery at common law.

[81] To fully understand the parallel between *Hambrouck* and *Agip*, it is important to follow the sequence of events in the latter case. In *Agip*, the Banque du Sud ("BdS") in Tunis received a payment order of \$518,822.92 in favour of Baker Oil. BdS instructed Citibank to debit its account and credit an account at Lloyds Bank. Lloyds Bank credited Baker Oil's account before receiving the funds from Citibank, thereby assuming the delivery risk. The next day, pursuant to instructions from accountants Jackson & Co., who controlled Baker Oil on behalf of their clients, Lloyds Bank transferred the funds to Jackson & Co.'s account. At the time the credit was entered in Baker Oil's account, there was no other money in the account; however, the balance of Jackson & Co.'s account was US\$7,911.80 before the transfer. The Court of Appeal agreed with the trial judge that the mixing of the funds with the amount already in Jackson & Co.'s account was of no consequence and did not preclude tracing (pp. 465-66). In first instance,

Hambrouck, un certain Hambrouck avait frauduleusement obtenu des chèques tirés sur la Banque Belge pour l'Étranger, qu'il avait endossés puis déposés dans son compte auprès de la Farrow's Bank. Les chèques ont été compensés par l'entremise du système bancaire et portés au crédit de son compte, dans lequel [TRADUCTION] « [a]ucune autre somme substantielle que le produit des faux chèques n'avait été versée » (lord Atkin, p. 331 (je souligne)). Sur ce compte, M. Hambrouck a ensuite effectué un paiement à M^{lle} Spanoghe, avec qui il vivait, lequel a été déposé au compte de celle-ci à la London Joint City and Midland Bank. Selon lord Atkin, [TRADUCTION] « [a]ucune autre somme n'a été déposée sur ce compte » (p. 332). Se fondant sur ces faits, les lords Bankes et Atkin ont tous deux estimé qu'en common law les fonds peuvent être suivis dans le compte de M^{lle} Spanoghe (p. 328 et 335-336). Deux éléments tirés de cette affaire sont d'importance pour les besoins de notre analyse : ni le fait que le chèque a été compensé par l'entremise du système bancaire avant d'être déposé dans le compte du preneur du chèque ni le fait que le preneur a opéré une confusion avec d'autres fonds ne suffisent à empêcher le recouvrement en common law.

[81] Pour bien comprendre le parallèle entre *Hambrouck* et *Agip*, il importe de suivre la séquence des événements dans cette dernière affaire. Dans *Agip*, la Banque du Sud de Tunis (« BdS ») a reçu un ordre de paiement de 518 822,92 \$ en faveur de Baker Oil. Elle a donné comme instructions à Citibank de débiter son compte et de créditer un compte à la banque Lloyds, laquelle a crédité le compte de Baker Oil avant de recevoir les fonds de Citibank, assumant ainsi le risque de livraison. Le lendemain, conformément aux instructions du cabinet comptable Jackson & Co., qui administrait Baker Oil au nom de ses clients, la Lloyds a transféré les fonds dans le compte de Jackson & Co. Avant l'opération, le compte de Baker Oil présentait un solde de zéro, mais celui de Jackson & Co. s'élevait à 7 911,80 \$US. La Cour d'appel a souscrit à l'opinion du juge de première instance que la confusion des fonds avec le montant déjà dans le compte de Jackson & Co. ne portait pas à conséquence et n'empêchait pas le suivi des fonds (p. 465-466). En première instance,

Millett J., as he then was, had stated in *Agip*, at p. 399:

A fortiori it can be no defence for [Jackson, a partner of Jackson & Co.] to show that he has so mixed it with his own money that he cannot tell whether he still has it or not. Mixing by the defendant himself must, therefore, be distinguished from mixing by a prior recipient. The former is irrelevant, but the latter will destroy the claim for it will prevent proof that the money received by the defendant was the money paid by the plaintiff. [Emphasis added.]

[82] In *Agip*, the time when the funds the plaintiff sought to trace ceased to be identifiable was when Lloyds Bank made the transfer to Jackson & Co.'s account before receiving the funds from Citibank: even though Lloyds Bank later recouped them, the funds used to make the payment belonged to Lloyds, and BdS's funds had to be traced through the clearing system. On that issue, the Court of Appeal also agreed with Millett J. and quoted him (at p. 466):

Unless Lloyds Bank's correspondent bank in New York was also Citibank, this involves tracing the money [BdS's funds] through the accounts of Citibank and Lloyd's Bank's correspondent bank with the Federal Reserve Bank, where it must have been mixed with other money. The money with which Lloyds Bank was reimbursed cannot therefore, without recourse to equity, be identified as being that of the Banque du Sud.

[83] What distinguishes *Agip* from *Hambrouck* is that Lloyds Bank, having assumed the delivery risk, paid with its own money. This broke the link between the funds it paid and the funds it received from Citibank. If passage through the clearing system could on its own eliminate any possibility of identifying the money, tracing at common law would long ago have become totally obsolete and the dictum of the Court of Appeal in *Agip* that mixing in Jackson & Co.'s account was of no consequence would be of little use. I cannot accept that the result in *Hambrouck* can be explained by an oversight that occurred because the interruption caused by passage through the clearing system was

le juge Millett (plus tard lord Millett) avait écrit dans *Agip*, p. 399 :

[TRADUCTION] À plus forte raison, la preuve qu'il a à ce point confondu les fonds avec les siens propres qu'il ne peut dire s'il les a encore ou non ne saurait constituer une défense pour [M. Jackson, un associé de Jackson & Co.]. Il convient donc de distinguer la confusion intervenant du propre fait du défendeur de celle qu'a opérée un récepteur antérieur. La première ne compte pas, mais la seconde sera fatale à la réclamation, car elle empêchera de prouver que la somme reçue par le défendeur était celle que le demandeur avait payée. [Je souligne.]

[82] Dans *Agip*, les fonds que le demandeur cherchait à suivre ont cessé d'être identifiables lorsque la Lloyds a effectué le transfert dans le compte de Jackson & Co. avant d'avoir reçu les fonds de Citibank : même si la Lloyds les a par la suite récupérés, les fonds utilisés pour le paiement appartenaient à la Lloyds, et les fonds de la BdS devaient être suivis à travers le système de compensation. À cet égard, la Cour d'appel a également souscrit à l'opinion du juge Millett, qu'elle a cité :

[TRADUCTION] À moins que la banque correspondante à New York de la Lloyds soit aussi Citibank, l'argent [les fonds de la BdS] doit être suivi à travers les comptes de Citibank et de la banque correspondante de la Lloyds auprès de la Federal Reserve Bank, où il a dû être confondu avec d'autres fonds. Il est donc impossible, sans recourir à l'équité, de considérer que l'argent restitué à la Lloyds est celui qui appartient à la Banque du Sud. [p. 466]

[83] Ce qui distingue *Agip* de *Hambrouck* est le fait que la Lloyds, ayant assumé le risque de livraison, a payé avec son argent. Le lien entre les fonds qu'elle a payés et ceux qu'elle a reçus de Citibank n'existe donc plus. Si le simple passage par le système de compensation éliminait toute possibilité d'identifier l'argent, il y aurait longtemps que le suivi de la common law serait complètement tombé en désuétude et la remarque de la Cour d'appel dans *Agip* que la confusion des fonds dans le compte de Jackson & Co. ne portait pas de conséquence serait de peu d'utilité. Je ne pense pas que le résultat dans *Hambrouck* puisse s'expliquer par une erreur survenue du fait que l'interruption

not argued: P. J. Millett, "Tracing the Proceeds of Fraud" (1991), 107 *L.Q. Rev.* 71, at p. 74, fn. 7. When, as in *Agip*, the chain is broken by one of the intervening parties paying from its own funds, identification of the claimant's funds is no longer possible. However, the clearing system should be a neutral factor: P. Birks, "Overview: Tracing, Claiming and Defences", in P. Birks, ed., *Laundering and Tracing* (2003), 289, at pp. 302-5. Indeed, I prefer to assess the traceability of the asset after the clearing process and not see that process as a systematic break in the chain of possession of the funds. Just as the collecting bank receives the funds as the payee's agent, the clearing system is only a payment process. Paying through the clearing system amounts to no more than channelling the funds.

[84] In *Hambrouck*, the funds received through the clearing system by Farrow's Bank, acting as the collecting bank, from the Banque Belge pour l'Étranger had not lost their "identity". In the same way, the funds in the case at bar have not lost theirs. BNS, acting as the collecting bank, received the funds from RBC through the clearing system and credited them to BMP. The asset traced by RBC is simply its own. It is not the chose in action or the account holders's personal claim against BNS: R. M. Goode, "The Right to Trace and its Impact in Commercial Transactions — I" (1976), 92 *L.Q. Rev.* 360, at p. 380. The transactions that followed were all conducted by the recipient and persons related to it who received the money from BMP. Moreover, the fact that some of the accounts had prior balances is not a bar to recovery. Not only were the balances not substantial — only one of the accounts contained over \$100 — but the withdrawals by the holders significantly exceeded the balances. It is also worth noting that BNS was both the drawee and the payees' banker in all the transactions at issue, namely the transfers and payments from BMP's account and to the related accounts. There was no hiatus like the one in *Agip*, and the holders of the related accounts were not third

causée par le passage par le système de compensation n'a pas été soulevée : P. J. Millett, « Tracing the Proceeds of Fraud » (1991), 107 *L.Q. Rev.* 71, p. 74, note 7. Dans un cas, comme dans *Agip*, où la chaîne est interrompue du fait que les intervenants paient de leur poche, il n'est plus possible d'identifier les fonds du demandeur. Le système de compensation devrait toutefois être un facteur neutre : P. Birks, « Overview : Tracing, Claiming and Defences », dans P. Birks, dir., *Laundering and Tracing* (2003), 289, p. 302-305. D'ailleurs, je préfère apprécier la possibilité de suivre un bien après la compensation et ne pas considérer cette opération comme une rupture systématique dans la chaîne de possession des fonds. Tout comme la banque d'encaissement reçoit les fonds à titre de mandataire du preneur, le système de compensation représente seulement un processus de paiement. Payer par l'entremise du système de compensation n'est rien d'autre qu'un moyen d'acheminer les fonds.

[84] Dans *Hambrouck*, les fonds qu'à titre de banque d'encaissement la Farrow's Bank a reçus de la Banque Belge pour l'Étranger par l'entremise du système de compensation n'avaient pas perdu leur « identité ». De même, les fonds visés en l'espèce n'ont pas perdu la leur. La BNÉ, en tant que banque d'encaissement, a reçu les fonds de la BRC par l'entremise du système de compensation et les a portés au crédit de BMP. L'actif suivi par la BRC est simplement le sien. Il ne s'agit ni de la chose non possessoire ni d'une réclamation personnelle des titulaires des comptes contre la BNÉ : R. M. Goode, « The Right to Trace and its Impact in Commercial Transactions — I » (1976), 92 *L.Q. Rev.* 360, p. 380. Les opérations qui ont suivi ont toutes été effectuées par le récepteur et par les personnes qui lui sont liées et qui ont reçu l'argent de BMP. Par ailleurs, le fait que certains comptes avaient déjà un solde avant l'opération n'empêche pas le recouvrement. En effet, non seulement les montants des soldes n'étaient pas élevés — seulement un compte affichait un solde de plus de 100 \$ — mais les retraits effectués par les titulaires des comptes dépassaient de beaucoup les soldes. Il convient également de noter que la BNÉ était à la fois la banque tirée et le banquier du preneur dans

parties who had given consideration or changed their positions.

[85] In my view, *Taylor, Agip* and *Hambrouck* show that it is possible at common law to trace funds into bank accounts if it is possible to identify the funds. (See also Goode, at pp. 378, 390-91 and 395.) According to *Agip* and *Hambrouck*, mixing by the recipient is not a bar to recovery. I do not see those cases as exceptions to a common law rule against tracing in mixed funds. Rather, I accept the view advanced by Lord Millett in *Foskett v. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102 (H.L.), at p. 132, that the rules for tracing money are the same as those for tracing into physical mixtures. This view is also supported by Professor L. D. Smith in his treatise *The Law of Tracing*, at pp. 74 and 194 ff. For our purposes, there is no need to review all the rules applicable to physical mixtures (*Lawrie v. Rathbun* (1876), 38 U.C.Q.B. 255; *Carter v. Long & Bisby* (1896), 26 S.C.R. 430, at pp. 434-35; J. Ulph, “Retaining Proprietary Rights at Common Law Through Mixtures and Changes”, [2001] *L.M.C.L.Q.* 449). Suffice it to say that, as between innocent contributors, contributions are followed first to amounts they have withdrawn. In the case at bar, since the withdrawals of all those who received funds far exceeded their contributions, RBC can trace its own contribution to the balances remaining in the accounts.

[86] As Atkin L.J. mentioned in *Hambrouck*, the question to be asked is whether the money deposited in those accounts was “the product of, or substitute for, the original thing” (p. 335). In the instant case, the identification process is quite simple. I will not go back over the issue of the funds in

toutes les opérations visées, à savoir les transferts et les paiements sur les comptes connexes à partir du compte de BMP. Les opérations n’impliquaient aucun hiatus du genre de celui observé dans *Agip*, et les titulaires des comptes connexes n’étaient pas des tiers qui avaient fourni une contrepartie ou dont la situation a changé.

[85] À mon sens, *Taylor, Agip* et *Hambrouck* montrent qu’il est possible en common law de suivre des fonds portés au crédit de comptes bancaires s’il est possible de les identifier. (Voir aussi Goode, p. 378, 390-391 et 395.) Selon *Agip* et *Hambrouck*, le fait que le récepteur ait opéré une confusion de fonds n’est pas un obstacle au recouvrement. Je ne considère pas ces arrêts comme étant des exceptions à une règle de common law qui interdisent le suivi des fonds confondus. Je partage plutôt l’opinion de lord Millett dans *Foskett c. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102 (H.L.), p. 132, selon laquelle les règles régissant le suivi de l’argent sont les mêmes que celles régissant le suivi des mélanges physiques. C’est également une opinion à laquelle souscrit le professeur L. D. Smith dans son traité *The Law of Tracing*, p. 74 et 194 et suiv. Pour les besoins de notre analyse, il n’est pas nécessaire d’examiner toutes les règles applicables aux mélanges physiques (*Lawrie c. Rathbun* (1876), 38 U.C.Q.B. 255; *Carter c. Long & Bisby* (1896), 26 R.C.S. 430, p. 434-435; J. Ulph, « Retaining Proprietary Rights at Common Law Through Mixtures and Changes », [2001] *L.M.C.L.Q.* 449). Il suffit de dire que, lorsqu’il s’agit de personnes également innocentes qui contribuent à l’actif d’un compte, les retraits qu’elles font sont pris en considération avant l’évaluation du solde résiduaire disponible pour le suivi. En l’espèce, comme les retraits effectués par tous ceux qui ont reçu des fonds dépassent de beaucoup leur contribution aux fonds, la BRC peut suivre les sommes pour lesquelles elle a elle-même contribué aux soldes des comptes.

[86] Comme l’a signalé lord Atkin dans *Hambrouck*, il faut se demander si l’argent déposé dans ces comptes était [TRADUCTION] « le produit de la chose originaire ou son substitut » (p. 335). En l’espèce, l’identification est très simple. Je ne reviendrai pas sur les fonds détenus dans le compte

BMP's account: there was no relevant movement of funds. Regarding the funds in the related accounts when BNS acted on BMP's instructions and transferred money to the accounts of 636651 B.C. Ltd., Backman (chequing and savings accounts) and Hashka, the transferred funds were clearly related to the forged cheque BNS had mistakenly credited to BMP's account. The moneys used for the transfers came from BMP's account. The link is made with the funds RBC had used to pay the forged cheque.

[87] One issue that was raised is whether certification of the cheques would be a bar to tracing. When a cheque is certified, the certification does not affect the nature of the funds. In discussing the effect of certification in *Ratray Publications*, at p. 505, Finlayson J.A. stated that certification of a cheque, like acceptance, is irrevocable; see also *Centrac Inc. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1994), 21 O.R. (3d) 161 (C.A.). As a matter of law, to hold that certification is irrevocable would contribute to the acceptability of certified cheques as substitutes for cash and would also reflect the prevailing perception in the business world that it is irrevocable. However, BNS's intention in the instant case was not to revoke the certification. In fact, the certified cheques had already been honoured. As Maddaugh and McCamus point out:

The fact that the drawee bank cannot resist payment on a cheque it has certified does not necessarily insulate the payee, however, from a subsequent restitutionary claim by the paying bank. [p. 10-57]

[88] In *Ratray Publications*, Finlayson J.A. stated that "where a drawee bank honours a cheque notwithstanding a valid countermand and the effect is to satisfy a just debt, the bank may [debit the customer's account and] successfully defend an action by [the] customer/drawer for reimbursement" (p. 509). Further, where a payment does not satisfy a just debt, the bank "may have an action in restitution against the holder of a certified cheque" (*ibid.*). Indeed, if a bank has certified a cheque, it cannot deny the authenticity of the drawer's signature and the sufficiency of the funds. However, certification

de BMP : il n'y a eu aucun mouvement de fonds. En ce qui concerne les fonds dans les comptes connexes, lorsque la BNÉ, en exécution des instructions de BMP, a transféré l'argent sur les comptes de 636651 B.C. Ltd., de M. Backman (compte chèques et compte d'épargne) et de M. Hashka, les fonds virés avaient clairement un lien avec le faux chèque que la BNÉ avait par erreur porté au compte de BMP. Les fonds utilisés pour les virements provenaient du compte de BMP. Le lien est donc établi avec les fonds que la BRC a utilisés pour payer le faux chèque.

[87] Une des questions soulevées est celle de savoir si la certification d'un chèque fait obstacle au suivi. La certification d'un chèque est sans effet sur la nature des fonds. Dans *Ratray Publications*, p. 505, le juge Finlayson a indiqué que la certification d'un chèque était, comme son acceptation, irrévocable; voir aussi *Centrac Inc. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1994), 21 O.R. (3d) 161 (C.A.). Sur le plan du droit, l'irrévocabilité de la certification contribue à l'acceptabilité des chèques certifiés comme substituts du numéraire et rend compte de la perception la plus répandue dans le milieu des affaires quant à cette irrévocabilité. Toutefois, l'intention de la BNÉ en l'espèce n'était pas de révoquer la certification. En fait, le chèque certifié avait déjà été honoré. Comme le soulignent Maddaugh et McCamus :

[TRADUCTION] Le fait que la banque tirée ne peut refuser de payer un chèque qu'elle a certifié ne protège pas nécessairement le preneur, toutefois, d'une demande de restitution de la banque de paiement. [p. 10-57]

[88] Dans *Ratray Publications*, le juge Finlayson a indiqué que, [TRADUCTION] « lorsqu'une banque tirée honore un chèque malgré l'annulation valide de l'ordre de paiement de sorte qu'une dette juste se trouve ainsi payée, la banque peut [débiter le compte du client et] avoir gain de cause dans une action en remboursement introduite contre elle par son client tireur » (p. 509). De plus, lorsque le paiement ne rembourse pas une dette juste, la banque [TRADUCTION] « peut intenter une action en restitution contre le détenteur d'un chèque certifié » (*ibid.*). En fait, la certification empêche la banque

does not affect the traceability of the underlying funds.

[89] What remains to be discussed is the claim by way of cross-appeal concerning punitive damages.

4.5 Damages

[90] The Court of Appeal found that BNS had breached the service agreement by reversing the credit in BMP's account without having been instructed to do so by BMP. However, it also found that BMP had suffered no real injury and accordingly awarded nominal damages of \$1. In addition, it ordered BNS to pay BMP the difference of \$100 between the bank draft of November 7, 2001, and the certified cheque of November 2, 2001. BNS does not contest this conclusion. BMP seeks an increase in the damages and Hashka, Backman and 636651 B.C. Ltd. seek an order for damages.

[91] In light of my conclusion that BNS could resist BMP's claim on the basis of the doctrine of mistake of fact, it is my view that no additional damages can be awarded. Since RBC could trace the funds with the assistance of BNS, the same reasoning applies to the restraint of funds and the reversal of credits. Therefore, the claim to have the trial judge's award restored fails.

[92] BMP also seeks an award of punitive damages. The trial judge rejected this claim, finding that BNS's conduct did not warrant such an award. In view of my conclusions on BNS's right, this claim, too, can only fail.

5. Conclusion

[93] Beyond the strangeness of its factual substratum, this case involves an application of the well-established doctrine of mistake of fact to very

qui a certifié le chèque de contester l'authenticité de la signature du tireur ainsi que la suffisance des fonds, mais elle n'influe pas sur la possibilité de suivre les fonds sous-jacents.

[89] Seule reste à examiner la demande de dommages-intérêts punitifs soumise par la voie du pourvoi incident.

4.5 Dommages-intérêts

[90] La Cour d'appel a conclu que la BNÉ n'avait pas respecté le contrat de services en annulant le crédit porté au compte de BMP, sans instruction de la part de cette dernière, mais aussi que BMP n'avait pas subi de préjudice véritable. Elle a donc octroyé des dommages-intérêts symboliques de 1 \$. Elle a aussi ordonné à la BNÉ de verser à BMP la différence de 100 \$ entre la traite bancaire du 7 novembre 2001 et le chèque certifié du 2 novembre 2001. La BNÉ ne conteste pas cette conclusion. BMP veut faire augmenter le montant des dommages-intérêts; MM. Hashka et Backman, et 636651 B.C. Ltd. demandent une ordonnance leur accordant des dommages-intérêts.

[91] Compte tenu de ma conclusion que la BNÉ pouvait contester la réclamation de BMP en invoquant la doctrine de l'erreur de fait, je juge qu'il n'y a pas lieu d'accorder de dommages-intérêts supplémentaires. Le même raisonnement s'applique au blocage des fonds et à l'annulation des crédits, car la BRC pouvait suivre les fonds avec l'aide de la BNÉ. La demande de rétablissement des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance est donc rejetée.

[92] BMP demande aussi des dommages-intérêts punitifs. Le juge de première instance n'a pas fait droit à cette demande, estimant que la conduite de la BNÉ ne le justifiait pas. Compte tenu de ma conclusion au sujet des droits de la BNÉ, je ne puis que rejeter moi aussi cette demande.

5. Conclusion

[93] Au-delà de la singularité des faits, la présente affaire fait appel à l'application de la doctrine bien établie de l'erreur de fait à des faits très

unusual facts. The business of collecting banks will rarely lend itself to the application of this doctrine because most of the time, the bank will have changed its position, or its customer will have drawn on the credited amount, or the funds will have been mixed in a way that precludes tracing. In this case, however, the application of common law principles leads to a logical conclusion. The Court of Appeal found support for that conclusion in equity and it may be that support can be found there, but the same result can be obtained at common law.

[94] The appeal should be dismissed with costs and the Court of Appeal order affirmed. The cross-appeal should be allowed with costs and the awards of damages in favour of 636651 B.C. Ltd., Hashka and Backman set aside, save for the amount of \$13.50 payable to Backman, which BNS does not contest.

Appeal dismissed with costs and cross-appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant and the respondents on cross-appeal: Paul E. Jaffe, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

inhabituels de la présente affaire. Il est rare que la fonction d'encaissement des banques se prête à l'application de cette doctrine parce que la plupart du temps leur situation aura changé, leurs clients auront utilisé le crédit porté à leur compte ou les fonds auront été confondus de sorte qu'un suivi est impossible. En l'espèce, toutefois, l'application des principes de common law mène à une conclusion logique. La Cour d'appel a jugé que l'equity pouvait fonder cette conclusion. C'est possible, mais la common law mène au même résultat.

[94] Le pourvoi est rejeté avec dépens et l'ordonnance de la Cour d'appel est confirmée. Le pourvoi incident est accueilli avec dépens; les dommages-intérêts accordés à 636651 B.C. Ltd. et à MM. Hashka et Backman sont annulés, à l'exception des 13,50 \$ qui sont payables à M. Backman et que la BNÉ n'a pas contestés.

Pourvoi rejeté avec dépens et pourvoi incident accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante et des intimés au pourvoi incident : Paul E. Jaffe, Vancouver.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Canada Post Corporation *Appellant*

v.

Michel Lépine *Respondent*

and

Attorney General of Canada and Cybersurf Corp. *Interveners*

INDEXED AS: CANADA POST CORP. v. LÉPINE

Neutral citation: 2009 SCC 16.

File No.: 32299.

2008: November 17; 2009: April 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Private international law — Foreign or external judgments — Recognition procedure — Parallel class proceedings commenced in different provinces — Whether Quebec court hearing application for recognition of judgment can take account of doctrine of forum non conveniens in determining whether foreign authority had jurisdiction — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3135, 3155(1), 3164.

Private international law — Foreign or external judgments — Recognition procedure — Parallel class proceedings commenced in different provinces — Notice procedure for Ontario judgment certifying class proceeding and approving settlement agreement — Quebec residents bound by settlement agreement — Whether notice procedure for Ontario judgment entailed contravention of fundamental principles of procedure that precluded recognition of Ontario judgment in Quebec — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3155(3).

Private international law — Foreign or external judgments — Recognition procedure — Lis pendens — Parallel class proceedings commenced in different provinces — Whether Quebec and Ontario proceedings gave rise to situation of lis pendens — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3155(4).

Société canadienne des postes *Appelante*

c.

Michel Lépine *Intimé*

et

Procureur général du Canada et Cybersurf Corp. *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES c. LÉPINE

Référence neutre : 2009 CSC 16.

N^o du greffe : 32299.

2008 : 17 novembre; 2009 : 2 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit international privé — Jugements étrangers ou externes — Procédure de reconnaissance — Recours collectifs parallèles intentés dans des provinces différentes — Le tribunal québécois saisi d'une demande de reconnaissance de jugement peut-il prendre en compte la doctrine du forum non conveniens pour établir la compétence de l'autorité étrangère? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3135, 3155(1), 3164.

Droit international privé — Jugements étrangers ou externes — Procédure de reconnaissance — Recours collectifs parallèles intentés dans des provinces différentes — Procédure de notification du jugement ontarien certifiant un recours collectif et entérinant une transaction — Résidants du Québec liés par la transaction — La procédure de notification du jugement ontarien constituait-il une violation des principes essentiels de la procédure qui empêchait la reconnaissance judiciaire du jugement ontarien au Québec? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3155(3).

Droit international privé — Jugements étrangers ou externes — Procédure de reconnaissance — Litispendance — Recours collectifs parallèles intentés dans des provinces différentes — Existait-il une situation de litispendance entre les recours québécois et ontarien? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3155(4).

In September 2000, the Canada Post Corporation began marketing a lifetime Internet service in Canada, but it terminated its commitment in September 2001. This led to complaints and various proceedings. In Quebec, a customer who had purchased this service filed a motion for authorization to institute a class action on behalf of every natural person residing in Quebec who had purchased it. Subsequently, in Ontario, the Superior Court of Justice certified a class proceeding and approved a settlement agreement pursuant to which Canadian consumers could obtain a refund of the purchase price of the CD-ROM and receive three months of free Internet access. According to the Ontario judgment, the settlement agreement was binding on every resident of Canada who had purchased the service except those in British Columbia. On the next day, the Quebec Superior Court authorized the Quebec class action on behalf of a group limited to residents of Quebec. The Corporation then sought to have the Ontario judgment recognized under art. 3155 *C.C.Q.* The Quebec Superior Court dismissed the Corporation's application on the basis that the notice of certification of the Ontario proceeding was inadequate in Quebec and created confusion with the class action under way in Quebec, which constituted a contravention of the fundamental principles of procedure (art. 3155(3) *C.C.Q.*). The Quebec Court of Appeal affirmed that judgment on this issue and added that although the Ontario court had jurisdiction over the proceeding, it should have declined jurisdiction over Quebec residents by applying the doctrine of *forum non conveniens* (arts. 3155(1), 3164 and 3135 *C.C.Q.*). Finally, the two class proceedings gave rise to a situation of *lis pendens*, since the Quebec proceeding had been commenced first (art. 3155(4) *C.C.Q.*).

Held: The appeal should be dismissed.

In applying the doctrine of *forum non conveniens*, the Court of Appeal added an irrelevant factor to its analysis of the foreign court's jurisdiction. Although the application of this doctrine finds support, at first glance, in the very broad wording of the reference in art. 3164 *C.C.Q.* to Title Three on the international jurisdiction of Quebec authorities, such an interpretation disregards the main principle underlying the legal framework for the recognition and enforcement of foreign judgments set out in the *Civil Code of Québec*. In reviewing an application for recognition of a foreign judgment, the Quebec court does not have to consider how the court of another province or of a foreign country should have exercised its jurisdiction or, in particular, how it might have exercised a discretion to decline jurisdiction over the case or suspend its intervention. Enforcement by the Quebec court depends on whether the foreign court had jurisdiction, not on how that jurisdiction was exercised,

En septembre 2000, la Société canadienne des postes commercialise un service d'Internet à vie sur le marché canadien, mais met fin à son engagement en septembre 2001. Cela provoque des plaintes et des recours divers. Au Québec, un client de ce service dépose une requête en autorisation d'exercer un recours collectif au nom de toute personne physique résidant au Québec qui avait acheté le service. Plus tard, en Ontario, la Cour supérieure de justice certifie un recours collectif puis entérine une transaction aux termes de laquelle les consommateurs canadiens pourront se faire rembourser le prix d'achat du cédérom et recevoir trois mois de service Internet gratuit. Selon le jugement ontarien, la transaction lie tous les résidents du Canada qui ont acheté le service, sauf ceux de la Colombie-Britannique. Le lendemain, la Cour supérieure du Québec autorise le recours collectif au Québec pour un groupe incluant seulement les résidents du Québec. La Société tente alors d'obtenir la reconnaissance du jugement ontarien en vertu de l'art. 3155 *C.c.Q.* La Cour supérieure du Québec rejette sa demande au motif que l'avis de la certification du recours ontarien était inadéquat au Québec et créait de la confusion avec le recours collectif entamé au Québec, ce qui violait les principes essentiels de la procédure (par. 3155(3) *C.c.Q.*). La Cour d'appel du Québec confirme le jugement sur cette question et ajoute que bien que la cour ontarienne avait compétence à l'égard du recours, elle aurait dû décliné compétence sur les résidents québécois en application de la doctrine du *forum non conveniens* (par. 3155(1) et art. 3164 et 3135 *C.c.Q.*). Enfin, il y avait litispendance entre les deux recours collectifs, la procédure québécoise ayant été engagée la première (par. 3155(4) *C.c.Q.*).

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

En appliquant la doctrine du *forum non conveniens*, la Cour d'appel ajoute un élément non pertinent dans son analyse de la compétence du tribunal étranger. Bien que le libellé très large du renvoi au titre troisième relatif à la compétence internationale des autorités québécoises figurant à l'art. 3164 *C.c.Q.* invite à première vue à cette application, une telle interprétation néglige le principe premier de l'aménagement juridique de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers dans le *Code civil du Québec*. Dans le cas d'une demande de reconnaissance d'un jugement étranger, le tribunal québécois n'a pas à se demander comment la cour d'une autre province ou d'un pays étranger aurait dû exercer sa compétence ni, en particulier, comment elle aurait pu utiliser un pouvoir discrétionnaire de ne pas se saisir de l'affaire ou de suspendre son intervention. L'*exequatur* du tribunal québécois dépend de l'existence de la compétence du tribunal étranger,

apart from the exceptions provided for in the *Civil Code of Québec*. To apply *forum non conveniens* in this context would therefore be to overlook the basic distinction between the establishment of jurisdiction as such and the exercise of jurisdiction. The application of the specific rules set out in arts. 3165 to 3168 *C.C.Q.* will generally suffice to determine whether the foreign court had jurisdiction. It may be necessary in considering a complex legal situation to apply the general principle in art. 3164 *C.C.Q.* and to establish a substantial connection between the dispute and the originating court. But even when it is applying that general rule, the court hearing the application for recognition cannot rely on a doctrine that is incompatible with the recognition procedure. In the instant case, there is no doubt that the Ontario Superior Court of Justice had jurisdiction pursuant to art. 3168 *C.C.Q.*, since the Corporation, the defendant to the action, had its head office in Ontario. This connecting factor in itself justified finding that the Ontario court had jurisdiction. [34-38]

In the context in which they were published, the notices provided for in the judgment of the Ontario Superior Court of Justice contravened the fundamental principles of procedure within the meaning of art. 3155(3) *C.C.Q.* In a class action, it is important that the notice procedure be designed so as to make it likely that the information will reach the intended recipients. The wording of the notice must take account of the context in which it will be published and, in particular, the situation of the recipients. Compliance with these requirements constitutes an expression of the necessary comity between courts and a condition for preserving it within the Canadian legal space. In the instant case, the clarity of the notice was particularly important in a context in which, to the knowledge of all those involved, parallel class proceedings had been commenced in Quebec and in Ontario. The Ontario notice was likely to confuse its intended recipients, as it did not properly explain the impact of the judgment certifying the class proceeding on Quebec members of the national class established by the Ontario Superior Court of Justice. It could have led those who read it in Quebec to conclude that it simply did not concern them. [42-46]

The Quebec courts were also precluded from recognizing the Ontario judgment on the basis of *lis pendens* pursuant to art. 3155(4) *C.C.Q.* The interpretation to the effect that a class action exists only as of its filing date, after it has been authorized, is consistent neither with the wording of art. 3155(4) nor with the way that provision is applied in the context of a class action. The application for authorization to institute a class action is a form of judicial proceeding between parties for the

et non des modalités de l'exercice de celle-ci, hormis les exceptions prévues par le *Code civil du Québec*. Le recours au *forum non conveniens* dans ce contexte fait donc fi de la distinction de base entre la détermination de la compétence proprement dite et son exercice. En général, le recours aux règles spécifiques prévues aux arts. 3165 à 3168 *C.c.Q.* permet de statuer sur la compétence des tribunaux étrangers. Il se peut qu'une situation juridique complexe exige d'appliquer le principe général de l'art. 3164 *C.c.Q.* et d'établir la présence d'un lien important entre le litige et le tribunal d'origine. Même s'il a recours à cette règle générale, le tribunal de l'*exequatur* ne peut s'appuyer sur une doctrine incompatible avec la procédure de reconnaissance. Dans la présente affaire, l'existence même de la compétence de la Cour supérieure de justice de l'Ontario ne fait pas de doute selon l'art. 3168 *C.c.Q.*, puisque la Société, défenderesse à l'action, a établi son siège social en Ontario. Ce facteur de rattachement justifiait à lui seul la reconnaissance de la compétence du for ontarien. [34-38]

Dans le contexte où ils ont été publiés, les avis prévus par le jugement de la Cour supérieure de justice de l'Ontario ne respectaient pas les principes essentiels de la procédure au sens de le par. 3155(3) *C.c.Q.* En matière de recours collectif, il importe que la procédure de notification soit conçue de telle manière qu'elle rende probable la communication de l'information à ses destinataires. La rédaction des avis doit prendre en considération le contexte dans lequel ils seront diffusés et, en particulier, la situation du destinataire de l'information. Le respect de ces exigences constitue une manifestation de la courtoisie nécessaire entre les différents tribunaux et une condition de sa préservation dans l'espace juridique canadien. Dans la présente affaire, la clarté de l'avis importait particulièrement dans un contexte où, à la connaissance de tous les intéressés, des procédures collectives parallèles avaient été engagées au Québec et en Ontario. L'avis ontarien était de nature à créer de la confusion chez ses destinataires, car il n'explicitait pas adéquatement la portée du jugement de certification pour les membres québécois du groupe national établi par la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Il pouvait amener le lecteur québécois à conclure qu'il n'était tout simplement pas concerné. [42-46]

La litispendance empêchait aussi la reconnaissance du jugement ontarien vu le par. 3155(4) *C.c.Q.* L'interprétation voulant que l'action en recours collectif n'existe qu'à compter du moment de son dépôt, après autorisation, ne respecte pas le texte du par. 3155(4) ni les modalités de son application dans le contexte d'un recours collectif. La demande d'autorisation du recours collectif constitue une forme de débat judiciaire engagé entre les parties pour déterminer précisément

purpose of determining whether a class action will in fact take place. In the instant case, the three identities were present at the stage of this application. The basic facts in support of both proceedings were the same for Quebec residents, the object was the same and the legal identity of the parties was established. [51-55]

Cases Cited

Referred to: *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205; *Hocking v. Haziza*, 2008 QCCA 800, [2008] R.J.Q. 1189; *Currie v. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 321; *Birdsall Inc. v. In Any Event Inc.*, [1999] R.J.Q. 1344; *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440; *Thompson v. Masson*, [1993] R.J.Q. 69; *Hotte v. Servier Canada Inc.*, [1999] R.J.Q. 2598; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3134 to 3168, 3135, 3137, 3155, 3158, 3164, 3168.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25.
Fair Trading Act, R.S.A. 2000, c. F-2.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004, "dispute".
 Glenn, H. Patrick. "Droit international privé", dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993, 669.
 Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
Grand Robert de la langue française, 2^e éd. augm., t. 4. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2001, "litige".
 Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2004, "litige".
 Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
 Saumier, Geneviève. "The Recognition of Foreign Judgments in Quebec — The Mirror Crack'd?" (2002), 81 *Can. Bar Rev.* 677.
 Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. "If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?" *Responding to Inappropriate*

si le recours collectif verra le jour. À l'étape de cette demande, les trois identités se rencontraient dans la présente affaire. Les faits essentiels au soutien des deux procédures étaient les mêmes quant aux résidents du Québec, l'objet était le même et l'identité juridique des parties était établie. [51-55]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205; *Hocking c. Haziza*, 2008 QCCA 800, [2008] R.J.Q. 1189; *Currie c. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 321; *Birdsall Inc. c. In Any Event Inc.*, [1999] R.J.Q. 1344; *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440; *Thompson c. Masson*, [1993] R.J.Q. 69; *Hotte c. Servier Canada inc.*, [1999] R.J.Q. 2598; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3134 à 3168, 3135, 3137, 3155, 3158, 3164, 3168.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25.
Fair Trading Act, R.S.A. 2000, ch. F-2.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2004, « dispute ».
 Glenn, H. Patrick. « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 669.
 Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.
Grand Robert de la langue française, 2^e éd. augm., t. 4. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2001, « litige ».
 Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 3^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004, « litige ».
 Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.
 Saumier, Geneviève. « The Recognition of Foreign Judgments in Quebec — The Mirror Crack'd? » (2002), 81 *R. du B. can.* 677.
 Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. « If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas? » *Responding to Inappropriate*

Foreign Jurisdiction in Quebec–United States Cross-border Litigation. Montréal: Thémis, 2001.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Delisle, Pelletier and Rayle JJ.A.), 2007 QCCA 1092, [2007] R.J.Q. 1920, [2007] SOQUIJ AZ-50446058, [2007] J.Q. n° 8498 (QL), 2007 CarswellQue 13496, affirming a decision of Baker J., J.E. 2005-1631, [2005] SOQUIJ AZ-50325631, [2005] Q.J. No. 9806 (QL), 2005 CarswellQue 5457, 2005 CanLII 26419. Appeal dismissed.

Serge Gaudet, Gary D. D. Morrison and Frédéric Massé, for the appellant.

François Lebeau and Jacques Larochelle, for the respondent.

Alain Préfontaine, for the intervener the Attorney General of Canada.

No one appeared for the intervener Cybersurf Corp.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

A. *Nature of the Appeal*

[1] In September 2000, the appellant, the Canada Post Corporation (“Corporation”), began marketing a lifetime Internet service in Canada. Many consumers purchased the service. However, the Corporation terminated its lifetime commitment in September 2001 and discontinued the service, which led to complaints and various proceedings. There was a settlement in Ontario after the Ontario Superior Court of Justice had certified a class proceeding and approved a settlement agreement with the Corporation. A class action had also been instituted in Quebec. The Corporation sought to have the Ontario judgment recognized under art. 3155 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”), and to have the Quebec proceedings dismissed, but

Foreign Jurisdiction in Quebec–United States Cross-border Litigation. Montréal : Thémis, 2001.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Delisle, Pelletier et Rayle), 2007 QCCA 1092, [2007] R.J.Q. 1920, [2007] SOQUIJ AZ-50446058, [2007] J.Q. n° 8498 (QL), 2007 CarswellQue 7329, qui a confirmé une décision du juge Baker, J.E. 2005-1631, [2005] SOQUIJ AZ-50325631, [2005] Q.J. No. 9806 (QL), 2005 CarswellQue 5457, 2005 CanLII 26419. Pourvoi rejeté.

Serge Gaudet, Gary D. D. Morrison et Frédéric Massé, pour l’appelante.

François Lebeau et Jacques Larochelle, pour l’intimé.

Alain Préfontaine, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Personne n’a comparu pour l’intervenante Cybersurf Corp.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

A. *Nature du pourvoi*

[1] En septembre 2000, la Société canadienne des postes (« Société »), l’appelante, commercialisa un service d’Internet à vie sur le marché canadien. De nombreux consommateurs achetèrent ce service. Toutefois, la Société mit fin à son engagement à vie et interrompit le service en septembre 2001. Cette interruption provoqua des plaintes et des recours divers. Un règlement intervint en Ontario après que la Cour supérieure de justice de l’Ontario eut certifié un recours collectif et entériné une transaction avec la Société. Un recours collectif avait aussi été entamé au Québec. La Société tenta d’obtenir la reconnaissance du jugement ontarien en vertu de l’art. 3155 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), et de faire arrêter les procédures

the Quebec Superior Court dismissed its application. The Quebec Court of Appeal affirmed that judgment. For reasons that differ in part from those given by the Court of Appeal, I would dismiss this appeal, which concerns the conditions under the *Civil Code of Québec* for recognizing a judgment rendered outside Quebec. The appeal also raises issues concerning the management of parallel class actions instituted in different provinces.

B. *Origin of the Case*

[2] The events on which this case is based began in September 2000, when the Corporation offered its customers a lifetime Internet access package using software designed by the intervener Cybersurf Corp., an Internet service provider. The software came on a CD-ROM that was sold for \$9.95. In exchange for free service, purchasers agreed to have advertising transmitted to their computers. According to the Corporation, it sold 146,736 CD-ROMs across Canada. For reasons not specified by the parties, the Corporation discontinued the lifetime Internet service on September 15, 2001. Some consumers were upset, and their reactions led, *inter alia*, to the proceedings now before this Court.

[3] In 2001, the Alberta government complained to the Corporation under the *Fair Trading Act*, R.S.A. 2000, c. F-2. Then, on February 6, 2002, Michel Lépine, the respondent in this appeal, filed a motion in the Quebec Superior Court for authorization to institute a class action under Quebec's *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. He sought to institute the action against the Corporation on behalf of every natural person residing in Quebec who had purchased the Corporation's Internet package. On March 28, 2002, Paul McArthur also commenced a class proceeding against the Corporation in the Ontario Superior Court of Justice. He sought leave to represent everyone who had purchased the Corporation's CD-ROM and Internet service, except Quebec residents. Finally, on May 7, 2002, John Chen commenced a class proceeding in the British Columbia Supreme Court on behalf of residents of that province who had purchased the

québécoises, mais la Cour supérieure du Québec rejeta sa demande. La Cour d'appel du Québec confirma ce jugement. Pour des motifs en partie différents de ceux de l'arrêt d'appel, je rejetterais le pourvoi, qui examine les conditions de reconnaissance d'un jugement rendu hors du Québec en vertu du *Code civil du Québec*. Le présent pourvoi soulève aussi certains problèmes de gestion de recours collectifs parallèles intentés dans des provinces différentes.

B. *Origine du litige*

[2] L'origine de la présente affaire se situe en septembre 2000. La Société offre alors à ses clients un forfait d'accès à vie à l'Internet par l'intermédiaire d'un logiciel conçu par un fournisseur d'accès Internet, l'intervenante Cybersurf Corp. Le logiciel est offert sur cédérom au coût de 9,95 \$. En échange du service gratuit, les acquéreurs acceptaient que de la publicité soit transmise à leurs ordinateurs. La Société affirme avoir vendu 146 736 cédéroms dans l'ensemble du Canada. Pour des raisons que ne précisent pas les parties, la Société met fin au service d'Internet à vie à compter du 15 septembre 2001. Des consommateurs s'estiment lésés. Leurs réactions donnent lieu, entre autres, au débat dont notre Cour est aujourd'hui saisie.

[3] En 2001, le gouvernement de l'Alberta se plaint à la Société en vertu de la *Fair Trading Act*, R.S.A. 2000, ch. F-2. Puis, le 6 février 2002, M. Michel Lépine, l'intimé dans le présent appel, dépose en Cour supérieure du Québec une requête en autorisation d'exercer un recours collectif conformément au *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25. Il souhaite exercer le recours contre la Société au nom de toute personne physique résidant au Québec qui lui avait acheté son forfait Internet. Le 28 mars 2002, M. Paul McArthur entame aussi un recours collectif contre la Société devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Il demande à être autorisé à représenter toute personne, sauf les résidents du Québec, qui a acheté le cédérom et le service Internet de la Société. Enfin, le 7 mai 2002, M. John Chen entreprend un recours collectif devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour le compte des résidents de cette

CD-ROM distributed by the Corporation. A settlement was reached in Alberta in December 2002, and the Corporation undertook to refund the purchase price of the CD-ROM to Canadian consumers who returned the CD-ROM to it.

[4] Negotiations were conducted to settle the class proceedings under way in Quebec, Ontario and British Columbia. The Corporation offered the same settlement as in Alberta, which it later enhanced by offering three months of free Internet access. According to information provided by the parties, the applicants for certification of the class proceedings in British Columbia and Ontario accepted the Corporation's offers. The applicant for authorization in the Quebec action, Mr. Lépine, rejected them.

[5] The application for authorization of the Quebec class action, which the Corporation contested vigorously, was still pending at the time of these negotiations. On June 18, 2003, the Quebec Superior Court decided to hear the application on November 5, 6 and 7 of that year.

[6] In the meantime, in Ontario in early July 2003, the parties to the Ontario and British Columbia proceedings entered into a settlement agreement with the appellant based on the offer they had accepted. The agreement created two classes of claimants. The first was limited to British Columbia residents. For the purposes of the Ontario proceeding, the second class included residents of every province of Canada except British Columbia, as it no longer excluded Quebec residents despite the fact that the respondent, Michel Lépine, was proceeding with his application for authorization to institute a class action in Quebec and had rejected the proposed settlement. To give effect to the settlement, the Ontario application for certification was amended on November 19, 2003 to include Quebec residents in the class.

[7] Beginning at the time of negotiation of the settlement, various proceedings that had contradictory purposes and effects were commenced in the Ontario Superior Court of Justice and the

province qui ont acheté le cédérom distribué par la Société. Un règlement intervient en Alberta en décembre 2002. La Société s'engage alors à rembourser le prix d'achat du cédérom aux consommateurs canadiens qui le lui renverront.

[4] Des négociations ont lieu pour régler le sort des procédures collectives entamées au Québec, en Ontario et en Colombie-Britannique. La Société offre le même règlement qu'en Alberta, qu'elle bonifie par la suite en proposant trois mois de service Internet gratuit. Suivant les informations données par les parties, les demandeurs de la certification des recours collectifs en Colombie-Britannique et en Ontario acceptent les offres de la Société. L'auteur de la demande d'autorisation du recours québécois, M. Lépine, les rejette.

[5] Vigoureusement contestée par la Société, la demande d'autorisation du recours collectif québécois est toujours pendante au cours de ces négociations. Le 18 juin 2003, la Cour supérieure du Québec décide de l'entendre les 5, 6 et 7 novembre suivants.

[6] Pendant ce temps, en Ontario, au début de juillet 2003, les parties à l'origine des procédures engagées dans cette province et en Colombie-Britannique transigent avec l'appelante vu l'acceptation de l'offre de règlement. La transaction crée deux groupes de réclamants. Le premier comprend uniquement les résidents de la Colombie-Britannique. Pour les besoins du recours ontarien, le second groupe inclut tous les résidents du Canada, sauf ceux de la Colombie-Britannique, mais n'exclut plus ceux du Québec, malgré le maintien par l'intimé Michel Lépine de sa demande d'autorisation d'exercer un recours collectif au Québec et son refus du règlement proposé. Pour donner effet à cette transaction, la demande de certification ontarienne est modifiée le 19 novembre 2003 pour inclure les résidents du Québec dans le groupe visé.

[7] À compter du moment où la transaction est négociée, des procédures diverses, mais contradictoires dans leurs buts et leurs effets, sont engagées devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario et

Quebec Superior Court. When informed of the settlement with the Corporation, Mr. Lépine sought unsuccessfully to obtain safeguard orders from the Quebec Superior Court as well as a declaration that the Ontario agreement could not be set up against Quebec residents. His motion was heard on July 22, 2003, but the judge merely ordered the Corporation to give Quebec counsel details related to the applications for approval in Ontario and British Columbia.

[8] Nevertheless, the Quebec Superior Court heard Mr. Lépine's application for authorization on the scheduled dates, November 5 to 7, 2003, despite attempts by the Corporation to obtain a stay of the hearing and the judgment. The judge reserved his decision on November 7.

[9] The Ontario proceeding also continued. The Superior Court of Justice heard the application for certification of the class proceeding, to which the application for approval of the settlement agreement had now been added. Mr. Lépine's Quebec counsel did not appear in the Ontario proceeding. However, he sent the judge hearing the application for certification and approval a letter asking him to decline jurisdiction over Quebec residents for reasons he set out in detail. On December 22, 2003, the Superior Court of Justice certified the class proceeding and approved the settlement. It excluded British Columbia residents but not Quebec residents from the class. It did not comment on Mr. Lépine's request, but referred to that request in the following terms in its recitals: "... and upon being advised of the situation in the Province of Quebec and the correspondence forwarded to this Court by Quebec counsel, François LeBeau . . ." Thus, the Ontario Superior Court of Justice approved the settlement reached with the Corporation without reservation and ordered that notices of the judgment be published accordingly. The following are the most important heads of relief in its order:

1. THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that for purposes of the settlement, as set out in the Settlement Agreement attached as Schedule "A" ("the

la Cour supérieure du Québec. Informé de la transaction avec la Société, M. Lépine tente en vain d'obtenir de la Cour supérieure du Québec des ordonnances de sauvegarde et de faire déclarer l'entente ontarienne inopposable au Québec. Sa requête est entendue le 22 juillet 2003, mais le juge ne fait qu'ordonner à la Société d'aviser les avocats québécois des détails concernant la demande d'homologation en Ontario et en Colombie-Britannique.

[8] Cependant, la Cour supérieure du Québec entend la demande d'autorisation de M. Lépine aux dates prévues, soit du 5 au 7 novembre 2003, malgré les tentatives de la Société pour faire surseoir à l'audition et au jugement. Le juge prend la demande en délibéré le 7 novembre.

[9] En Ontario, la procédure se continue aussi. La Cour supérieure de justice est saisie de la demande de certification du recours collectif à laquelle s'ajoute désormais la demande d'homologation de la transaction intervenue. L'avocat québécois de M. Lépine ne comparaît pas en Ontario. Cependant, il adresse au juge saisi de la demande de certification et d'homologation une lettre lui demandant de décliner compétence à l'égard des résidents québécois pour des raisons qu'il expose en détail. Le 22 décembre 2003, la Cour supérieure de justice certifie le recours collectif et entérine la transaction. Elle exclut du groupe visé les résidents de la Colombie-Britannique, mais non ceux du Québec. À ce propos, elle ne commente pas la demande de M. Lépine, mais ses considérants en font état dans les termes suivants : [TRADUCTION] « . . . et informée de la situation au Québec et des éléments communiqués à la Cour par l'avocat québécois, François Lebeau . . . » Ainsi, la Cour supérieure de justice de l'Ontario homologue sans réserve la transaction intervenue avec la Société et ordonne de publier des avis du jugement en conséquence. Je reproduis ci-après les conclusions les plus importantes de son ordonnance :

[TRADUCTION]

1. LA COUR ORDONNE, aux fins énoncées dans le règlement dont le texte est joint à l'annexe A (le « règlement »), la certification de l'action à titre de

Settlement Agreement”), the within action is certified as a Class Proceeding pursuant to the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6.

recours collectif en vertu de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6.

3. THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that, as set out in the Settlement Agreement, the group of persons who are members of the Ontario Class be:

“Any person in Canada, not a resident of the Province of British Columbia, who purchased a CD-Rom through any Canada Post outlet at a retail price of \$9.95, exclusive of applicable taxes, the packaging of which displayed the words ‘free internet for life’, on or after September 27, 2000.”

4. THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that the claims asserted on behalf of the Class are for breach of contract and misrepresentation and the relief sought is damages, including punitive, aggravated and exemplary damages, interest and costs as set out in the Amended Statement of Claim.

3. ELLE ORDONNE que, conformément au règlement, la constitution du groupe ontarien est la suivante :

« Toute personne au Canada, à l'exclusion d'un résidant de la Colombie-Britannique, ayant acheté un cédérom à une succursale de la Société canadienne des postes au prix de 9,95 \$ majoré des taxes applicables, sous emballage portant la mention “Internet à vie entièrement gratuit”, le 27 septembre 2000 ou après. »

4. ELLE ORDONNE que les allégations formulées pour le compte du groupe sont la rupture de contrat et la déclaration trompeuse et que la réparation demandée correspond aux dommages-intérêts, notamment punitifs et majorés, plus l'intérêt et les dépens, comme le précise la déclaration modifiée.

10. THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that any Class Member who does not opt-out within the time provided and in the manner described in the Settlement Agreement is bound by the Settlement Agreement and this Order and is hereby enjoined from pursuing any claims covered by the Settlement Agreement against the Defendants.

10. ELLE ORDONNE que tout membre qui ne s'exclut pas du groupe dans le délai imparti et de la manière prévue dans le règlement est lié par celui-ci et par la présente ordonnance et ne peut poursuivre les défenderesses relativement à quelque élément visé par le règlement.

On the next day, December 23, 2003, the Quebec Superior Court rendered a judgment authorizing the institution of a class action against the Corporation on behalf of a group limited to residents of Quebec.

Par ailleurs, le lendemain, soit le 23 décembre 2003, la Cour supérieure du Québec rend un jugement autorisant un recours collectif contre la Société pour un groupe incluant seulement les résidents du Québec.

[10] Finally, on April 7, 2004, the British Columbia Supreme Court approved the settlement for the class of British Columbia residents. The settlement with the Corporation had accordingly been completed.

[10] Enfin, le 7 avril 2004, la Cour suprême de la Colombie-Britannique homologue la transaction pour le groupe des résidents de la Colombie-Britannique. Le règlement avec la Société se trouve dès lors complété.

[11] In the meantime, the judgments rendered by the Ontario Superior Court of Justice and the Quebec Superior Court had created an unavoidable

[11] Entre-temps, les jugements rendus par les cours supérieures de l'Ontario et du Québec ont créé un conflit juridique incontournable. D'une part, se

legal conflict. On the one hand, a class action against the Corporation was continuing in the Quebec Superior Court. On the other hand, the Corporation had obtained a judgment from the Ontario Superior Court of Justice declaring that the claims against it had been settled, including the claims of Quebec residents. To break the impasse, the Corporation applied to the Quebec Superior Court in June 2004 to have the judgment of the Ontario Superior Court of Justice recognized and declared enforceable. To this date, more than four years later, the Ontario judgment has not yet been recognized in Quebec, and the class action authorized by the Quebec Superior Court has not yet been heard.

II. Judicial History

A. *Quebec Superior Court*, [2005] Q.J. No. 9806 (QL)

[12] On July 20, 2005, Baker J. of the Quebec Superior Court dismissed the Corporation's application for recognition of the judgment of the Ontario Superior Court of Justice on the basis that the application did not meet the requirements of art. 3155 *C.C.Q.* Baker J. based his decision to refuse recognition on the ground of contravention of the fundamental principles of procedure, which is provided for in art. 3155(3) *C.C.Q.* In his view, the notice of certification of the Ontario proceeding was inadequate in Quebec and created confusion with the class action under way in Quebec and the notices given in that action.

B. *Quebec Court of Appeal (Delisle, Pelletier and Rayle J.J.A.)*, 2007 QCCA 1092, [2007] R.J.Q. 1920

[13] In a unanimous decision written by Rayle J.A., the Quebec Court of Appeal dismissed the Corporation's appeal from the Superior Court's judgment. Rayle J.A. found that there were three reasons to refuse recognition. She conceded that the Ontario Superior Court of Justice had jurisdiction over Mr. McArthur's application. But in her view, that court should have declined jurisdiction over Quebec residents by applying the doctrine of

continue devant la Cour supérieure du Québec un recours collectif contre la Société. D'autre part, celle-ci a obtenu un jugement de la Cour supérieure de justice de l'Ontario qui déclare réglées les réclamations présentées contre elle, y compris celles des résidents du Québec. Afin de dénouer l'impasse, en juin 2004, la Société s'adresse à la Cour supérieure du Québec pour faire reconnaître et déclarer exécutoire au Québec le jugement de la Cour supérieure de l'Ontario. À ce jour, et plus de quatre ans plus tard, ce jugement ontarien n'est toujours pas reconnu au Québec et le recours collectif autorisé par la Cour supérieure du Québec n'a pas encore été entendu.

II. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec*, [2005] Q.J. No. 9806 (QL)

[12] Le 20 juillet 2005, le juge Baker de la Cour supérieure du Québec rejette la demande présentée par la Société pour faire reconnaître le jugement de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. À son avis, cette demande ne satisfait pas aux exigences de l'art. 3155 *C.c.Q.* Le juge Baker retient le motif de la violation des principes essentiels de la procédure prévu au par. 3155(3) *C.c.Q.* pour refuser la reconnaissance. Selon lui, l'avis de la certification du recours ontarien était inadéquat au Québec et créait de la confusion avec le recours collectif entamé au Québec et les avis donnés dans le cadre de celui-ci.

B. *Cour d'appel du Québec (les juges Delisle, Pelletier et Rayle)*, 2007 QCCA 1092, [2007] R.J.Q. 1920

[13] Dans un arrêt unanime rédigé par le juge Rayle, la Cour d'appel du Québec rejette le pourvoi de la Société contre le jugement de la Cour supérieure. Le juge Rayle retient trois motifs pour refuser la reconnaissance. Elle reconnaît que la Cour supérieure de justice de l'Ontario avait compétence à l'égard du recours de M. McArthur. Cependant, la Cour supérieure de justice aurait dû, selon elle, décliner compétence sur les résidents québécois

forum non conveniens. Next, she agreed with the trial judge that the confusion created by the notices concerning the class proceeding certified in Ontario had resulted in a contravention of the fundamental principles of procedure within the meaning of art. 3155(3) *C.C.Q.* Finally, the Court of Appeal found that the two class proceedings gave rise to a situation of *lis pendens*. Because the Quebec proceeding had been commenced first, art. 3155(4) *C.C.Q.* precluded the Quebec courts from recognizing the Ontario judgment. The Court of Appeal did not rule on the issue of violation of international public order under art. 3155(5) *C.C.Q.* However, Rayle J.A. stated that she was puzzled by the decision of the Ontario Superior Court of Justice judge to exclude British Columbia residents but not Quebec claimants from the class. She wondered why the Ontario court had not adhered to the principles of interprovincial comity in relation to the Quebec court, which had been the first one seised of the dispute. The Corporation appealed that judgment to this Court, asking that it be reversed.

III. Analysis

A. *Issues*

(1) Nature of the Issues

[14] This appeal concerns the interpretation and application of art. 3155 *C.C.Q.* with regard to the recognition of a judgment rendered in a class proceeding in Ontario. I prefer to characterize that judgment as an external rather than a foreign one, despite the language used in the *Civil Code of Québec*. In essence, the dispute between the parties raises three issues. First, can a Quebec court hearing an application for recognition of an external judgment take account of the doctrine of *forum non conveniens*? Next, did the Ontario Superior Court of Justice adhere to the fundamental principles of procedure? If there were defects, did they entail a contravention of the fundamental principles of civil procedure within the meaning of art. 3155(3) *C.C.Q.*? Finally, did the application for authorization in Quebec and the application for certification in Ontario give rise to a situation of *lis pendens*?

en application de la doctrine du *forum non conveniens*. Ensuite, comme le juge de première instance, elle retient la violation des principes essentiels de la procédure au sens du par. 3155(3) *C.c.Q.* en raison de la confusion créée par les avis relatifs au recours collectif certifié en Ontario. Enfin, la Cour d'appel estime qu'il y a litispendance entre les deux recours collectifs. Comme la procédure québécoise a été engagée la première, les tribunaux du Québec ne peuvent accorder la reconnaissance au jugement ontarien, selon le par. 3155(4) *C.c.Q.* La Cour d'appel ne se prononce pas sur le moyen de la violation de l'ordre public international au sens du par. 3155(5) *C.c.Q.* La juge Rayle se déclare toutefois perplexe à l'égard de la décision du juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario d'exclure le groupe des résidents de la Colombie-Britannique, mais non celui des réclamants québécois. Elle se demande pourquoi le tribunal ontarien ne s'est pas laissé guider par les principes de la courtoisie interprovinciale à l'égard de la cour québécoise, qui avait été la première saisie du litige. La Société se pourvoit alors devant notre Cour contre ce jugement dont elle demande la réformation.

III. Analyse

A. *Les questions en litige*

(1) Nature des questions en litige

[14] Le présent appel porte sur l'interprétation et l'application de l'art. 3155 *C.c.Q.* pour la reconnaissance d'un jugement rendu en Ontario en matière de recours collectif. Je préfère qualifier ce jugement d'externe plutôt que d'étranger, en dépit du vocabulaire du *Code civil du Québec*. Le débat entre les parties soulève essentiellement trois questions. D'abord, le tribunal québécois saisi d'une demande de reconnaissance judiciaire d'un jugement externe peut-il prendre en compte la doctrine du *forum non conveniens*? Ensuite, les principes essentiels de la procédure ont-ils été respectés par la Cour supérieure de justice de l'Ontario? Les vices constatés, le cas échéant, emportaient-ils la violation des principes essentiels de la procédure au sens du par. 3155(3) *C.c.Q.*? Enfin, existait-il une situation de litispendance entre la demande d'autorisation au Québec et celle de certification en Ontario?

[15] The discussion of these issues will also require some comment on the issue of interprovincial judicial comity in the conduct of interprovincial class actions. Although the outcome of this appeal does not depend on the resolution of this last issue, it is one that now seems likely to affect the conduct of class actions involving two or more Canadian provinces, as well as relations between the superior courts of different provinces. It therefore merits some thought, as can be seen from the problems or reactions it appears to have provoked in this case.

(2) The Parties' Positions

[16] The appellant submits that none of the provisions of art. 3155 *C.C.Q.* stood in the way of its application for recognition in Quebec and that the Quebec Superior Court should therefore have recognized the judgment of the Ontario Superior Court of Justice. According to the Corporation, the Quebec court could not raise the application of the doctrine of *forum non conveniens* by the Ontario court as an issue. The Corporation adds that the notices given in Quebec were consistent with the fundamental principles of procedure. Finally, it denies that the conditions for *lis pendens* were met.

[17] The respondent relies primarily on the judgment of the Quebec Court of Appeal on the three issues being discussed. He also alleges that the Ontario proceedings were conducted in a manner inconsistent with international public order, which the appellant disputes. This argument need not be considered in the circumstances of this case. Finally, the Attorney General of Canada has intervened on the issue of the application of the doctrine of *forum non conveniens* in the procedure for the recognition of judgments rendered in the provinces of Canada. Before considering these questions, I believe it will be helpful to summarize the rules governing the recognition of external judgments by Quebec courts under the *Civil Code of Québec*.

[15] La discussion de ces questions exigera aussi quelques commentaires sur le problème de la courtoisie judiciaire interprovinciale dans la conduite de recours collectifs interprovinciaux. Le sort du présent pourvoi ne dépend pas du règlement de ce problème. Cependant, celui-ci semble maintenant de nature à influencer le déroulement de recours collectifs lorsque plusieurs provinces canadiennes sont en cause, ainsi que les rapports entre les tribunaux supérieurs des différentes provinces. Il mérite donc réflexion, comme en témoignent les difficultés ou les réactions qu'il paraît avoir suscitées dans le présent dossier.

(2) La position des parties

[16] L'appelante plaide qu'aucune des dispositions de l'art. 3155 *C.c.Q.* ne faisait obstacle à sa demande de reconnaissance judiciaire au Québec. En conséquence, la Cour supérieure du Québec aurait dû accorder la reconnaissance judiciaire au jugement de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Selon les prétentions de la Société, le tribunal québécois ne pouvait soulever le problème de l'application de la doctrine du *forum non conveniens* par la Cour supérieure de justice de l'Ontario. La Société soutient également que les avis donnés au Québec respectaient les principes essentiels de la procédure. Elle nie enfin que les conditions d'existence de la litispendance aient été réunies.

[17] L'intimé s'appuie principalement sur l'arrêt de la Cour d'appel du Québec à l'égard des trois questions discutées. Il invoque aussi la violation de l'ordre public international dans la conduite des procédures en Ontario, ce que conteste l'appelante. Il n'est pas nécessaire de s'attarder à cet argument dans les circonstances du présent dossier. Enfin, le procureur général du Canada intervient au sujet de l'application de la doctrine du *forum non conveniens* dans la procédure de reconnaissance des jugements prononcés dans les provinces canadiennes. Avant de passer à l'étude de ces questions, je crois utile de rappeler les grandes lignes des règles régissant la reconnaissance des jugements externes par les tribunaux du Québec en vertu du *Code civil du Québec*.

B. *Legal Framework for the Judicial Recognition of External Judgments*

[18] The rules on the international jurisdiction of Quebec authorities and the recognition of foreign or external judgments are found, respectively, in Title Three (arts. 3134 to 3154) and Title Four (arts. 3155 to 3168) of Book Ten of the *Civil Code of Québec* on private international law. The two titles are closely related. I will come back to this in the course of my analysis.

[19] In substance, Title Three sets out general rules and specific rules for identifying the connecting factors that will give Quebec authorities jurisdiction in an international context. Where there are no specific rules, whether a Quebec authority has jurisdiction will depend on whether the defendant is domiciled in Quebec (art. 3134). As a whole, these rules ensure compliance with the basic requirement that there be a real and substantial connection between the Quebec court and the dispute, as this Court noted in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205, at paras. 55-56.

[20] Other provisions of Title Three supplement these rules by giving the Quebec court a discretion to either intervene or decline to do so in a dispute. Article 3135 is particularly important, as it confirms the incorporation of the doctrine of *forum non conveniens* into private international law in Quebec. Under this provision, a Quebec court may decline to hear a case over which it has jurisdiction if it considers that the authorities of another country are in a better position to decide.

[21] Title Four concerns foreign judgments or judgments rendered outside Quebec that are brought before the courts of that province. It establishes the conditions for the recognition and enforcement of such judgments.

[22] In accordance with the evolution of private international law, which seeks to facilitate the free flow of international trade, the basic principle laid down in art. 3155 *C.C.Q.* for all the rules in

B. *Le cadre juridique de la reconnaissance judiciaire des jugements externes*

[18] Les règles relatives à la compétence internationale des autorités du Québec et à la reconnaissance des jugements étrangers ou externes forment respectivement les titres troisième (art. 3134 à 3154) et quatrième (art. 3155 à 3168) du Livre dixième du *Code civil du Québec*, qui traite du droit international privé. Des liens étroits existent entre les deux titres. J'y reviendrai au cours de mon analyse.

[19] En substance, le titre troisième édicte des règles générales et des règles spécifiques pour déterminer les facteurs de rattachement qui fonderont la compétence des autorités québécoises dans un contexte international. En l'absence de règles spécifiques, la compétence reposera sur l'existence du domicile du défendeur au Québec (art. 3134). L'ensemble de ces règles assure le respect de l'exigence fondamentale de l'existence d'un lien réel et substantiel entre le tribunal québécois et le litige, comme l'a rappelé notre Cour dans l'arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205, par. 55-56.

[20] D'autres dispositions de ce troisième titre complètent ces règles en conférant au tribunal québécois un pouvoir discrétionnaire d'intervention ou d'abstention à l'égard d'un litige. L'article 3135 est particulièrement important, car il confirme l'incorporation de la doctrine du *forum non conveniens* dans le droit international privé du Québec. Il permet à un tribunal québécois de se dessaisir d'une affaire à l'égard de laquelle il est compétent lorsqu'il estime que les autorités d'un autre État se trouvent mieux à même de trancher le litige.

[21] Le titre quatrième porte sur la réception des jugements étrangers ou rendus à l'extérieur du Québec par les tribunaux de la province. Il détermine les conditions de la reconnaissance et de la mise à exécution de ces jugements.

[22] En accord avec l'évolution du droit international privé qui veut favoriser la fluidité des échanges internationaux, l'art. 3155 *C.c.Q.* établit, comme principe fondamental de l'ensemble des règles de ce

Title Four is that any decision rendered by a foreign authority must be recognized unless an exception applies. The exceptions are limited: the decision maker had no jurisdiction, the decision is not final or enforceable, there has been a contravention of the fundamental principles of procedure, *lis pendens* applies, the outcome is inconsistent with international public order, and the judgment relates to taxation. This legislative intent is clear from the wording of art. 3155:

3155. A Québec authority recognizes and, where applicable, declares enforceable any decision rendered outside Québec except in the following cases:

(1) the authority of the country where the decision was rendered had no jurisdiction under the provisions of this Title;

(2) the decision is subject to ordinary remedy or is not final or enforceable at the place where it was rendered;

(3) the decision was rendered in contravention of the fundamental principles of procedure;

(4) a dispute between the same parties, based on the same facts and having the same object has given rise to a decision rendered in Québec, whether it has acquired the authority of a final judgment (*res judicata*) or not, or is pending before a Québec authority, in first instance, or has been decided in a third country and the decision meets the necessary conditions for recognition in Québec;

(5) the outcome of a foreign decision is manifestly inconsistent with public order as understood in international relations;

(6) the decision enforces obligations arising from the taxation laws of a foreign country.

[23] Article 3158 limits the scope of a Quebec court's power to review a foreign decision. The court must confine itself to considering whether the requirements for recognizing the decision have been met. It cannot review the merits of the case or retry the case. Article 3158 expressly prohibits this:

3158. A Québec authority confines itself to verifying whether the decision in respect of which recognition or enforcement is sought meets the requirements prescribed in this Title, without entering into any examination of the merits of the decision.

titre quatrième, que toute décision rendue par une autorité étrangère doit être reconnue, sauf exception. Ces exceptions demeurent limitées : absence de compétence du décideur, caractère non définitif ou non exécutoire de la décision, violation des principes essentiels de la procédure, litispendance, atteinte à l'ordre public international et nature fiscale du jugement. Cette conception législative ressort du texte même de l'art. 3155 :

3155. Toute décision rendue hors du Québec est reconnue et, le cas échéant, déclarée exécutoire par l'autorité du Québec, sauf dans les cas suivants :

1° L'autorité de l'État dans lequel la décision a été rendue n'était pas compétente suivant les dispositions du présent titre;

2° La décision, au lieu où elle a été rendue, est susceptible d'un recours ordinaire, ou n'est pas définitive ou exécutoire;

3° La décision a été rendue en violation des principes essentiels de la procédure;

4° Un litige entre les mêmes parties, fondé sur les mêmes faits et ayant le même objet, a donné lieu au Québec à une décision passée ou non en force de chose jugée, ou est pendante devant une autorité québécoise, première saisie, ou a été jugé dans un État tiers et la décision remplit les conditions nécessaires pour sa reconnaissance au Québec;

5° Le résultat de la décision étrangère est manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales;

6° La décision sanctionne des obligations découlant des lois fiscales d'un État étranger.

[23] Par ailleurs, l'art. 3158 limite l'étendue du pouvoir d'examen de la décision étrangère par le tribunal québécois. Celui-ci doit se contenter d'examiner si les conditions de réception de la décision sont respectées. Il ne saurait examiner à nouveau le fond de l'affaire et rejurer celle-ci. L'article 3158 le lui interdit expressément :

3158. L'autorité québécoise se limite à vérifier si la décision dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée remplit les conditions prévues au présent titre, sans procéder à l'examen au fond de cette décision.

[24] However favourable these principles may be to the recognition of foreign decisions, it must still be found that none of the exceptions provided for in art. 3155 *C.C.Q.* apply. In particular, as art. 3155(1) provides, the Quebec court must find that the court of the country where the judgment was rendered had jurisdiction over the matter. In this regard, Title Four also contains arts. 3164 to 3168, which set out rules the Quebec court is to apply to determine whether the foreign authority had jurisdiction. The main analytical tool for art. 3164 relates to the technique of referring to the rules in Title Three on establishing the jurisdiction of Quebec authorities.

[25] This provision creates a mirror effect. The foreign authority is deemed to have jurisdiction if the Quebec court would, by applying its own rules, have accepted jurisdiction in the same situation (G. Goldstein and E. Groffier, *Droit international privé*, vol. I, *Théorie générale* (1998), at p. 416). To this principle, art. 3164 *C.C.Q.* adds the requirement of a substantial connection between the dispute and the foreign authority seized of the case:

3164. The jurisdiction of foreign authorities is established in accordance with the rules on jurisdiction applicable to Québec authorities under Title Three of this Book, to the extent that the dispute is substantially connected with the country whose authority is seized of the case.

[26] Articles 3165 to 3168 then set out more specific rules applicable to a variety of legal situations. Only art. 3168 is important for the purposes of this case. It identifies the cases in which a Quebec court will recognize a foreign authority's jurisdiction in personal actions of a patrimonial nature. This provision applies to the matters in dispute here. It provides for six situations in which a foreign authority's jurisdiction will be recognized in such actions:

3168. In personal actions of a patrimonial nature, the jurisdiction of a foreign authority is recognized only in the following cases:

(1) the defendant was domiciled in the country where the decision was rendered;

[24] Si favorables que soient ces principes à la reconnaissance des décisions étrangères, encore faut-il qu'aucune des exceptions prévues à l'art. 3155 *C.c.Q.* ne trouve application. En particulier, comme le précise le par. 3155(1), le tribunal québécois doit constater que le tribunal de l'État dont provient le jugement avait compétence sur la matière. Le titre quatrième édicte alors aux art. 3164 à 3168 des règles destinées à permettre au tribunal québécois de déterminer si l'autorité étrangère avait compétence. L'article 3164 choisit comme instrument principal d'analyse la technique du renvoi aux règles du titre troisième sur l'établissement de la compétence des autorités québécoises.

[25] Cette disposition crée un effet miroir. L'autorité étrangère est réputée compétente dans la mesure où l'application par le tribunal québécois de ses propres règles lui aurait donné compétence dans la même situation (G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale* (1998), p. 416). L'article 3164 *C.c.Q.* ajoute à ce principe l'exigence d'un lien important entre le litige et l'autorité étrangère saisie :

3164. La compétence des autorités étrangères est établie suivant les règles de compétence applicables aux autorités québécoises en vertu du titre troisième du présent livre dans la mesure où le litige se rattache d'une façon importante à l'État dont l'autorité a été saisie.

[26] Les articles 3165 à 3168 édictent ensuite des règles plus ponctuelles applicables à des situations juridiques diverses. Seul l'article 3168 importe aux fins du présent dossier. Cet article détermine dans quels cas le tribunal québécois reconnaîtra la compétence des autorités étrangères à l'égard des actions personnelles à caractère patrimonial. Il s'applique aux matières visées par le présent litige. Cette disposition prévoit six cas dans lesquels la compétence d'une autorité étrangère est reconnue à l'égard de ces actions :

3168. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, la compétence des autorités étrangères n'est reconnue que dans les cas suivants :

1° Le défendeur était domicilié dans l'État où la décision a été rendue;

(2) the defendant possessed an establishment in the country where the decision was rendered and the dispute relates to its activities in that country;

(3) a prejudice was suffered in the country where the decision was rendered and it resulted from a fault which was committed in that country or from an injurious act which took place in that country;

(4) the obligations arising from a contract were to be performed in that country;

(5) the parties have submitted to the foreign authority disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a specific legal relationship; however, renunciation by a consumer or a worker of the jurisdiction of the authority of his place of domicile may not be set up against him;

(6) the defendant has recognized the jurisdiction of the foreign authority.

[27] Because of the way these rules of recognition are set out in the legislation, a problem arises that is of particular significance for the analysis of the instant case. Do the jurisdictional rules in arts. 3164 to 3168 incorporate, by reference to Title Three, the doctrine of *forum non conveniens*? Do they thus give a Quebec court the power, even if the foreign authority's jurisdiction has been established, to determine whether the court that rendered the decision should have applied the doctrine of *forum non conveniens*? Can a Quebec court refuse to recognize a judgment rendered outside Quebec because, in its opinion, the foreign court should, pursuant to that doctrine, have declined jurisdiction over the case?

C. *Mirror Effect and Application of the Doctrine of Forum Non Conveniens*

[28] The question of the mirror effect and its scope has been a problem in Quebec private international law since the *Civil Code of Québec* came into force. In art. 3164 *C.C.Q.*, the legislature has not been as clear as might be hoped about the scope of its reference to the provisions of Title Three of Book Ten (see, for example, Goldstein and Groffier, at p. 416). This drafting problem has led some Quebec authors and judges to support what is known as the "little mirror" theory. This theory seems to be based on a literal interpretation of the reference in art. 3164

2° Le défendeur avait un établissement dans l'État où la décision a été rendue et la contestation est relative à son activité dans cet État;

3° Un préjudice a été subi dans l'État où la décision a été rendue et il résulte d'une faute qui y a été commise ou d'un fait dommageable qui s'y est produit;

4° Les obligations découlant d'un contrat devaient y être exécutées;

5° Les parties leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé; cependant, la renonciation du consommateur ou du travailleur à la compétence de l'autorité de son domicile ne peut lui être opposée;

6° Le défendeur a reconnu leur compétence.

[27] L'aménagement législatif de ces règles de reconnaissance pose un problème fort important pour l'analyse du présent litige. Les règles de compétence contenues aux art. 3164 à 3168 incorporent-elles par renvoi au titre troisième la doctrine du *forum non conveniens*? Permettent-elles ainsi au tribunal québécois, même dans les cas où la compétence de l'autorité étrangère a été établie, de se demander si le tribunal d'où provient la décision aurait dû appliquer la doctrine du *forum non conveniens*? Le tribunal québécois pourrait-il refuser de reconnaître un jugement rendu à l'extérieur du Québec parce que, selon lui, le tribunal étranger aurait dû se dessaisir du litige par application de cette doctrine?

C. *L'effet miroir et le recours à la doctrine du forum non conveniens*

[28] La question de l'effet miroir et de sa portée pose problème en droit international privé québécois depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. En effet, à l'art. 3164 *C.c.Q.*, le législateur ne s'exprime pas avec toute la clarté souhaitable sur l'étendue de son renvoi aux dispositions du titre troisième du livre dixième (voir, par exemple, Goldstein et Groffier, p. 416). Ce problème de rédaction a donné naissance à la théorie du « petit miroir » formulée dans une partie de la doctrine et de la jurisprudence québécoises. Cette théorie

to the general provisions of Title Three on determining whether a Quebec authority has jurisdiction and on the exercise of such jurisdiction. Under that interpretation, because the reference does not exclude any of Title Three's provisions, it necessarily encompasses the doctrine of *forum non conveniens*, which is accepted in Quebec private international law under art. 3135 *C.C.Q.*

[29] Thus, according to the theory, the possibility of applying the doctrine of *forum non conveniens*, when considering a motion for judicial recognition of a foreign or external judgment, supplements the provisions on establishment of the foreign court's jurisdiction by enabling the Quebec authority to more effectively ensure compliance with the basic requirement under art. 3164 *C.C.Q.* of a substantial connection between the dispute and the country whose authority is seised of the case. Moreover, this interpretation means that, when considering whether a foreign court has jurisdiction over an action of a patrimonial nature, the Quebec authority will not limit itself to determining whether the application for recognition corresponds to one of the situations provided for in art. 3168 *C.C.Q.* The Quebec court can also consider how the foreign authority should have applied the doctrine of *forum non conveniens* to decide whether or not to decline jurisdiction.

[30] Goldstein and Groffier, who support the little mirror theory, stress the importance they attach to the wording of art. 3164 *C.C.Q.*, which does not limit the scope of the reference to the general provisions of Title Three (at p. 417):

[TRANSLATION] It must first be noted that the jurisdiction of Quebec authorities that is extended to foreign authorities is logically determined not only through specific connecting principles, *but also through the general provisions* such as those on *forum non conveniens*, *forum conveniens* and exclusive jurisdiction. In referring to the Quebec rules on jurisdiction, art. 3164 *C.C.Q.* does not limit them to the specific rules (arts. 3141 to 3154 *C.C.Q.*) and therefore refers implicitly to arts. 3134 to 3140 *C.C.Q.* as well. The latter provisions considerably alter the specific rules on jurisdiction

paraît reposer sur une interprétation littérale du renvoi de l'art. 3164 aux dispositions générales du titre troisième sur la détermination de la compétence des autorités québécoises et sur son exercice. Suivant cette interprétation, parce que ce renvoi n'exclut aucune des dispositions du titre troisième, il englobe nécessairement la doctrine du *forum non conveniens* admise en droit international privé du Québec à l'art. 3135 *C.c.Q.*

[29] Ainsi, la possibilité de recourir à la doctrine du *forum non conveniens* à l'occasion de l'examen d'une requête en reconnaissance judiciaire d'un jugement étranger ou externe, compléterait les dispositions relatives à l'établissement de la compétence du tribunal étranger, en permettant à l'autorité québécoise de s'assurer plus efficacement du respect de l'exigence fondamentale d'un lien important entre le litige et le ressort saisi prévue à l'art. 3164 *C.c.Q.* Par ailleurs, cette interprétation signifierait que, lors de l'étude de la compétence d'un tribunal étranger sur une action à caractère patrimonial, l'autorité québécoise ne se bornerait pas à vérifier si la demande de reconnaissance correspond à l'un des cas prévus à l'art. 3168 *C.c.Q.* Le tribunal québécois pourrait aussi s'interroger sur l'application que l'autorité étrangère aurait dû faire de la doctrine du *forum non conveniens* pour décliner ou non compétence.

[30] Goldstein et Groffier, favorables à l'application de la théorie du petit miroir, soulignent à ce propos toute l'importance qu'ils attachent au texte de l'art. 3164 *C.c.Q.* En effet, celui-ci n'apporte aucune limite à la portée du renvoi aux dispositions générales du titre troisième (p. 417) :

En effet, il faut d'abord souligner que la compétence des autorités québécoises qui est étendue aux autorités étrangères s'établit logiquement non seulement en vertu de principes de rattachement précis, *mais aussi en vertu des dispositions générales* telles que le *forum non conveniens*, le *forum conveniens* ou la compétence exclusive. En effet, l'article 3164 *C.c.Q.*, renvoyant aux règles de compétence québécoises, ne limite aucunement celles-ci aux règles spécifiques (art. 3141 à 3154 *C.c.Q.*), mais renvoie donc implicitement aussi aux articles 3134 à 3140 *C.c.Q.* Or, ces dispositions modifient

in Quebec by giving the courts a broad discretion. It should therefore be accepted that foreign authorities can have the same freedom to exclude heads of jurisdiction that the Quebec courts would have excluded. As Professor Glenn points out:

The foreign authority's jurisdiction is assessed not broadly, in light of the connections accepted under the various heads of jurisdiction, but in light of the specific circumstances of each case. The question is whether the Quebec authority would have agreed to exercise its jurisdiction in such circumstances. The mirror principle becomes the principle of a "little mirror" that reflects the specific circumstances of the case in light of the general provisions.

(Emphasis in original.)

These authors add that the Quebec court may therefore apply the doctrine of *forum non conveniens* to determine how, in its view, the foreign court should have applied that very doctrine (p. 417; along the same lines, see also: H. P. Glenn, "Droit international privé", in *La réforme du Code civil* (1993), vol. 3, 669, Nos. 117-19, at pp. 770-72).

[31] The Quebec Court of Appeal adopted this approach in the instant case. It recognized that the Ontario Superior Court of Justice had jurisdiction over the subject matter in the usual sense of the term (para. 64). However, because it found that it had to consider the jurisdiction of the Ontario court through the prism of the reciprocity required by the little mirror theory, it concluded that the Superior Court of Justice should have applied the doctrine of *forum non conveniens* and should, on that basis, have excluded Quebec residents from the class in the class proceeding it was certifying (paras. 64-69). The Superior Court of Justice should have recognized that it was not the most appropriate forum with respect to this class of claimants, and thus deferred to the jurisdiction of the Quebec Superior Court.

[32] However, some Quebec authors reject the application of *forum non conveniens* in the recognition of foreign or external judgments. They would limit the effect of the reference to Title Three in art. 3164 by excluding *forum non conveniens* from

considérablement les règles de compétence québécoises spécifiques, en attribuant un large pouvoir discrétionnaire aux tribunaux. Il devrait donc être admis que les autorités étrangères puissent exercer cette même liberté pour écarter des chefs de compétence que les tribunaux québécois auraient écartés. Comme le fait remarquer le professeur Glenn :

La compétence de l'autorité étrangère s'apprécie non pas de façon large, selon les rattachements admis par les divers chefs de compétence, mais selon les circonstances précises de chaque affaire. Il s'agit de savoir si l'autorité québécoise aurait accepté ou non d'exercer sa compétence dans de telles circonstances. Le principe du miroir devient celui d'un « petit miroir » qui reflète les circonstances particulières de la cause à la lumière des dispositions générales.

(En italique dans l'original.)

Ces auteurs ajoutent que le tribunal québécois peut alors recourir à la doctrine du *forum non conveniens* pour déterminer comment la cour étrangère aurait dû, à son avis, appliquer cette même doctrine (p. 417; voir aussi, en ce sens : H. P. Glenn, « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 3, 669, n^{os} 117-119, p. 770-772).

[31] La Cour d'appel du Québec a adopté cette approche en l'espèce. Elle a reconnu que la Cour supérieure de justice de l'Ontario avait compétence sur la matière au sens usuel du terme (par. 64). Toutefois, parce qu'elle estimait devoir examiner la compétence du tribunal ontarien à travers le prisme de la réciprocité voulue par la théorie du petit miroir, elle a conclu que la Cour supérieure de justice aurait dû appliquer la doctrine du *forum non conveniens*. Cette application aurait dû l'amener à exclure les résidents du Québec du groupe visé par le recours collectif qu'elle certifiait (par. 64-69). La Cour supérieure de justice aurait dû reconnaître qu'elle n'était pas le tribunal le plus approprié à l'égard de cette catégorie de réclamants, et désérer ainsi à la compétence de la Cour supérieure du Québec.

[32] Toutefois, une partie de la doctrine québécoise rejette l'application de l'exception du *forum non conveniens* en matière de reconnaissance des jugements étrangers ou externes. Ce courant doctrinal limite l'effet du renvoi, à l'art. 3164,

it. For example, in a study on the rules for recognizing and enforcing foreign or external judgments in Quebec, Professor Geneviève Saumier is highly critical of the application of this doctrine (“The Recognition of Foreign Judgments in Quebec — The Mirror Crack’d?” (2002), 81 *Can. Bar Rev.* 677). According to her, this interpretation of art. 3164 *C.C.Q.* is not justified despite the very general language used in drafting that provision. In her opinion, to apply the doctrine of *forum non conveniens* when considering an application for recognition confuses the establishment of the foreign court’s jurisdiction as such with the exercise of that jurisdiction (pp. 691-92). Thus the literal interpretation of art. 3164 *C.C.Q.* cannot be reconciled with the general principle in art. 3155 *C.C.Q.* that a foreign or external judgment should be recognized once the originating court has been shown to have jurisdiction in the strict sense, and it is inconsistent with the fact that this principle remains the cornerstone of the system of recognition of foreign judgments established by the *Civil Code of Québec*. The addition of a mechanism based on the discretion of the court to which the application has been made, one that depends in all cases on the existence of a specific factual context, is inconsistent with this principle (pp. 693-94).

[33] Professor Jeffrey Talpis refers to a few cases in which Quebec courts have favoured the application of the doctrine of *forum non conveniens* in the recognition and enforcement of foreign decisions. However, he expresses serious reservations about the soundness of this approach, which he considers incompatible with the legal framework for the recognition of foreign or external judgments set out in the *Civil Code of Québec*:

Despite the fact that some support obviously exists in jurisprudence and doctrine for the “little mirror” approach, it is somewhat distressing to note that a reviewing court can decide that the originating court should have declined jurisdiction on *forum non conveniens* grounds and that the first court’s failure to do so may be justification for denial of recognition of the resulting judgment is rather distressing. To deny

aux dispositions du titre troisième et en exclut le *forum non conveniens*. Par exemple, la professeure Geneviève Saumier s’est montrée fort critique à l’égard de l’application de cette doctrine dans une étude sur les règles de reconnaissance et d’exécution des jugements étrangers ou externes au Québec (« The Recognition of Foreign Judgments in Quebec — The Mirror Crack’d? » (2002), 81 *R. du B. can.* 677). Selon elle, cette interprétation de l’art. 3164 *C.c.Q.* ne se justifie pas, malgré les termes très généraux employés dans le texte de cette disposition. À son avis, l’application de la doctrine du *forum non conveniens*, au moment de l’examen d’une demande d’*exequatur*, confond la détermination de la compétence proprement dite du tribunal étranger et l’exercice de celle-ci (p. 691-692). L’interprétation littérale de l’art. 3164 *C.c.Q.* ne se concilie pas avec le principe général favorable à la reconnaissance du jugement étranger ou externe qu’établit l’art. 3155 *C.c.Q.*, une fois démontrée la compétence *stricto sensu* du tribunal d’origine. L’interprétation littérale oublie que ce principe demeure la pierre angulaire du système de reconnaissance des jugements étrangers ou externes établi par le *Code civil du Québec*. Ce principe s’harmonise mal avec l’ajout d’un mécanisme axé sur le pouvoir discrétionnaire du tribunal d’accueil dont l’exercice dépend à chaque fois d’un contexte factuel particulier (p. 693-694).

[33] De son côté, le professeur Jeffrey Talpis note quelques jugements de tribunaux québécois favorables à l’application de la doctrine du *forum non conveniens* en matière de reconnaissance et d’exécution de décisions étrangères. Toutefois, il exprime des réserves importantes sur le bien-fondé de cette approche, qu’il estime incompatible avec l’aménagement juridique de la reconnaissance des jugements étrangers ou externes dans le *Code civil du Québec* :

[TRADUCTION] Bien que la théorie du « petit miroir » obtienne manifestement un certain appui dans la jurisprudence et dans la doctrine, il est plutôt navrant de constater que la cour de révision peut décider que le tribunal d’origine aurait dû décliner compétence pour cause de *forum non conveniens* et que l’omission de le faire peut justifier la non-reconnaissance du jugement. Refuser de reconnaître un jugement à cause de l’omission du premier

recognition for failure to do something that is only discretionary in the first court would seem to contradict the very foundations of the exceptional character of the *forum non conveniens* doctrine in Quebec. This “second guess” approach is even more disturbing in an inter-provincial context. Be that as it may, one cannot deny that application of the two grounds does provide a good antidote to inappropriate foreign forum shopping.

(“*If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?*” *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec–United States Crossborder Litigation* (2001), at p. 109; see also the critical comments of Bich J.A. of the Quebec Court of Appeal in *Hocking v. Haziza*, 2008 QCCA 800, [2008] R.J.Q. 1189, at paras. 174 *et seq.*)

[34] In my view, these reservations about extending the application of the doctrine of *forum non conveniens* to the recognition of foreign or external judgments in Quebec are justified. I do not deny that the application of this doctrine finds support, at first glance, in the very broad wording of the reference to Title Three in art. 3164 *C.C.Q.* However, such an interpretation disregards the main principle underlying the legal framework for the recognition and enforcement of foreign or external judgments set out in the *Civil Code of Québec*. Enforcement by the Quebec court depends on whether the foreign court had jurisdiction, not on how that jurisdiction was exercised, apart from the exceptions provided for in the *Civil Code of Québec*. To apply *forum non conveniens* in this context would be to overlook the basic distinction between the establishment of jurisdiction as such and the exercise of jurisdiction. In this respect, I believe that it will be helpful to repeat the quotation of the first paragraph of art. 3155 of the *Civil Code of Québec*, which sets out the following exception to the obligation to recognize a foreign decision:

. . . the authority of the country where the decision was rendered had no jurisdiction

The words chosen by the legislature specify the nature of the analysis the court hearing the application for recognition must conduct. The court must ask whether the foreign authority had jurisdiction, but is not to enquire into how that jurisdiction was supposed to be exercised.

tribunal d’accomplir un acte relevant de son seul pouvoir discrétionnaire paraît contredire les fondements mêmes du caractère exceptionnel de l’application du *forum non conveniens* au Québec. Cette « réévaluation » est encore plus consternante dans le contexte interprovincial. Quoi qu’il en soit, on ne saurait nier que l’application des deux motifs est de nature à décourager la recherche indue d’un tribunal favorable.

(« *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?* » *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec–United States Crossborder Litigation* (2001), p. 109; voir aussi les commentaires critiques de la juge Bich de la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Hocking c. Haziza*, 2008 QCCA 800, [2008] R.J.Q. 1189, par. 174 et suiv.)

[34] J’estime justifiées ces réserves au sujet de l’extension de l’application de la doctrine du *forum non conveniens* à la reconnaissance des jugements étrangers ou externes au Québec. Je ne nie pas que le libellé très large du renvoi au titre troisième figurant à l’art. 3164 *C.c.Q.* invite à première vue à cette application. Cependant, une telle interprétation néglige le principe premier de l’aménagement juridique de la reconnaissance et de l’exécution des jugements étrangers ou externes dans le *Code civil du Québec*. L’*exequatur* du tribunal québécois dépend de l’existence de la compétence du tribunal étranger, et non des modalités de l’exercice de celle-ci, hormis les exceptions prévues par le *Code civil du Québec*. Le recours au *forum non conveniens* dans ce contexte fait fi de la distinction de base entre la détermination de la compétence proprement dite et son exercice. À ce propos, je crois utile de citer de nouveau le premier paragraphe de l’art. 3155 du *Code civil du Québec*, qui crée l’exception suivante à l’obligation de reconnaître la décision étrangère :

L’autorité de l’État dans lequel la décision a été rendue n’était pas compétente

Le libellé choisi par le législateur précise la nature de l’analyse que doit effectuer le tribunal de l’*exequatur*, qui doit se demander si l’autorité étrangère avait compétence, et non si elle devait l’exercer d’une manière ou d’une autre.

[35] Furthermore, this distinction between jurisdiction and the exercise thereof is recognized in the wording of the provisions of the *Civil Code of Québec* on the jurisdiction of Quebec authorities. Article 3135 *C.C.Q.* provides that a Quebec court may refuse to exercise jurisdiction it has under the relevant connecting rules. However, in reviewing an application for recognition of a foreign or external judgment, the Quebec court does not have to consider how the court of another province or of a foreign country should have exercised its jurisdiction or, in particular, how it might have exercised a discretion to decline jurisdiction over the case or suspend its intervention.

[36] Article 3164 *C.C.Q.* provides that a substantial connection between the dispute and the originating court is a fundamental condition for the recognition of a judgment in Quebec. Articles 3165 to 3168 then set out, in more specific terms, connecting factors to be used to determine whether, in certain situations, a sufficient connection exists between the dispute and the foreign authority. The application of specific rules, such as those in art. 3168 respecting personal actions of a patrimonial nature, will generally suffice to determine whether the foreign court had jurisdiction. However, it may be necessary in considering a complex legal situation involving two or more parties located in different parts of the world to apply the general principle in art. 3164 in order to establish jurisdiction and have recourse to, for example, the forum of necessity. The Court of Appeal added an irrelevant factor to the analysis of the foreign court's jurisdiction: the doctrine of *forum non conveniens*. This approach introduces a degree of instability and unpredictability that is inconsistent with the standpoint generally favourable to the recognition of foreign or external judgments that is evident in the provisions of the *Civil Code*. It is hardly consistent with the principles of international comity and the objectives of facilitating international and interprovincial relations that underlie the *Civil Code's* provisions on the recognition of foreign judgments. In sum, even when it is applying the general rule in art. 3164, the court hearing the application for recognition cannot rely on a

[35] Le texte des dispositions du *Code civil du Québec* sur la compétence des autorités québécoises consacre d'ailleurs cette distinction entre la compétence et son exercice. En effet, l'art. 3135 *C.c.Q.* dispose que le tribunal québécois peut refuser d'exercer une compétence qu'il possède par ailleurs en vertu des règles de rattachement pertinentes. Par contre, dans le cas des demandes de reconnaissance de jugements étrangers ou externes, le tribunal québécois n'a pas à se demander comment la cour d'une autre province ou d'un pays étranger aurait dû exercer sa compétence ni, en particulier, comment elle aurait pu utiliser un pouvoir discrétionnaire de ne pas se saisir de l'affaire ou de suspendre son intervention.

[36] L'article 3164 *C.c.Q.* établit comme condition fondamentale de la reconnaissance d'un jugement au Québec l'existence d'un lien important entre le litige et le tribunal d'origine. Les articles 3165 à 3168 énoncent ensuite de manière plus spécifique des facteurs de rattachement permettant de conclure à la présence d'un lien suffisant entre le litige et l'autorité étrangère dans certaines situations. En général, le recours à des règles spécifiques, comme celles de l'art. 3168 applicables aux actions personnelles à caractère patrimonial, permettra de statuer sur la compétence du tribunal étranger. Cependant, il se peut qu'une situation juridique complexe où plusieurs parties se trouvent dans des fors différents impose le recours au principe général de l'art. 3164 pour déterminer la compétence et recourir par exemple au for de nécessité. L'arrêt de la Cour d'appel ajoute un élément non pertinent à l'analyse de la compétence du tribunal étranger : la doctrine du *forum non conveniens*. Cette approche introduit ainsi un élément d'instabilité et d'imprévisibilité qui s'accorde mal avec l'attitude en principe favorable à la reconnaissance des jugements étrangers ou externes qu'expriment les dispositions du *Code civil*. Elle ne respecte guère les principes de courtoisie internationale et les objectifs de facilitation des échanges internationaux et interprovinciaux qui sous-tendent les dispositions du *Code civil* sur la reconnaissance des jugements étrangers. En somme, même dans le cas où il a recours à la règle générale prévue à l'art. 3164, le tribunal de l'*exequatur* ne peut s'appuyer

doctrine that is incompatible with the recognition procedure.

[37] It would accordingly have been sufficient had the Quebec authorities asked whether the Ontario Superior Court of Justice had jurisdiction, in the strict sense, over the dispute. If it did, their next step would have been to determine whether the respondent, Mr. Lépine, had established that there were other obstacles to the recognition of the Ontario judgment, as indeed the Quebec Court of Appeal found that he had.

D. Jurisdiction of the Ontario Superior Court of Justice

[38] There is no doubt that the Ontario Superior Court of Justice had jurisdiction pursuant to art. 3168 *C.C.Q.*, since the Corporation, the defendant to the action, had its head office in Ontario. This connecting factor in itself justified finding that the Ontario court had jurisdiction. The question whether there were obstacles to the recognition of the judgment is more problematic, especially given the allegations that it had been rendered in contravention of the fundamental principles of procedure and that the motion for authorization made in Quebec and the parallel application for certification made in Ontario had given rise to a situation of *lis pendens*.

E. Issue of Notices to the Quebec Members of the National Class

[39] One of the main arguments made by the respondent in contesting the application for recognition relates to the issue of contravention of the fundamental principles of civil procedure. Under art. 3155(3) *C.C.Q.*, such a contravention precludes enforcement. The Court of Appeal accepted this argument, among others, to justify dismissing the application for recognition.

[40] The issue of the application of art. 3155(3) arises in relation to the notices given pursuant to the Ontario Superior Court of Justice's judgment certifying the class proceeding. The respondent submits that the very content of the notices contravened the

sur une doctrine incompatible avec la procédure de reconnaissance.

[37] Il aurait donc suffi que les autorités québécoises se demandent si la Cour supérieure de justice de l'Ontario avait compétence au sens strict sur le litige. Si tel était le cas, les tribunaux du Québec devaient ensuite examiner si l'intimé, M. Lépine, avait établi l'existence d'autres obstacles à la reconnaissance du jugement ontarien, comme l'a d'ailleurs conclu la Cour d'appel du Québec.

D. La compétence de la Cour supérieure de justice de l'Ontario

[38] L'existence même de la compétence de la Cour supérieure de justice de l'Ontario ne fait pas de doute selon l'art. 3168 *C.c.Q.*, puisque la Société, défenderesse à l'action, a établi son siège social en Ontario. Ce facteur de rattachement justifiait à lui seul la reconnaissance de la compétence du for ontarien. La question de la présence d'obstacles à la reconnaissance du jugement pose davantage de problèmes, notamment quant aux allégations de violation des principes essentiels de la procédure et de litispendance entre la requête en autorisation présentée au Québec et celle en certification présentée parallèlement en Ontario.

E. Le problème des avis aux membres québécois du groupe national

[39] L'un des principaux moyens soulevés par l'intimé pour contester la demande de reconnaissance judiciaire correspond à la violation des principes essentiels de la procédure civile. Le paragraphe 3155(3) *C.c.Q.* considère une telle violation comme un obstacle à l'*exequatur*. La Cour d'appel a retenu ce motif, parmi d'autres, pour rejeter la demande de reconnaissance judiciaire.

[40] Le problème de l'application du par. 3155(3) se pose à l'égard des avis donnés en vertu du jugement de certification du recours collectif prononcé par la Cour supérieure de justice de l'Ontario. L'intimé plaide que la violation des principes

fundamental principles of procedure. In his opinion, the notices published in Quebec newspapers were insufficient and confusing. Their wording did not enable class members residing in Quebec to understand the impact of the Ontario judgment on their rights and on the authorization of the class action by the Quebec Superior Court on December 23, 2003.

[41] This argument does not amount to a request to review the Ontario Superior Court of Justice's decision. The judge hearing the application for recognition does not examine the merits of the judgment (art. 3158 *C.C.Q.*). However, at the stage of recognition and, therefore, of enforcement of the judgment, he or she must consider whether the procedure leading up to the decision and the procedure for giving effect to it are consistent with the fundamental principles of procedure. The judge hearing the application is concerned not only with the procedure prior to the judgment but also with the procedural consequences of the judgment. This approach is particularly important in the case of class actions.

[42] A class action takes place outside the framework of the traditional duel between a single plaintiff and a single defendant. In many class proceedings, the representative acts on behalf of a very large class. The decision that is made not only affects the representative and the defendants, but may also affect all claimants in the classes covered by the action. For this reason, adequate information is necessary to satisfy the requirement that individual rights be safeguarded in a class proceeding. The notice procedure is indispensable in that it informs members about how the judgment authorizing the class action or certifying the class proceeding affects them, about the rights — in particular the possibility of opting out of the class action — they have under the judgment, and sometimes, as here, about a settlement in the case. In the instant case, the question raised by the respondent relates not to the Ontario statute but to the way it was applied by the Ontario Superior Court of Justice in a case in which that court knew that a parallel proceeding was under

essentiels de la procédure se retrouve dans la teneur même de ces avis. Selon ses prétentions, les avis publiés dans des journaux du Québec étaient insuffisants et confus. Leur libellé n'aurait pas permis aux membres du groupe résidant au Québec de saisir la portée du jugement ontarien sur leurs droits et de connaître ses effets sur l'autorisation du recours collectif par la Cour supérieure du Québec le 23 décembre 2003.

[41] Ce moyen n'équivaut pas à demander la révision de la décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. En effet, le juge de l'*exequatur* n'intervient pas sur le fond du jugement (art. 3158 *C.c.Q.*). Cependant, ce même juge doit se demander, au stade de la reconnaissance et, donc, de la mise en application de ce jugement, si la procédure qui a conduit à cette décision et les modalités prévues pour son exécution respectent les principes essentiels de la procédure. Le juge de l'*exequatur* ne se soucie pas seulement de la procédure qui a précédé le jugement, mais aussi des conséquences procédurales de celui-ci. Le respect de cette démarche se révèle particulièrement important dans le cas des recours collectifs.

[42] En effet, le recours collectif dépasse le cadre du duel traditionnel entre un demandeur et un défendeur. Dans une procédure collective, le représentant agit fréquemment pour le compte de très grands groupes. Les décisions prises touchent non seulement le représentant et les parties défenderesses, mais aussi, potentiellement, tous les réclamants compris dans les groupes visés par le recours. Une information adéquate devient alors une condition nécessaire de la préservation des droits individuels, qu'impose l'exercice de la procédure collective. La procédure de notification joue un rôle indispensable pour permettre aux membres de connaître les effets sur eux du jugement d'autorisation ou de certification, des droits qu'il leur confère — en particulier la possibilité de s'exclure d'un recours collectif — et parfois, comme en l'espèce, d'un règlement intervenu dans le dossier. Dans la présente affaire, la question soulevée par l'intimé ne porte pas sur la loi ontarienne, mais sur l'usage qu'en a fait la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans un dossier où elle savait qu'une

way in Quebec. Were the notices provided for in the Ontario court's judgment therefore consistent, in the context in which they were published, with the fundamental principles of procedure applicable to class actions?

[43] The Ontario Court of Appeal stressed the importance of notice to members in a case involving an application for recognition of a judgment rendered in Illinois, in the United States. It emphasized the vital importance of clear notices and an adequate mode of publication (*Currie v. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 321, at paras. 38-40). In a class action, it is important to be able to convey the necessary information to members. Although it does not have to be shown that each member was actually informed, the way the notice procedure is designed must make it likely that the information will reach the intended recipients. The wording of the notice must take account of the context in which it will be published and, in particular, the situation of the recipients. In some situations, it may be necessary to word the notice more precisely or provide more complete information to enable the members of the class to fully understand how the action affects their rights. These requirements constitute a fundamental principle of procedure in the class action context. In light of the requirement of comity between courts of the various provinces of Canada, they are no less compelling in a case concerning recognition of a judgment from within Canada. Compliance with these requirements constitutes an expression of such comity and a condition for preserving it within the Canadian legal space.

[44] In the context of the instant case, I agree with the opinion expressed by the Quebec Court of Appeal and with the findings of the trial judge on the notice issue. The procedure adopted in the Ontario judgment certifying the class proceeding for the purpose of notifying Quebec members of the national class established in the judgment contravened the fundamental principles of procedure within the meaning of art. 3155(3) *C.C.Q.*, and enforcement was therefore precluded.

procédure parallèle était engagée au Québec. Les avis prévus par le jugement de la Cour supérieure de l'Ontario dans le contexte où ils ont été publiés, respectaient-ils alors les principes essentiels de la procédure collective?

[43] La Cour d'appel de l'Ontario a souligné toute l'importance des avis aux membres dans le cas de la demande de reconnaissance d'un jugement prononcé en Illinois, aux États-Unis. Elle a insisté sur le caractère critique de la clarté des avis et de la suffisance de leur mode de publication (*Currie c. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 321, par. 38-40). En matière de recours collectif, il importe que l'information nécessaire puisse être communiquée aux membres. On n'exige pas la démonstration que chaque membre a réellement été informé. Cependant, il faut que la procédure de notification soit conçue de telle manière qu'elle rende probable la communication de l'information à ses destinataires. La rédaction des avis doit prendre en considération le contexte dans lequel ils seront diffusés et, en particulier, la situation des destinataires. Des situations particulières peuvent imposer une rédaction plus précise et plus complète afin de permettre aux membres du groupe de bien comprendre les conséquences du recours collectif sur leurs droits. Ces exigences représentent un principe essentiel de la procédure relative aux recours collectifs. La courtoisie nécessaire entre les tribunaux des différentes provinces du Canada ne rend pas ces exigences moins contraignantes dans le cas de la reconnaissance d'un jugement rendu au Canada. Leur respect constitue une manifestation de cette courtoisie et une condition de sa préservation dans l'espace juridique canadien.

[44] Dans le présent contexte, je suis d'accord avec l'opinion de la Cour d'appel du Québec et les conclusions du juge de première instance sur la question de l'avis. La procédure de notification arrêtée dans le jugement de certification ontarien à l'égard des membres québécois du groupe national qu'il établit ne respectait pas les principes essentiels de la procédure au sens du par. 3155(3) *C.c.Q.* et faisait ainsi obstacle à l'*exequatur*.

[45] The clarity of the notice to members was particularly important in a context in which, to the knowledge of all those involved, parallel class proceedings had been commenced in Quebec and in Ontario. The notice published in Quebec pursuant to the Ontario judgment did not take this particular circumstance into account. Those who prepared it did not concern themselves with the situation resulting from the existence of a parallel class proceeding in Quebec and the publication of a notice pursuant to the Quebec Superior Court's judgment authorizing the class action. The notice made it look like the Ontario proceeding was the only one. Nor, even though Quebec residents were also a group under the Quebec class action, did the notice clearly state that the settlement applied to them. In this regard, the Quebec Superior Court carefully described the problems that had resulted from the procedure adopted to give effect to the Ontario court's judgment certifying the class proceeding in the context in which that procedure was conducted. Thus, on February 21, 2004, the designated representative in the Quebec class action published a notice of the authorization to institute a class action on behalf of a group that was limited to Quebec residents. The notice indicated that the members could request exclusion on or before April 21, 2004. In the Ontario class proceeding, the notice published on April 7, 2004, that is, shortly before the expiry of the time limit for requesting exclusion from the Quebec action, stated that a settlement had been reached in class proceedings commenced in Ontario and British Columbia but did not mention that the settlement also applied to Quebec residents. The way the notice was written was likely to confuse its intended recipients, as Rayle J.A. of the Quebec Court of Appeal correctly noted in her opinion (see para. 73).

[46] In sum, the Ontario notice did not properly explain the impact of the judgment certifying the class proceeding on Quebec members of the national class established by the Ontario Superior Court of Justice. It could have led those who read it in Quebec to conclude that it simply did not concern them. The argument made by the respondent in this respect was in itself sufficient to justify dismissing the application for recognition. However, another

[45] La clarté de l'avis aux membres importait particulièrement dans un contexte où, à la connaissance de tous les intéressés, des procédures collectives parallèles avaient été engagées au Québec et en Ontario. L'avis publié au Québec en vertu du jugement ontarien ne tenait nullement compte de ce contexte particulier. Il ne se souciait pas de la situation créée par l'existence d'une procédure collective parallèle au Québec et par la publication d'avis en vertu du jugement d'autorisation prononcé par la Cour supérieure du Québec. Il donnait à penser que les seules procédures en cours étaient celles engagées en Ontario. Il ne précisait d'ailleurs pas clairement que la transaction intervenue visait le groupe constitué des résidents du Québec, pourtant compris également dans le recours québécois. À cet égard, le jugement de la Cour supérieure du Québec relève avec attention les difficultés causées par la mise à exécution du jugement de certification ontarien dans le contexte où elle s'est déroulée. Ainsi, le 21 février 2004, le représentant désigné dans le cadre du recours collectif québécois faisait publier un avis de l'autorisation d'exercer un recours collectif uniquement pour un groupe limité aux résidents du Québec. L'avis indiquait que les membres visés pouvaient présenter une demande d'exclusion au plus tard le 21 avril 2004. Par ailleurs, dans le cadre du recours collectif ontarien, l'avis publié le 7 avril 2004, soit peu avant l'expiration du délai pour s'exclure du recours québécois, faisait état d'un règlement intervenu en Ontario et en Colombie-Britannique sans préciser que ce règlement visait également les résidents du Québec. Ce mode de rédaction était de nature à créer de la confusion chez les destinataires de l'avis, comme le souligne avec justesse la juge Rayle, de la Cour d'appel du Québec (voir par. 73).

[46] En somme, l'avis ontarien n'explicitait pas adéquatement la portée du jugement de certification pour les membres québécois du groupe national établi par la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Il pouvait amener le lecteur québécois à conclure qu'il n'était tout simplement pas concerné. À lui seul, le moyen invoqué par l'intimé à cet égard justifiait le rejet de la demande de reconnaissance judiciaire. Toutefois, il convient d'examiner aussi

argument raised by the respondent and accepted by the Quebec Court of Appeal — *lis pendens* — should also be examined.

F. *Lis Pendens*

[47] The respondent has argued since the beginning of the recognition proceedings that enforcement was precluded by a situation of *lis pendens*, as provided for in art. 3155(4) *C.C.Q.* The Quebec Superior Court expressed no opinion on this point, but the Court of Appeal accepted this argument.

[48] There are two different legal situations in which *lis pendens* is dealt with in Quebec private international law. The first reference to *lis pendens* in the *Civil Code of Québec* appears in art. 3137, which is found among the general rules that establish the bases for the jurisdiction of Quebec authorities and the fundamental conditions for exercising that jurisdiction in relation to a dispute involving a foreign element. Under art. 3137, a Quebec court may stay its ruling on a dispute over which it otherwise has jurisdiction if there is a situation of *lis pendens* with respect to an action under way before a foreign authority. *Lis pendens* depends on the existence of three identities, that of the parties, that of the facts on which the actions are based and that of the object of the actions:

3137. On the application of a party, a Québec authority may stay its ruling on an action brought before it if another action, between the same parties, based on the same facts and having the same object is pending before a foreign authority, provided that the latter action can result in a decision which may be recognized in Québec, or if such a decision has already been rendered by a foreign authority.

[49] The second situation of *lis pendens*, the one with which we are concerned in this appeal, arises in respect of an application for recognition of a judgment rendered by a foreign authority. Under art. 3155, this situation is one of the cases in which a decision rendered outside Quebec cannot be declared enforceable in that province.

[50] The first situation concerns the discretion of a Quebec court to decide whether it will exercise

un autre argument soulevé par l'intimé et accepté par la Cour d'appel du Québec, celui de la litispendance.

F. *La litispendance*

[47] L'intimé plaide depuis le début de la procédure de reconnaissance judiciaire qu'une situation de litispendance faisait obstacle à l'*exequatur*, comme le prévoit le par. 3155(4) *C.c.Q.* La Cour supérieure du Québec n'a pas exprimé d'avis sur ce point, mais la Cour d'appel a admis ce moyen.

[48] Le droit international privé québécois se préoccupe de la litispendance dans deux situations juridiques différentes. Le *Code civil du Québec* traite d'abord de la litispendance à l'art. 3137. Celui-ci appartient aux règles générales qui établissent les bases de la compétence des autorités québécoises et les conditions fondamentales de son exercice à l'égard d'un litige comportant un élément d'extranéité. L'article 3137 permet au tribunal québécois de surseoir à statuer sur un litige, à l'égard duquel il est par ailleurs compétent, lorsqu'apparaît une situation de litispendance avec une action en instance devant une autorité étrangère. La litispendance naît de trois identités, celle des parties, celle des faits à la base des recours et celle de l'objet de ceux-ci :

3137. L'autorité québécoise, à la demande d'une partie, peut, quand une action est introduite devant elle, surseoir à statuer si une autre action entre les mêmes parties, fondée sur les mêmes faits et ayant le même objet, est déjà pendante devant une autorité étrangère, pourvu qu'elle puisse donner lieu à une décision pouvant être reconnue au Québec, ou si une telle décision a déjà été rendue par une autorité étrangère.

[49] Le second cas de litispendance, celui qui nous intéresse dans le présent appel, se présente à l'occasion de l'examen de la demande de reconnaissance du jugement d'une autorité étrangère. Suivant l'article 3155, il s'agit de l'un des cas où la décision rendue hors du Québec ne saurait être déclarée exécutoire dans cette province.

[50] La première situation met en jeu le pouvoir discrétionnaire du tribunal québécois de décider s'il

its jurisdiction despite a finding of *lis pendens* (*Birdsall Inc. v. In Any Event Inc.*, [1999] R.J.Q. 1344 (C.A.), at p. 1351). In the second situation, the one that arises in respect of an application for recognition of a foreign or external judgment, the court hearing the application has been given no discretion under art. 3155(4) C.C.Q. The legislature has precluded the application of the general principle of recognition of foreign or external judgments in a situation of *lis pendens* (see: Glenn, No. 105, at pp. 763-64). Thus, when the conditions for *lis pendens* are met, the *Civil Code of Québec* guarantees that the Quebec court has priority, provided that it was seised of the case first.

[51] What must now be determined is whether, as a result of *lis pendens*, the Quebec courts were precluded in the case at bar from recognizing the judgment of the Ontario Superior Court of Justice. The conditions for *lis pendens* are well established in the domestic context in Quebec civil law. Like *res judicata*, *lis pendens* depends on identity of the parties, identity of the cause of action and identity of the object (J.-C. Royer, *La preuve civile* (4th ed. 2008), Nos. 788-89, at p. 635; *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440). However, in private international law matters, the nature of the required identities is altered somewhat in the *Civil Code of Québec* in the case of *lis pendens*. In particular, in art. 3137, as in art. 3155(4), the Code retains identity of the parties and identity of the object but substitutes identity of the facts on which the actions are based for identity of the cause of action.

[52] This change takes account of the problems involved in reconciling the specific features of legal systems that come into contact with each other, as well as the diversity in their substantive law concepts and procedural rules. The Quebec judge therefore considers the facts on which the actions are based and does not go beyond the differences in the legal systems in question to try to find an identity of the cause of action. The analysis thus focuses more on the respective objects of the two actions (*Birdsall*, at pp. 1351-52; Goldstein and Groffier, at pp. 325-26).

exercera ou non sa compétence malgré la litispendance qu'il constate (*Birdsall Inc. c. In Any Event Inc.*, [1999] R.J.Q. 1344 (C.A.), p. 1351). Dans la seconde situation, celle de la demande de la reconnaissance du jugement étranger ou externe, le par. 3155(4) C.c.Q. n'accorde pas de pouvoir discrétionnaire au tribunal de l'*exequatur*. Le législateur écarte le principe général de la reconnaissance des jugements étrangers ou externes lorsque naît une situation de litispendance (voir : Glenn, n° 105, p. 763-764). Ainsi, lorsque les conditions de la litispendance sont réunies, le *Code civil du Québec* assure la primauté du for québécois, à condition qu'il ait été le premier saisi.

[51] Il faut donc examiner maintenant si la litispendance empêchait en l'espèce la reconnaissance du jugement de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Les conditions d'existence de la litispendance sont bien établies dans l'ordre interne en droit civil québécois. Comme la chose jugée, la litispendance repose sur l'identité des parties, de la cause d'action et de l'objet (J.-C. Royer, *La preuve civile* (4^e éd. 2008), nos 788-789, p. 635; *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440). Toutefois, dans les situations qui relèvent du droit international privé, le *Code civil du Québec* modifie en partie la nature des identités nécessaires pour qu'il y ait litispendance. En particulier, à l'art. 3137 comme au par. 3155(4), le Code conserve l'identité des parties et de l'objet, mais substitue l'identité des faits à la base des recours à celle de la cause d'action.

[52] Cette modification prend en compte la difficulté de concilier les traits particuliers des systèmes juridiques en rapport, ainsi que la diversité des concepts de droit substantiel et des règles de procédure qu'ils emploient. Le juge québécois se penche alors sur les faits à la base des recours et ne cherche pas à retrouver l'identité des causes d'action au-delà des différences entre les systèmes juridiques considérés. L'analyse se concentre alors davantage sur les objets respectifs des deux demandes en justice (*Birdsall*, p. 1351-1352; Goldstein et Groffier, p. 325-326).

[53] However, the appellant argues that, in any event, the Quebec courts did not even have to consider the question of *lis pendens*. According to art. 3155(4), *lis pendens* is relevant only if the Quebec proceeding predates the foreign action. The Corporation submits that the Quebec proceeding commenced no earlier than the date the Quebec Superior Court authorized the class action, that is, December 23, 2003. In support of this argument, the appellant relies, *inter alia*, on *Thompson v. Masson*, [1993] R.J.Q. 69, in which the Quebec Court of Appeal stressed that a class action does not commence until it is filed, that is, after the judgment authorizing the class action. Before that time, there is only an authorization proceeding whose purpose is to screen applications. In the instant case, according to the appellant, the Ontario proceeding predated the Quebec action because it was certified one day before the class action was authorized in Quebec.

[54] This interpretation is consistent neither with the wording of art. 3155(4) nor with the way that provision is applied in the context of a class action. While it is true that Mr. Lépine's action did not exist yet in Quebec at the time the judgment certifying the class proceeding was rendered in Ontario, an application for authorization was nevertheless before the Quebec Superior Court prior to December 23, 2003. The term "dispute" has a broad meaning that encompasses all types of legal proceedings (see *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004), at p. 505; see also, regarding the term "litige" used in the French version of art. 3155(4), H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (3rd ed. 2004), at p. 355; *Le Grand Robert de la langue française* (2nd ed. enl. 2001), vol. 4, at p. 864; Goldstein and Groffier, at p. 384). The application for authorization is a form of judicial proceeding between parties for the specific purpose of determining whether a class action will take place. The Quebec proceeding predated the one in Ontario, and the Quebec court was therefore seised before the Ontario court, which means that art. 3155(4) *C.C.Q.* was applicable.

[55] At that stage, the three identities were present. The basic facts in support of both proceedings were

[53] Cependant, l'appelante plaide que de toute manière, les tribunaux du Québec n'avaient même pas à examiner la question de la litispendance. En effet, selon le par. 3155(4), celle-ci n'est pertinente que lorsque la procédure québécoise est antérieure à l'action en justice étrangère. Selon la Société, le début de la procédure québécoise se situerait au plus tôt au moment de l'autorisation du recours collectif par la Cour supérieure du Québec, c'est-à-dire le 23 décembre 2003. Pour plaider en ce sens, l'appelante s'appuie notamment sur l'arrêt *Thompson c. Masson*, [1993] R.J.Q. 69, où la Cour d'appel du Québec souligne que l'action entreprise par la voie collective ne commence que lors de son dépôt, après l'autorisation. Avant, il n'existe qu'une procédure d'autorisation visant à filtrer les demandes. En l'espèce, selon l'appelante, la procédure ontarienne était antérieure au recours québécois puisque la certification en Ontario précédait d'une journée l'autorisation du recours collectif au Québec.

[54] Cette interprétation ne respecte pas le texte du par. 3155(4), ni les modalités de son application dans le contexte d'un recours collectif. Si l'action en justice engagée par M. Lépine n'existait pas encore au Québec lors du prononcé du jugement de certification ontarien, avant le 23 décembre 2003, une demande d'autorisation se trouvait néanmoins toujours en instance devant la Cour supérieure du Québec. Le terme « litige » a un sens large qui englobe les différentes formes de débat judiciaire (voir H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (3^e éd. 2004), p. 355; *Le Grand Robert de la langue française* (2^e éd. augm. 2001), t. 4, p. 864; Goldstein et Groffier, p. 384; voir également, pour ce qui est du terme « dispute » utilisé dans le texte anglais du par. 3155(4), le *Black's Law Dictionary* (8^e éd. 2004), p. 505). La demande d'autorisation constitue une forme de débat judiciaire engagé entre des parties pour déterminer précisément si un recours collectif verra le jour. Cette instance précédait le recours ontarien, et le for québécois s'est trouvé saisi avant le tribunal ontarien, ce qui rendait applicable le par. 3155(4) *C.c.Q.*

[55] À cette étape, les trois identités se rencontraient. Les faits essentiels au soutien des deux

the same for Quebec residents, namely the purchase and discontinuation of an Internet access service. The object was also the same: compensation for breach of the undertaking. Identity of the parties was established: a legal representative, the applicant at the authorization stage, was acting for the entire group of residents. The identity of the representative in a class action may vary in the course of the proceeding, but there is always one representative for all the members. What the courts have required is not physical identity of the parties, but legal identity (*Hotte v. Servier Canada Inc.*, [1999] R.J.Q. 2598 (C.A.), at p. 2601; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, at pp. 410-11). The *lis pendens* argument was well founded, and the Court of Appeal rightly accepted it. Like the contravention of the fundamental principles of procedure, the *lis pendens* situation precluded judicial recognition of the decision of the Ontario Superior Court of Justice.

G. National Classes and Parallel Class Actions

[56] In addition to its conclusions of law, the Quebec Court of Appeal seems to have had reservations or concerns about the creation of classes of claimants from two or more provinces. We need not consider this question in detail. However, the need to form such national classes does seem to arise occasionally. The formation of a national class can lead to the delicate problem of creating subclasses within it and determining what legal system will apply to them. In the context of such proceedings, the court hearing an application also has a duty to ensure that the conduct of the proceeding, the choice of remedies and the enforcement of the judgment effectively take account of each group's specific interests, and it must order them to ensure that clear information is provided.

[57] As can be seen in this appeal, the creation of national classes also raises the issue of relations between equal but different superior courts in a federal system in which civil procedure and the administration of justice are under provincial

procédures étaient les mêmes quant aux résidents du Québec : l'achat d'un service Internet et l'interruption de celui-ci. L'objet était aussi le même : l'indemnisation pour la violation de l'engagement. L'identité des parties était établie. Un représentant juridique, le requérant au stade de l'autorisation, agit pour l'ensemble du groupe des résidents. L'identité du représentant dans le cadre du recours collectif peut varier au cours de la procédure collective, mais il y en a toujours un pour l'ensemble des membres. La jurisprudence n'exige pas l'identité physique des parties, mais leur identité juridique (*Hotte c. Servier Canada inc.*, [1999] R.J.Q. 2598 (C.A.), p. 2601; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, p. 410-411). Le moyen de la litispendance était fondé, et la Cour d'appel l'a retenu à bon droit. Comme la violation des principes essentiels de la procédure, il faisait obstacle à la reconnaissance judiciaire de la décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

G. Les groupes nationaux et les recours collectifs parallèles

[56] Au-delà de ses conclusions de droit, la Cour d'appel du Québec me semble avoir exprimé des réticences ou des inquiétudes à l'égard de la constitution de groupes de réclamants provenant de plusieurs provinces. Nous n'avons pas à examiner en profondeur ce problème. Cependant, je noterais que la formation de tels groupes nationaux semble à l'occasion nécessaire. Leur établissement peut poser le problème délicat de la constitution de sous-groupes en leur sein et de la détermination du régime juridique qui leur serait applicable. Le contexte de ces instances impose aussi au tribunal saisi de la demande le devoir de s'assurer que la conduite de la procédure, le choix des réparations et l'exécution des jugements prennent effectivement en compte les intérêts particuliers de chaque groupe et il leur commande de veiller à la communication d'une information claire.

[57] Comme on le constate dans le présent appel, la création des groupes nationaux pose aussi le problème des rapports entre tribunaux supérieurs égaux, mais différents, dans un système fédéral où la procédure civile et l'administration de la justice

jurisdiction. This case shows that the decisions made may sometimes cause friction between courts in different provinces. This of course often involves problems with communications or contacts between the courts and between the lawyers involved in such proceedings. However, the provincial legislatures should pay more attention to the framework for national class actions and the problems they present. More effective methods for managing jurisdictional disputes should be established in the spirit of mutual comity that is required between the courts of different provinces in the Canadian legal space. It is not this Court's role to define the necessary solutions. However, it is important to note the problems that sometimes seem to arise in conducting such actions.

IV. Conclusion

[58] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Heenan Blaikie, Montréal.

Solicitors for the respondent: Unterberg, Labelle, Lebeau, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

relèvent des provinces. Le présent dossier montre que les décisions rendues peuvent parfois provoquer des frictions entre les tribunaux de différentes provinces. Il s'agit sans doute souvent de problèmes de communication ou de contact entre les tribunaux et entre les avocats engagés dans ces procédures. Cependant, les législatures provinciales devraient porter plus d'attention au cadre des recours collectifs nationaux et aux problèmes posés par ceux-ci. Des méthodes plus efficaces de gestion des conflits de compétence devraient être établies dans l'esprit de courtoisie mutuelle qui s'impose entre les tribunaux des différentes provinces dans l'espace juridique canadien. Il ne nous appartient pas de définir les solutions nécessaires. Il importe cependant de relever les difficultés qui semblent parfois se poser dans la conduite de ces recours.

IV. Conclusion

[58] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Heenan Blaikie, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Unterberg, Labelle, Lebeau, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

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://publication.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2009 Vol. 1

and Tables

**Cited as [2009] 1 S.C.R. { i-liv
579-843**

3^e cahier, 2009 Vol. 1

et Tables

**Renvoi [2009] 1 R.C.S. { i-liv
579-843**

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

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
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	TIMOTHY WILSON
	MARY JANE SINCLAIR	

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

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

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
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
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xv
Table of Cases Cited	xix
Statutes and Regulations Cited.....	xliii
Authors Cited.....	xlvi
Index	833

Chatterjee v. Ontario (Attorney General) 624

Constitutional law — Division of powers — Property and civil rights — Criminal law — Provincial law providing for forfeiture of proceeds of unlawful activity — Whether provincial law in pith and substance criminal law and ultra vires province — Whether provincial law inoperative by reason of operational conflict with forfeiture or sentencing provisions of Criminal Code — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13) — Remedies for Organized Crime and Other Unlawful Activities Act, 2001, S.O. 2001, c. 28, ss. 1, 2, 3, 6 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.37.

R. v. Craig 762

Criminal law — Controlled drugs and substances — Forfeiture orders — Specific proportionality test provided for offence-related real property forfeiture orders — Relationship of test with general sentencing principles — Accused guilty of producing marihuana in her home — Accused fined and given conditional imprisonment sentence — Court of Appeal setting aside fine and ordering forfeiture of house — Whether real property forfeiture orders should be considered together with terms of imprisonment as a global punishment — Whether court empowered to order partial forfeiture of real property — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 19.1(3).

R. v. Laboucan 620

Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Dissent on question of law — Application for leave to appeal — Curative proviso — Crown's notice of appeal based on dissent in Court of Appeal on issue of whether trial judge erred in law in his assessment of accused's credibility — Unnecessary for Crown to seek leave to appeal from refusal of majority of Court of Appeal to apply curative proviso — Error of law and application of curative proviso always intertwined issues.

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges.....	iii
Errata	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xvii
Table de la jurisprudence.....	xxxi
Lois et règlements cités	xliv
Doctrine citée	xlvi
Index	839

Chatterjee c. Ontario (Procureur général) 624

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Propriété et droits civils — Droit criminel — Loi provinciale prévoyant la confiscation du produit d'activité illégale — La loi provinciale est-elle, par son caractère véritable, une loi criminelle ultra vires? — La loi provinciale est-elle inopérante en raison d'un conflit d'application avec les dispositions du Code criminel relatives à la confiscation ou à la détermination de la peine? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13) — Loi de 2001 sur les recours pour crime organisé et autres activités illégales, L.O. 2001, ch. 28, art. 1, 2, 3, 6 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.37.

R. c. Craig 762

Droit criminel — Drogues et autres substances réglementées — Ordonnances de confiscation — Critère de proportionnalité spécifiquement établi à l'égard des ordonnances de confiscation visant des biens immeubles infractionnels — Relation entre ce critère et les principes généraux de détermination de la peine — Accusée déclarée coupable de production de marihuana dans sa résidence — Accusée condamnée à une amende et à une peine d'emprisonnement avec sursis — Annulation de l'amende par la Cour d'appel et confiscation de la résidence ordonnée par celle-ci — Est-ce que les ordonnances de confiscation de biens immeubles et les périodes d'emprisonnement doivent être considérées comme constituant ensemble une peine globale? — Est-ce que les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner la confiscation partielle d'un bien immeuble? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 19.1(3).

R. c. Laboucan 620

Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Dissidence sur une question de droit — Demande d'autorisation d'appel — Disposition réparatrice — Avis d'appel du ministère public fondé sur la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Middleton 674

Criminal law — Sentencing — Intermittent sentences — Conditional sentences — Accused convicted of assault causing bodily harm, uttering a death threat and pointing a firearm and receiving 90-day sentence of imprisonment to be served intermittently plus two concurrent 18-month conditional sentences to be served in community plus probation — Whether imposition of conditional sentence of more than 90 days renders intermittent sentence illegal — Whether intermittent sentence must be served on consecutive days — Whether conditional sentence is “sentence of imprisonment” within meaning of s. 732(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 732(1), (3) — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 139.

R. v. Nguyen 826

Criminal law — Controlled drugs and substances — Forfeiture orders — Specific proportionality test provided for offence-related real property forfeiture orders — Relationship of test with general sentencing principles — Marihuana grow operation located in house owned by accused — Accused found guilty of producing and possessing marihuana for purpose of trafficking — Conditional imprisonment sentence imposed and forfeiture of house ordered — Forfeiture order upheld by Court of Appeal — Whether real property forfeiture orders should be considered together with terms of imprisonment as a global punishment — Whether order justified — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 19.1(3).

R. v. Ouellette 818

Criminal law — Controlled drugs and substances — Forfeiture orders — Specific proportionality test provided for offence-related real property forfeiture orders — Relationship of test with general sentencing principles — Accused guilty of producing marihuana in his home — Forfeiture of house ordered by trial judge — Court of Appeal rather ordering partial forfeiture of house — Whether real property forfeiture orders should be considered together with terms of imprisonment as a global punishment — Whether court empowered to order partial forfeiture of real property — Whether partial forfeiture order justified — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 19.1(3).

R. v. Patrick 579

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Privacy interest — Abandonment — Police taking garbage bags placed for collection at edge of accused’s property without warrant — Whether police breached accused’s right to be free from unreasonable search and seizure — Whether accused abandoned his privacy interest in

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

dissidence en Cour d’appel à l’égard de la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit dans l’évaluation de la crédibilité de l’accusé — Ministère public non tenu de demander l’autorisation d’appeler du refus de la majorité de la Cour d’appel d’appliquer la disposition réparatrice — Erreur de droit et application de la disposition réparatrice sont toujours des questions étroitement liées.

R. c. Middleton 674

Droit criminel — Détermination de la peine — Peine discontinuée — Peine avec sursis — Accusé reconnu coupable de voies de fait ayant causé des lésions corporelles, de menaces de mort et de braquage d’une arme à feu condamné à une peine de 90 jours d’emprisonnement à purger de façon discontinue et à deux peines concurrentes de 18 mois d’emprisonnement avec sursis à purger dans la collectivité, suivies d’une probation — L’infliction d’une peine avec sursis de plus de 90 jours rend-elle la peine discontinue illégale? — La peine discontinue doit-elle être purgée de façon continue? — La peine avec sursis constitue-t-elle un « emprisonnement » au sens de l’art. 732(1) du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 732(1), (3) — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 139.

R. c. Nguyen 826

Droit criminel — Drogues et autres substances réglementées — Ordonnances de confiscation — Critère de proportionnalité spécifiquement établi à l’égard des ordonnances de confiscation visant des biens immeubles infractionnels — Relation entre ce critère et les principes généraux de détermination de la peine — Culture de marihuana dans une résidence appartenant aux accusés — Accusés déclarés coupables de production et de possession de marihuana en vue d’en faire le trafic — Peine d’emprisonnement avec sursis et confiscation de la résidence — Confiscation confirmée par la Cour d’appel — Est-ce que les ordonnances de confiscation de biens immeubles et les périodes d’emprisonnement doivent être considérées comme constituant ensemble une peine globale? — L’ordonnance de confiscation était-elle justifiée? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 19.1(3).

R. c. Ouellette 818

Droit criminel — Drogues et autres substances réglementées — Ordonnances de confiscation — Critère de proportionnalité spécifiquement établi à l’égard des ordonnances de confiscation visant des biens immeubles infractionnels — Relation entre ce critère et les principes généraux de détermination de la peine — Accusé déclaré coupable de production de marihuana dans sa résidence — Confiscation de la résidence ordonnée par le juge du procès — Confiscation partielle de la résidence ordonnée à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

contents of garbage bags when he placed them at edge of his property for collection — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. Van 716

Criminal law — Trial — Charge to jury — Investigative hearsay and police opinion testimony — Omission of limiting instructions — Application of curative proviso — Accused claiming he was falsely named as attacker — Lead investigating officer providing narrative of investigative process — Officer's testimony including hearsay and personal opinion — Accused found guilty but convictions set aside on appeal — Whether trial judge erred in failing to provide jury with limiting instruction concerning officer's testimony — If so, whether conviction can be upheld pursuant to curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

United Parcel Service Canada Ltd. v. Canada 657

Taxation — Goods and Services Tax — Rebate of payment made in error — Overpayments made by courier acting as licensed customs broker — Courier crediting consignees for overpayments and deducting overpayments from its own GST liability as supplier of goods and services — Deductions disallowed — Whether courier entitled to rebate of overpayments — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, ss. 215.1, 216(6), 225(1), 261(1), (2), (3), 296(2.1).

SOMMAIRE (Fin)

la place par la Cour d'appel — Est-ce que les ordonnances de confiscation de biens immeubles et les périodes d'emprisonnement doivent être considérées comme constituant ensemble une peine globale? — Est-ce que les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner la confiscation partielle d'un bien immeuble? — L'ordonnance de confiscation partielle était-elle justifiée? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 19.1(3).

R. c. Patrick 579

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie — Droit au respect de la vie privée — Abandon — Prise sans mandat par des policiers de sacs d'ordures déposés par l'accusé à la limite de sa propriété — Les policiers ont-ils violé le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — L'accusé a-t-il renoncé à son droit au respect de sa vie privée à l'égard du contenu des sacs d'ordures lorsqu'il les a déposés à la limite de sa propriété en vue de leur ramassage? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. c. Van 716

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Ouï-dire issu de l'enquête et témoignage d'opinion du policier — Omission d'une directive restrictive — Application de la disposition réparatrice — Accusé prétendant avoir été faussement identifié comme agresseur — Compte rendu du déroulement de l'enquête fourni par l'enquêteur principal — Déposition de l'enquêteur contenant du ouï-dire et une opinion personnelle — Accusé reconnu coupable mais déclaration de culpabilité annulée en appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de donner au jury une directive restrictive concernant le témoignage du policier? — Dans l'affirmative, les déclarations de culpabilité peuvent-elles être maintenues en application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

United Parcel Service du Canada Ltée c.

Canada 657

Droit fiscal — Taxe sur les produits et services — Remboursement de paiements effectués par erreur — Paiements en trop effectués par une entreprise de messageries agissant comme courtier en douane agréé — Crédits accordés par l'entreprise aux consignataires à l'égard des paiements en trop et déduction de ces paiements par l'entreprise du montant de TPS qu'elle devait elle-même à titre de fournisseur de produits et services — Déductions refusées — L'entreprise de messageries avait-elle droit au remboursement des paiements en trop? — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 215.1, 216(6), 225(1), 261(1), (2), (3), 296(2.1).



2009 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 / Arrêtiiste en chef

CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil

JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR

IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE MARIA TREMBLAY
TIMOTHY WILSON

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique

CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
MARIE RODRIGUE

ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE GROULX

PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT

ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif

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

ERRATA

- [1990] 1 S.C.R., p. 856, line *b*-2 of the English version. Read “and McLachlin JJ.” instead of “and Cory JJ.”
- [1990] 1 R.C.S., p. 856, ligne *b*-2 de la version anglaise. Lire « and McLachlin JJ. » au lieu de « and Cory JJ. ».
- [1990] 1 S.C.R., p. 856, line *b*-3 of the French version. Read “et McLachlin” instead of “et Cory”.
- [1990] 1 R.C.S., p. 856, ligne *b*-3 de la version française. Lire « et McLachlin » au lieu de « et Cory ».
- [1993] 3 S.C.R., p. 6, line *g*-5 of the English version. Read “*mens rea* is made out” instead of “*mens rea* are made out”.
- [1993] 3 R.C.S., p. 6, ligne *g*-5 de la version anglaise. Lire « *mens rea* is made out » au lieu de « *mens rea* are made out ».
- [1997] 3 S.C.R., p. 333, para. 29, line 14 of the English version. Read “in the assessment” instead of “is the assessment”.
- [1997] 3 R.C.S., p. 333, par. 29, ligne 14 de la version anglaise. Lire « in the assessment » au lieu de « is the assessment ».
- [2007] 3 S.C.R., p. 365, para. 69, line 6 of the French version. Read “les effets bénéfiques potentiels” instead of “les effets bénéfiques potentiel”.
- [2007] 3 R.C.S., p. 365, par. 69, ligne 6 de la version française. Lire « les effets bénéfiques potentiels » au lieu de « les effets bénéfiques potentiel ».
- [2008] 2 S.C.R., p. 391, para. 59, line 19 of the French version. Read “lorsque l’employé peut prouver que” instead of “lorsque l’employé ne peut prouver que”.
- [2008] 2 R.C.S., p. 391, par. 59, ligne 19 de la version française. Lire « lorsque l’employé peut prouver que » au lieu de « lorsque l’employé ne peut prouver que ».
- [2008] 3 S.C.R., p. ix, line 32. Read “(Ont.), 32449, notice of discontinuance filed” instead of “(Ont.), notice of discontinuance filed”.
- [2008] 3 R.C.S., p. ix, ligne 32. Lire « (Ont.), 32449, notice of discontinuance filed » au lieu de « (Ont.), notice of discontinuance filed ».
- [2008] 3 S.C.R., p. 454, line 41 of the English version. Read “provided a margin” instead of “to provide a margin”.
- [2008] 3 R.C.S., p. 454, ligne 41 de la version anglaise. Lire « provided a margin » au lieu de « to provide a margin ».

MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to May 31, 2009 – 1^{er} janvier au 31 mai 2009)

- 2530-1284 *Québec Inc. v. The Queen*, (F.C.), 33013, leave to appeal refused with costs, 24.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 876947 *Ontario Ltd. v. Town of Wainwright*, (Alta.), 32981, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- ACE INA Insurance v. Aviva Canada Inc.*, (Ont.), 32900, leave to appeal refused, 5.3.09, autorisation d'appel refusée.
- Aebag Holdings Ltd. v. The Queen*, (F.C.), 32622, leave to appeal refused with costs, 15.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ahmed v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 32913, leave to appeal refused, 29.1.09, autorisation d'appel refusée.
- Alberta Union of Provincial Employees v. United Nurses of Alberta, Local 168*, (Alta.), 33082, leave to appeal refused with costs, 21.5.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Alfieri v. Toronto District School Board*, (Que.), 32844, leave to appeal refused with costs, 19.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Amis de la rivière Kipawa v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 32874, leave to appeal refused with costs, 29.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Amnesty International Canada v. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces*, (F.C.), 33029, leave to appeal refused, 21.5.09, autorisation d'appel refusée.
- Arab c. Procureur général du Canada*, (C.F.), 32941, leave to appeal refused with costs, 9.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ashcroft v. Dhaliwal*, (B.C.), 32889, leave to appeal refused with costs, 19.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attis v. The Queen*, (Ont.), 32909, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Sfetkopoulos*, (F.C.), 32944, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of Ontario v. Michael J. Fraser on his own behalf and on behalf of the United Food and Commercial Workers Union Canada*, (Ont.), 32968, leave to appeal granted, 2.4.09, autorisation d'appel accordée.
- Ayangma v. Eastern School Board*, (P.E.I.), 32978, leave to appeal refused with costs, 16.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Baldasaro v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32935, leave to appeal refused, 23.4.09, autorisation d'appel refusée.
- Bazinet v. Davies Harley Davidson*, (Ont.), 32903, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Beach Avenue Holdings Co. v. The Queen*, (F.C.), 32629, leave to appeal refused with costs, 15.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Bear v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 33040, leave to appeal refused, 30.4.09, autorisation d'appel refusée.
- Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, (Y.T.), 32850, leave to appeal granted and leave to cross-appeal granted with costs to the respondents, 29.1.09, autorisation d'appel accordée et autorisation d'appel incident accordée avec dépens en faveur des intimés.
- Bernèche c. Procureur général du Canada*, (Qué.), 32852, leave to appeal refused with costs, 12.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Borrel v. Adams*, (N.B.), 32888, leave to appeal refused with costs, 19.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, (Qué.), 32931, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 2.4.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Brass v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 32353, leave to appeal refused, 26.2.09, autorisation d'appel refusée.
- Briscoe v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 32912, leave to appeal granted, 19.2.09, autorisation d'appel accordée.
- British Columbia Government and Service Employees' Union v. Government of British Columbia*, (B.C.), 32878, leave to appeal refused with costs, 5.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Byer v. CTV Bell Globemedia Inc. (CFCF)*, (Que.), 32843, leave to appeal refused with costs, 29.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- C.A.M. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32855, leave to appeal refused, 5.2.09, autorisation d'appel refusée.
- Cable v. CIBC Mortgages Inc.*, (N.L.), 33058, leave to appeal refused with costs, 14.5.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 32865, leave to appeal granted with costs to the applicant Edmonton Sun in any event of the cause, 29.1.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse Edmonton Sun quelle que soit l'issue de l'appel.
- Canadian Council for Refugees v. The Queen*, (F.C.), 32820, leave to appeal refused, 5.2.09, autorisation d'appel refusée.
- Canadian National Railway Co. v. Canadian Transportation Agency*, (F.C.), 32976, leave to appeal refused, 23.4.09, autorisation d'appel refusée.
- Carey v. Wong*, (B.C.), 32956, leave to appeal refused with costs, 9.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cascades Inc. c. La Reine*, (C.F.), 32790, leave to appeal refused with costs, 22.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cassils v. The Queen*, (F.C.), 32618, leave to appeal refused with costs, 15.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Catalyst Paper Corp. v. Companhia de Navegação Norsul*, (B.C.), 32864, leave to appeal refused with costs, 19.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chazi c. Procureur général du Québec*, (Qué.), 32876, leave to appeal refused with costs, 12.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Choson Kallah Fund of Toronto v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 32958, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Christou v. Grillo*, (Ont.), 32872, leave to appeal refused with costs, 22.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chutter v. Chutter*, (B.C.), 33002, leave to appeal refused with costs, 28.5.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- City of Calgary v. Nortel Networks Inc.*, (Alta.), 32948, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- City of Calgary v. Southland Transportation Ltd.*, (Alta.), 32887, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada v. Native Child and Family Services of Toronto*, (F.C.), 32908, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 2.4.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Contant c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 33038, leave to appeal refused, 28.5.09, autorisation d'appel refusée.
- Conway v. The Queen*, (Ont.), 32662, leave to appeal granted, 26.2.09, autorisation d'appel accordée.
- Corn Products International Inc. v. Sun-Rype Products Ltd.*, (B.C.), 32834, leave to appeal refused, 5.2.09, autorisation d'appel refusée.
- Cousins v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 32811, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cousins v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 32812, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cousins v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 32813, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cousins v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 32814, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- CP Ships Ltd. v. Nguyen*, (Que.), 32867, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Crick v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32808, leave to appeal refused, 22.1.09, autorisation d'appel refusée.
- D.M.C.T. v. L.K.S.*, (N.S.), 32854, leave to appeal refused with costs, 22.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- D.M.T. v. Family and Children's Services of Guelph and Wellington County*, (Ont.), 32994, leave to appeal refused, 23.4.09, autorisation d'appel refusée.
- Daigneault c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, (Qué.), 32857, leave to appeal refused, 29.1.09, autorisation d'appel refusée.
- Demers c. Régie de l'assurance maladie du Québec*, (Qué.), 32984, leave to appeal refused with costs, 30.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dens Tech - Dens KG v. Netdent-Technologies Inc.*, (Que.), 32819, leave to appeal refused with costs to the respondents, 5.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens en faveur des intimées.
- Deslauriers c. Lafantaisie*, (Qué.), 32977, leave to appeal refused with costs, 9.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dhillon v. Pannu*, (B.C.), 33003, leave to appeal refused with costs, 30.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dobreff v. Davenport*, (Ont.), 32961, leave to appeal refused with costs, 12.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dobreff v. Davenport*, (Ont.), 33034, leave to appeal refused with costs, 7.5.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dobreff v. Ginsburg*, (Ont.), 33036, leave to appeal refused with costs, 7.5.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Donaghy v. Scotia Capital Inc./Scotia Capitaux Inc.*, (Ont.), 33068, leave to appeal refused with costs, 28.5.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Douglas v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 32914, leave to appeal refused, 23.4.09, autorisation d'appel refusée.

- Drabinsky v. King*, (Ont.), 32837, leave to appeal refused with costs, 12.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Drady v. The Queen*, (Ont.), 32910, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dubé c. Curateur public du Québec*, (Qué.), 32918, leave to appeal refused, 9.4.09, autorisation d'appel refusée.
- Economical Mutual Insurance Co. v. MacArthur*, (Ont.), 32952, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- El-Ashram v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33063, leave to appeal refused, 28.5.09, autorisation d'appel refusée.
- Enerchem Transport Inc. c. Gravino*, (Qué.), 32901, leave to appeal refused with costs, 26.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Enron Canada Corp. v. Marathon Canada Ltd.*, (Alta.), 33062, leave to appeal refused with costs, 21.5.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Esses v. Bank of Montreal*, (Ont.), 32893, leave to appeal refused with costs, 19.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fabrikant v. Hôpital Cité de la Santé de Laval*, (Que.), 32926, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Faith Assemblies Mission International v. The Queen*, (F.C.), 32985, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Érablière J.P.L. Caron inc.*, (Qué.), 32974, leave to appeal refused with costs, 9.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Érablière M.D.F. inc.*, (Qué.), 32933, leave to appeal refused with costs, 2.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ferme avicole Héva Inc. c. Coopérative fédérée*, (Qué.), 32781, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 22.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Ferme avicole Kiamika Inc. c. Coopérative fédérée*, (Qué.), 32778, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 22.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Ferme avicole Paul Richard & Fils Co. c. Coopérative fédérée*, (Qué.), 32780, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 22.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Firth v. Resendes*, (Ont.), 32960, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fletcher v. Manitoba Public Insurance Corporation*, (Man.), 32950, leave to appeal refused, 26.3.09, autorisation d'appel refusée.
- Forest c. Ville de Varennes*, (Qué.), 32938, leave to appeal refused, 26.3.09, autorisation d'appel refusée.
- Fox v. Hildebrand*, (B.C.), 32951, leave to appeal refused with costs, 26.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fromm v. Warman*, (Ont.), 32990, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Frye v. Sylvestre*, (Ont.), 32886, leave to appeal refused with costs, 5.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gagné v. Autorité des Marchés financiers*, (Que.), 32859, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gallos v. City of Toronto*, (Ont.), 32868, leave to appeal refused, 12.2.09, autorisation d'appel refusée.
- Gauthier c. Guindon*, (Qué.), 32801, leave to appeal refused, 22.1.09, autorisation d'appel refusée.

- Ghanotakis c. Imprimerie Régionale Arl Itée*, (Qué.), 32993, leave to appeal refused, 9.4.09, autorisation d'appel refusée.
- Gilina v. Belmont*, (Ont.), 32897, leave to appeal refused, 29.1.09, autorisation d'appel refusée.
- Gilina v. Mackay*, (Ont.), 32892, leave to appeal refused, 29.1.09, autorisation d'appel refusée.
- Glass v. The Queen*, (F.C.), 32624, leave to appeal refused with costs, 15.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Globe and Mail v. Attorney General of Canada*, (Que.), 32975, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 21.5.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Globe and Mail v. Attorney General of Canada*, (Que.), 33114, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 21.5.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Goumbarak c. Procureur général du Québec*, (Qué.), 32875, leave to appeal refused with costs, 12.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grant v. Torstar Corp.*, (Ont.), 32932, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause and leave to cross-appeal granted, 18.2.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel et autorisation d'appel incident accordée.
- Gregoire v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32885, leave to appeal refused, 29.1.09, autorisation d'appel refusée.
- Guardian Insurance Co. v. University of Western Ontario*, (Ont.), 32919, leave to appeal refused with costs, 26.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- H.L. Staebler Company Ltd. v. Allan*, (Ont.), 32810, leave to appeal refused with costs, 19.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Haddad c. Haddad*, (Qué.), 32928, leave to appeal refused with costs, 28.5.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Halcrow v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 32946, leave to appeal refused, 5.3.09, autorisation d'appel refusée.
- Hartmann v. Amourgis*, (Ont.), 33035, leave to appeal refused with costs, 7.5.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hibernia Management and Development Co. v. Canada - Newfoundland and Labrador Offshore Petroleum Board*, (N.L.), 32866, leave to appeal refused with costs, 19.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hooites-Meursing v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32799, leave to appeal refused, 12.1.09, autorisation d'appel refusée.
- Horn v. The Queen*, (F.C.), 32967, leave to appeal refused with costs, 16.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hussain v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 32816, leave to appeal refused, 5.2.09, autorisation d'appel refusée.
- Insight Instrument Corp. v. Minister of Transport*, (F.C.), 32983, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- International Association of Machinists and Aerospace Workers, Local Lodge No. 99 v. Finning International Inc.*, (Alta.), 32982, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J.Z.S. v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32942, leave to appeal granted, 7.5.09, autorisation d'appel accordée.
- Jefic v. Jefic*, (Man.), 33078, leave to appeal refused, 28.5.09, autorisation d'appel refusée.
- Jenner c. La Reine*, (C.F.), 32755, leave to appeal refused with costs, 22.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Jiwan v. Davis & Co.*, (B.C.), 32995, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Joseph c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 33084, leave to appeal refused, 28.5.09, autorisation d'appel refusée.
- K.D. c. S.L.*, (Qué.), 32953, leave to appeal refused, 19.3.09, autorisation d'appel refusée.
- Kamal v. National Committee on Accreditation*, (Ont.), 32927, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kaminski v. Minister of Social Development*, (F.C.), 32807, leave to appeal refused, 22.1.09, autorisation d'appel refusé.
- Karas v. Minister of Justice for Canada*, (B.C.) (Crim.), 32500, leave to appeal granted, 28.5.09, autorisation d'appel accordée.
- Kelly c. Procureur général du Canada*, (Qué.) (Crim.), 32895, leave to appeal refused, 26.3.09, autorisation d'appel refusée.
- Kelly v. Prince Edward Island Human Rights Commission*, (P.E.I.), 33000, leave to appeal refused, 16.4.09, autorisation d'appel refusée.
- Kieling v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 32915, leave to appeal refused, 5.3.09, autorisation d'appel refusée.
- Kieswetter Sales and Leasing Ltd. v. Dobes*, (Ont.), 32998, leave to appeal refused with costs, 7.5.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Klundert v. The Queen*, (Ont.), 32936, leave to appeal refused, 9.4.09, autorisation d'appel refusée.
- Knight v. The Queen*, (N.L.) (Crim.), 33001, leave to appeal refused, 7.5.09, autorisation d'appel refusée.
- Knol v. Piper*, (Y.T.), 32584, leave to appeal refused with costs, 16.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lebrun c. Ville de Montréal*, (Qué.), 32934, leave to appeal refused with costs, 9.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lee v. The Queen*, (F.C.), 32627, leave to appeal refused with costs, 15.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lemieux c. Barreau du Québec*, (Qué.), 32851, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Loba Ltd. v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 33026, leave to appeal refused with costs, 30.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lorne Aaron c. Régie de l'assurance maladie du Québec*, (Qué.), 32996, leave to appeal refused with costs, 30.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Loughlin v. Murdoch*, (Alta.), 32945, leave to appeal refused with costs, 16.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lungu v. Jarvis*, (B.C.), 32896, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- M.V.M. v. S.N.*, (Que.), 32879, leave to appeal refused with costs, 12.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Macdonald v. The Queen*, (F.C.), 32626, leave to appeal refused with costs, 15.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mackay v. The Queen*, (F.C.), 32616, leave to appeal refused with costs, 15.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Marquardt v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33008, case remanded to the Court of Appeal for consideration of fresh evidence and whether the applicant's conviction constitutes a miscarriage of justice, 30.4.09, affaire renvoyée à la Cour d'appel afin qu'elle examine de nouvelles preuves et détermine si la déclaration de culpabilité de la demanderesse constitue une erreur judiciaire.

- McCrimmon v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32969, leave to appeal granted, 17.3.09, autorisation d'appel accordée.
- McGavin v. The Queen*, (F.C.), 32628, leave to appeal refused with costs, 15.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McKay v. Weatherford Canada Ltd.*, (F.C.), 32992, leave to appeal refused with costs, 16.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McMillan v. Canada Mortgage and Housing Corporation*, (B.C.), 33017, leave to appeal refused with costs, 30.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McNally v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 32815, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McPhee v. Canadian Union of Public Employees*, (N.S.), 32964, leave to appeal refused with costs, 16.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Merchant Law Group v. Chudy*, (B.C.), 32966, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Merchant v. Law Society of Alberta*, (Alta.), 32954, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Merchant v. Law Society of Saskatchewan*, (Sask.), 32916, leave to appeal refused with costs, 2.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Meyers Norris Penny Ltd. v. Cargill Ltd.*, (Man.), 32877, notice of discontinuance filed, 17.2.09, avis de désistement produit.
- Millette c. Lefort Vigeant*, (Qué.), 30667, leave to appeal refused, 22.1.09, autorisation d'appel refusée.
- Minolta Business Equipment (Canada) LTD. c. Bédard*, (Qué.), 32871, leave to appeal refused with costs, 12.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Moolla v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 32947, leave to appeal refused, 16.4.09, autorisation d'appel refusée.
- Moss v. The Queen*, (F.C.), 33168, notice of discontinuance filed, 25.5.09, avis de désistement produit.
- Moufid c. La Reine*, (C.F.), 32991, leave to appeal refused with costs, 16.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Multi-Portions inc. c. Daniel*, (Qué.), 32986, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nacewicz v. Schwegel*, (Ont.), 33012, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nadon c. Ville de Montréal*, (Qué.), 32972, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- National Money Mart Co. v. Smith*, (Ont.), 32949, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- National Oilwell Varco, Inc. v. Wenzel Downhole Tools Ltd.*, (Alta.), 32930, leave to appeal refused with costs, 12.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nesbeth v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32971, leave to appeal refused, 28.5.09, autorisation d'appel refusée.
- Nguyen c. Ordre des acupuncteurs du Québec*, (Qué.), 32959, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nguyen v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 33049, leave to appeal refused, 28.5.09, autorisation d'appel refusée.

- NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, (B.C.), 32862, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 29.1.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Optimum Insurance Company Inc. v. Donovan*, (N.B.), 33028, leave to appeal refused with costs, 14.5.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ordre des opticiens d'ordonnances du Québec c. Association des optométristes du Québec*, (Qué.), 32798, leave to appeal refused with costs, 12.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Oszenaris v. The Queen*, (N.L.) (Crim.), 32917, leave to appeal refused, 23.4.09, autorisation d'appel refusée.
- P.T. Sari Incofood Corp. v. Shell Canada Ltd.*, (F.C.), 32873, leave to appeal refused with costs, 19.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Park v. FinancialCAD Corp.*, (B.C.), 33064, leave to appeal refused with costs, 21.5.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Paxton v. Ramji*, (Ont.), 32929, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pokozie v. The Queen*, (Ont.), 32891, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Polak v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33009, leave to appeal refused, 23.4.09, autorisation d'appel refusée.
- Poulette v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 32925, leave to appeal refused, 16.4.09, autorisation d'appel refusée.
- Procureur général des Territoires du Nord-Ouest c. Fédération Franco-Ténoise*, (T.N.-O.), 32824, leave to appeal refused, 5.3.09, autorisation d'appel refusée.
- Provigo Inc. c. La Reine*, (C.F.), 32791, leave to appeal refused with costs, 22.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Badgerow*, (Ont.) (Crim.), 32869, leave to appeal refused, 5.2.09, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Bird*, (Alta.) (Crim.), 33054, notice of discontinuance filed, 5.5.08, avis de désistement produit.
- R. v. Emil K. Fishing Corp.*, (B.C.), 32902, leave to appeal refused, 23.4.09, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Laboucan*, (Alta.) (Crim.), 33010, leave to appeal refused, 14.4.09, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Nguyen*, (Alta.) (Crim.), 32965, notice of discontinuance filed, 6.5.08, avis de désistement produit.
- R. v. S.G.T.*, (Sask.) (Crim.), 32890, leave to appeal granted, 2.4.09, autorisation d'appel accordée.
- R.H.L. v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 32943, leave to appeal refused, 16.4.09, autorisation d'appel refusée.
- Robert Lee Ltd. v. The Queen*, (F.C.), 32621, leave to appeal refused with costs, 15.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rodrigues v. Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal*, (Ont.), 32939, leave to appeal refused, 7.5.09, autorisation d'appel refusée.
- Russell v. Baker*, (N.L.), 32904, leave to appeal refused with costs, 16.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rybak v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32715, leave to appeal refused, 15.1.09, autorisation d'appel refusée.
- S.L. c. Curateur public du Québec*, (Qué.), 32856, leave to appeal refused, 12.3.09, autorisation d'appel refusée.
- Shieh v. Certified General Accountants Association of British Columbia*, (B.C.), 32848, leave to appeal refused with costs, 5.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Skopnik v. BC Rail Ltd.*, (B.C.), 32863, leave to appeal refused with costs, 15.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Slater v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33055, leave to appeal refused, 21.5.09, autorisation d'appel refusée.
- Smith v. Minister of Labour*, (Man.), 32997, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Société Radio-Canada c. La Reine*, (Qué.), 32987, leave to appeal granted, 30.4.09, autorisation d'appel accordée.
- Société Radio-Canada c. Procureur général du Québec*, (Qué.), 32920, leave to appeal granted, 2.4.09, autorisation d'appel accordée.
- Soderstrom v. Hoffmann-La Roche Ltd.*, (Ont.), 33020, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Soikie v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 32957, leave to appeal refused, 30.4.09, autorisation d'appel refusée.
- Spike Marks Inc. v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33023, leave to appeal refused with costs, 30.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Stabner v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 32911, leave to appeal refused, 5.3.09, autorisation d'appel refusée.
- Sûreté du Québec c. Association des policiers provinciaux du Québec*, (Qué.), 32921, leave to appeal refused with costs, 19.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat de la fonction publique du Québec c. Procureur général du Québec*, (Qué.), 32771, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 29.1.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Syndicat de la fonction publique du Québec c. Procureur général du Québec*, (Qué.), 32772, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 29.1.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Syndicat des employé(e)s de CFAP-TV (TQS-Québec) c. TQS inc.*, (Qué.), 32836, leave to appeal refused with costs, 12.2.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat des professeurs du CÉGEP de Ste-Foy c. Procureur général du Québec*, (Qué.), 32773, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 29.1.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.
- Syndicat des professeurs et des professeures de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. Université du Québec à Trois-Rivières*, (Qué.), 32776, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 29.1.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Szewczyk v. Real Estate Council of Ontario*, (Ont.), 32924, leave to appeal refused, 9.4.09, autorisation d'appel refusée.
- Tanasichuk v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 33015, leave to appeal refused, 23.2.09, autorisation d'appel refusée.
- Telecommunications Workers Union Local 202 v. MacMillan*, (Alta.), 32940, leave to appeal refused with costs, 7.5.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tembec Inc. c. La Reine*, (C.F.), 32792, leave to appeal refused with costs, 22.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toronto Star Newspapers Ltd. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33085, leave to appeal and cross-appeal granted, 28.5.09, autorisations d'appel et d'appel incident accordées.
- Totaline Transport Inc. v. Heller Financial Canada Holdings Co.*, (Man.), 32973, notice of discontinuance filed, 25.3.09, avis de désistement produit.
- Town of Amherst v. Trustees of the Police Association of Nova Scotia Pension Plan*, (N.S.), 32847, leave to appeal refused with costs, 22.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Trott v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32979, leave to appeal refused, 21.5.09, autorisation d'appel refusée.

- Ungava Mineral Exploration Inc. v. Mullan*, (Que.), 32831, leave to appeal refused with costs, 29.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Union of Taxation Employees Local 70030 v. Birch*, (Ont.), 32989, leave to appeal refused with costs, 7.5.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- University of Regina Faculty Association v. First Nations University of Canada*, (Sask.), 33024, leave to appeal refused with costs, 14.5.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Vancouver City Savings Credit Union v. Smith*, (B.C.), 32817, leave to appeal refused, 5.2.09, autorisation d'appel refusée.
- Verdun v. Astley*, (Ont.), 32937, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Montréal c. 150460 Canada Inc.*, (Qué.), 32894, leave to appeal refused with costs, 23.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Administration portuaire de Montréal*, (C.F.), 32881, leave to appeal granted, 2.4.09, autorisation d'appel accordée.
- Ville de Montréal c. Société Radio-Canada*, (C.F.), 32882, leave to appeal and to cross-appeal granted, 2.4.09, autorisations d'appel et d'appel incident accordées.
- Ville de Québec c. Pierre-Louis*, (Qué.), 32870, leave to appeal refused with costs, 5.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Visic v. University of Windsor*, (Ont.), 32962, leave to appeal refused with costs, 26.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wallace v. The Queen*, (F.C.), 32620, leave to appeal refused with costs, 15.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wallace v. Thibodeau*, (N.B.), 32955, leave to appeal refused with costs, 16.4.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Weidenfeld v. The Queen*, (Ont.), 33073, leave to appeal refused, 28.5.09, autorisation d'appel refusée.
- Wilder v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 31279, leave to appeal refused, 5.3.09, autorisation d'appel refusée.
- Withler v. Attorney General of Canada*, (B.C.), 33039, leave to appeal granted, 28.5.09, autorisation d'appel accordée.
- Wong v. The Queen*, (F.C.), 32625, leave to appeal refused with costs, 15.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wood v. The Queen*, (F.C.), 32907, leave to appeal refused with costs, 12.3.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Yeates v. Yeates*, (Ont.), 32858, leave to appeal refused with costs, 22.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.*, (Alta.), 32738, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 26.2.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Zuytsoff v. The Queen*, (F.C.), 32623, leave to appeal refused with costs, 15.1.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Zibotics v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33018, leave to appeal refused, 23.4.09, autorisation d'appel refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
B		L	
B. (B.), R. (N.) v.	295	Laboucan, R. v.	620
B.M.P. Global Distribution Inc. v. Bank of Nova Scotia	504	Lépine, Canada Post Corp. v.	549
Bank of Nova Scotia, B.M.P. Global Distribution Inc. v.	504	Lipson v. Canada	3
Brandesema, Rick v.	295	Lloyd’s Underwriters, Teck Cominco v.	321
		LSJPA — 0745	426
C		M	
Canada, Ermineskin Indian Band and Nation v. ..	222	McNeil, R. v.	66
Canada, Lipson v.	3	Middleton, R. v.	674
Canada, Samson Indian Nation and Band v.	222	Minister of National Revenue v. United Parcel Service Canada Ltd.	657
Canada, United Parcel Service Canada Ltd. v.	657		
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa	339	N	
Canada (Industry), DesRochers v.	194	Nguyen, R. v.	826
Canada Post Corp. v. Lépine	549		
Chatterjee v. Ontario (Attorney General)	624	O	
Craig, R. v.	762	Ontario (Attorney General), Chatterjee v.	624
		Ouellette, R. v.	818
D			
DesRochers v. Canada (Industry)	194	P	
		Patrick, R. v.	579
E			
Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada ...	222	R	
		R. v. Craig	762
J		R. v. James	146
James, R. v.	146	R. v. Khela	104
		R. v. Laboucan	620
K		R. v. McNeil	66
Khela, R. v.	104	R. v. Middleton	674
Khosa, Canada (Citizenship and Immigration) v.	339	R. v. Nguyen	826
KRG Insurance Brokers (Western) Inc., Shafron v.	157	R. v. Ouellette	818
		R. v. Patrick	579

TABLE OF JUDGMENTS

	PAGE		PAGE
R. v. Royz	423		
R. v. S.J.L.	426		
R. v. Smith	146		
R. v. Strecko	64		
R. v. Van	716		
R. (N.) v. B. (B.)	295		
R., United Parcel Service Canada Ltd. v.	657		
Ravndahl v. Saskatchewan	181		
Rick v. Brandesema	295		
Royz, R. v.	423		
S			
S.J.L., R. v.	426		
Samson Indian Nation and Band v. Canada	222		
Saskatchewan, Ravndahl v.	181		
Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.	157		
Smith, R. v.	146		
Strecko, R. v.	64		
		T	
		Teck Cominco v. Lloyd's Underwriters	321
		U	
		United Parcel Service Canada Ltd. v. Canada	657
		United Parcel Service Canada Ltd. v. R.	657
		United Parcel Service Canada Ltd., Minister of National Revenue v.	657
		V	
		Van, R. v.	716

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
B		L	
B. (B.), R. (N.) c.	295	Laboucan, R. c.	620
B.M.P. Global Distribution Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse	504	Lépine, Société canadienne des postes c.	549
Bande et nation indiennes d’Ermineskin c. Canada	222	Lipson c. Canada	3
Banque de Nouvelle-Écosse, B.M.P. Global Distribution Inc. c.	504	Lloyd’s Underwriters, Teck Cominco c.	321
Brandsema, Rick c.	295	LSJPA — 0745	426
C		M	
Canada, Bande et nation indiennes d’Ermineskin c.	222	McNeil, R. c.	66
Canada, Lipson c.	3	Middleton, R. c.	674
Canada, Nation et bande indiennes Samson c.	222	Ministre du Revenu national c. United Parcel Service du Canada Ltée	657
Canada, United Parcel Service du Canada Ltée c.	657	N	
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa ...	339	Nation et bande indiennes Samson c. Canada	222
Canada (Industrie), DesRochers c.	194	Nguyen, R. c.	826
Chatterjee c. Ontario (Procureur général)	624	O	
Craig, R. v.	762	Ontario (Procureur général), Chatterjee c.	624
D		Ouellette, R. c.	818
DesRochers c. Canada (Industrie)	194	P	
J		Patrick, R. c.	579
James, R. c.	146	R	
K		R. c. Craig	762
Khela, R. c.	104	R. c. James	146
Khosa, Canada (Citoyenneté et Immigration) c. ..	339	R. c. Khela	104
KRG Insurance Brokers (Western) Inc., Shafron c.	157	R. c. Laboucan	620
		R. c. McNeil	66
		R. c. Middleton	674
		R. c. Nguyen	826
		R. c. Ouellette	818

	PAGE		PAGE
R. c. Patrick	579	Société canadienne des postes c. Lépine	549
R. c. Royz	423	Strecko, R. c.	64
R. c. S.J.L.	426		
R. c. Smith	146	T	
R. c. Strecko	64		
R. c. Van	716	Teck Cominco c. Lloyd's Underwriters	321
R. (N.) c. B. (B.)	295		
R., United Parcel Service du Canada Ltée c.	657	U	
Ravndahl c. Saskatchewan	181		
Rick c. Brandsema	295	United Parcel Service du Canada Ltée c. Canada	657
Royz, R. c.	423	United Parcel Service du Canada Ltée c. R.	657
		United Parcel Service du Canada Ltée, Ministre du Revenu national c.	657
S			
S.J.L., R. c.	426	V	
Saskatchewan, Ravndahl c.	181		
Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.	157	Van, R. c.	716
Smith, R. c.	146		

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
472900 B.C. Ltd. v. Thrifty Canada, Ltd.	(1998), 168 D.L.R. (4th) 602	333
A		
A.E. LePage Real Estate Services Ltd. v. Rattray Publications	(1994), 120 D.L.R. (4th) 499	521
Agip (Africa) Ltd. v. Jackson	[1992] 4 All E.R. 451	540
Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)	[1993] 1 S.C.R. 897	337
Anchor Brewhouse Developments Ltd. v. Berkley House (Docklands Developments) Ltd.	[1987] 2 E.G.L.R. 173	604
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	282
Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island	2000 SCC 1, [2000] 1 S.C.R. 3	207
Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal	[1978] 2 S.C.R. 770	645
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307	366
Attwood v. Lamont	[1920] 3 K.B. 571	170
Authorson v. Canada (Attorney General)	2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40	250
Authorson (Litigation Administrator of) v. Canada (Attorney General)	2007 ONCA 501, 86 O.R. (3d) 321	250
Azoulay v. The Queen	[1952] 2 S.C.R. 495	424
B		
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	379
Bank Canadian National v. Gingras	[1977] 2 S.C.R. 554	537
Bank of Montreal v. Attorney General of Quebec	[1979] 1 S.C.R. 565	530
Bank of Montreal v. The King	(1907), 38 S.C.R. 258	524
Bank of Nova Scotia v. Regent Enterprises Ltd.	(1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 102	533
Banque Belge pour l'Étranger v. Hambrouck	[1921] 1 K.B. 321	541
Barclays Bank Ltd. v. W. J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd.	[1979] 3 All E.R. 522	521
Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.	2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476	257
Bavins, Junr. & Sims v. London and South Western Bank, Ltd.	[1900] 1 Q.B. 270	540
Bédard v. Dawson	[1923] S.C.R. 681	644
Bell v. Ontario Human Rights Commission	[1971] S.C.R. 756	372
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)	[1989] 1 S.C.R. 1722	391
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559	704, 790
Birdsall Inc. v. In Any Event Inc.	[1999] R.J.Q. 1344	575
Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)	[1995] 4 S.C.R. 344	248
Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce	[1996] 3 S.C.R. 727	528
British American Continental Bank v. British Bank for Foreign Trade	[1926] 1 K.B. 328	540

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.	2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86	629
British Columbia Securities Commission v. Branch	[1995] 2 S.C.R. 3	592
Burgess v. Industrial Frictions & Supply Co.	(1987), 12 B.C.L.R. (2d) 85	168

C

C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)	2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539	396
California v. Greenwood	486 U.S. 35 (1988)	609, 614
Canada v. Grenier	2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287	369
Canada (Attorney General) v. Hislop	2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429	190
Canada (Attorney General) v. Mossop	[1993] 1 S.C.R. 554	386
Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)	[1989] 2 S.C.R. 49	369
Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada	2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 ... 10, 30, 49	177
Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King	(1989), 60 D.L.R. (4th) 293	530
Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal	[1987] 1 S.C.R. 711	372, 389
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979] 2 S.C.R. 227	629
Canadian Western Bank v. Alberta	2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3	545
Carter v. Long & Bisby	(1896), 26 S.C.R. 430	546
Centrac Inc. v. Canadian Imperial Bank of Commerce	(1994), 21 O.R. (3d) 161	521
Central Guaranty Trust Co. v. Dixdale Mortgage Investment Corp. ...	(1994), 24 O.R. (3d) 506	370
Charette v. Canada (Commissioner of Competition)	2003 FCA 426, 29 C.P.R. (4th) 1	308
Chen v. Liu	2008 BCSC 928, [2008] B.C.J. No. 1354 (QL)	308
Chepil v. Chepil	2006 BCSC 15, [2006] B.C.J. No. 15 (QL)	736
Chibok v. The Queen	(1956), 24 C.R. 354	353, 415, 417
Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84	540
Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada	[1997] 3 S.C.R. 805	17, 30
Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster	[1936] A.C. 1	572
Currie v. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.	(2005), 74 O.R. (3d) 321	

D

Dahlberg v. Naydiuk	(1969), 10 D.L.R. (3d) 319	603
Davidson v. Davidson	(1986), 2 R.F.L. (3d) 442	369
Devinat v. Canada (Immigration and Refugee Board)	[2000] 2 F.C. 212	643
Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail	[1978] 1 S.C.R. 152	315
Dowling v. Dowling	(1997), 43 B.C.L.R. (3d) 59	83
Driskell v. Dangerfield	2008 MBCA 60, [2008] 6 W.W.R. 615	350, 382
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	319
Dusik v. Newton	(1985), 62 B.C.L.R. 1	

E

Elliott v. Elliott	2007 BCSC 98, [2007] B.C.J. No. 108 (QL)	168
Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 916	

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
F		
Fales v. Canada Permanent Trust Co.	[1977] 2 S.C.R. 302	244
Foley v. Hill	(1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002	536
Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)	2004 FCA 263, [2004] 4 F.C.R. 276	203
Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)	2005 SCC 85, [2005] 3 S.C.R. 906	204
Foskett v. McKeown	[2001] 1 A.C. 102	545
Frederick E. Rose (London) Ltd. v. William H. Pim Jnr. & Co.	[1953] 2 Q.B. 450	178
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)	[1992] 1 S.C.R. 3	369
G		
Garland v. Consumers' Gas Co.	2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629	280
Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057	[1990] 1 S.C.R. 1298	401
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R. 641	645
Globex Foreign Exchange Corp. v. Kelcher	2005 ABCA 419, 262 D.L.R. (4th) 752	171
Graat v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 819	133, 755
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335	248
H		
H.L. v. Canada (Attorney General)	2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401	306
Harelkin v. University of Regina	[1979] 2 S.C.R. 561	367, 413
Hartshorne v. Hartshorne	2004 SCC 22, [2004] 1 S.C.R. 550	308
Herbert Morris, Ltd. v. Saxelby	[1916] 1 A.C. 688	167
Hocking v. Haziza	2008 QCCA 800, [2008] R.J.Q. 1189	568
Horsburgh v. The Queen	[1967] S.C.R. 746	132
Hotte v. Servier Canada Inc.	[1999] R.J.Q. 2598	577
Housen v. Nikolaisen	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235	306, 361, 393
Howarth v. National Parole Board	[1976] 1 S.C.R. 453	366
Huddersfield Banking Co. v. Henry Lister & Son Ltd.	[1895] 2 Ch. 273	318
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	591
I		
Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)	[1991] 1 S.C.R. 326	414
In re Criminal Code	(1910), 43 S.C.R. 434	438
Industrial Acceptance Corp. v. The Queen	[1953] 2 S.C.R. 273	646, 778
Ingenuum Technologies Corp. v. McGraw-Hill Cos.	2005 BCCA 358, 49 B.C.L.R. (4th) 120	333
J		
Jabs Construction Ltd. v. The Queen	99 D.T.C. 729	34
Joachimson v. Swiss Bank Corp.	[1921] 3 K.B. 110	530

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Johnson v. Attorney General of Alberta	[1954] S.C.R. 127	646
Junkin v. Junkin	(1978), 20 O.R. (2d) 118	319
K		
Katz v. United States	389 U.S. 347 (1967)	592
Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)	2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3	189
L		
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 574	265
Lacroix v. The Queen	[1954] Ex. C.R. 69	603
Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)	2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773	198
Lawrie v. Rathbun.....	(1876), 38 U.C.Q.B. 255	545
Leather Cloth Co. v. Lorsche	(1869), L.R. 9 Eq. 345	167
Leopold v. Leopold	(2000), 51 O.R. (3d) 275	309
Leskun v. Leskun	2006 SCC 25, [2006] 1 S.C.R. 920	311
Lewvest Ltd. v. Scotia Towers Ltd.	(1981), 126 D.L.R. (3d) 239	603
Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.	[1991] 2 A.C. 548	524
Litchfield v. State	824 N.E.2d 356 (2005)	618
Ludco Enterprises Ltd. v. Canada	2001 SCC 62, [2001] 2 S.C.R. 1082	20
M		
M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.	[1999] 2 S.C.R. 961	648
Martineau v. M.N.R.	2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737	643
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board	[1980] 1 S.C.R. 602	366
Mason v. Provident Clothing and Supply Co.	[1913] A.C. 724	168
Mathew v. Canada	2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643	10, 34
Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)	2006 SCC 7, [2006] 1 S.C.R. 326	365
McCowan v. McCowan	(1995), 14 R.F.L. (4th) 325	318
McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation	2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846	264
McGregor v. Van Tilborg	2003 BCSC 918, [2003] B.C.J. No. 1427 (QL)	318
McInerney v. MacDonald	[1992] 2 S.C.R. 138	249
McKibbin v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 131	438
Miglin v. Miglin	2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303	299
Monarch Construction Ltd. v. Buildveco Ltd.	(1988), 26 C.P.C. (2d) 164	318
Morneault v. Canada (Attorney General)	[2001] 1 F.C. 30	411
Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100	371, 408
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	648
Murphy v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 603	137
N		
National Bank of Greece (Canada) v. Bank of Montreal	[2001] 2 F.C. 288.....	533
Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.	[1894] A.C. 535	166

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
O		
Ontario (Attorney General) v. Cole-Watson	[2007] O.J. No. 1742 (QL)	653
P		
P. (D.) v. Wagg	(2004), 239 D.L.R. (4th) 501	95
Pal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	(1993), 24 Admin. L.R. (2d) 68	370
Paris v. Machnick	(1972), 32 D.L.R. (3d) 723	319
Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)	[1997] 2 S.C.R. 890	384
Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)	2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498	364
People v. Krivda	486 P.2d 1262 (1971)	609
Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678	178
Pettkus v. Becker	[1980] 2 S.C.R. 834	319
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 S.C.R. 557	361, 392
Phillips v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 161	453
Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital	2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528	364
Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)	2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715	19
Prata v. Minister of Manpower and Immigration	[1976] 1 S.C.R. 376	377
Price v. Neal	(1762), 3 Burr. 1354, 97 E.R. 871	524
Pringle v. Fraser	[1972] S.C.R. 821	366
Protection de la jeunesse — 350	[1988] R.J.Q. 2395	461
Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan	[1941] S.C.R. 396	650
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1998] 1 S.C.R. 982	361, 395
Putzman v. Taylor	[1927] 1 K.B. 637	173
R		
R. v. A.M.	2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569	593
R. v. A.S.	[1996] O.J. No. 188 (QL)	444
R. v. Ahluwalia	(2000), 138 O.A.C. 154	97
R. v. Allard	2006 QCCQ 3080, [2006] J.Q. n ^o 3377 (QL)	609
R. v. Andrews	[2005] J.Q. n ^o 8595 (QL)	609
R. v. Arcangioli	[1994] 1 S.C.R. 129	741, 759
R. v. Arsenault	(1994), 153 N.B.R. (2d) 81	96
R. v. Aubin	(1992), 72 C.C.C. (3d) 189	691, 703
R. v. B. (F.F.)	[1993] 1 S.C.R. 697	747
R. v. B. (S.)	(1989), 50 C.C.C. (3d) 34	443
R. v. Badger	[1996] 1 S.C.R. 771	246
R. v. Barrelet	2008 QCCS 3765, [2008] J.Q. n ^o 7991 (QL)	609
R. v. Baskerville	[1916] 2 K.B. 658	130
R. v. Beaulac	[1999] 1 S.C.R. 768	207
R. v. Bevan	[1993] 2 S.C.R. 599	135, 738, 746
R. v. Briere	[2004] O.J. No. 5611 (QL)	594

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Brooks	2000 SCC 11, [2000] 1 S.C.R. 237	113, 136
R. v. Buhay	2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631	602
R. v. C.D.	2005 SCC 78, [2005] 3 S.C.R. 668	476
R. v. Campbell	[1992] N.S.J. No. 702 (QL)	86
R. v. Cansanay	Man. Q.B., April 23, 2007	453
R. v. Carrignan	(2003), 172 C.C.C. (3d) 1	688
R. v. Chambers	[1990] 2 S.C.R. 1293	742, 759
R. v. Chan	(2003), 172 C.C.C. (3d) 349	444
R. v. Chaplin	[1995] 1 S.C.R. 727	86
R. v. Chenier	(2006), 205 C.C.C. (3d) 333	125, 131
R. v. Chow	2005 SCC 24, [2005] 1 S.C.R. 384	454
R. v. Clifford	(2002), 163 C.C.C. (3d) 3	88
R. v. Clunas	[1992] 1 S.C.R. 595	453
R. v. Colarusso	[1994] 1 S.C.R. 20	602
R. v. Couture	2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517	136
R. v. Craig	2007 BCCA 234, 240 B.C.A.C. 77	829
R. v. Craig	2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762	820, 823, 824, 825, 828, 830, 831
R. v. Crawford	[1995] 1 S.C.R. 858	453
R. v. Crosby	[1995] 2 S.C.R. 912	747
R. v. D.B.	2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3	441
R. v. D.D.	2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275	739, 754
R. v. D.M.	(1990), 46 O.A.C. 77	461
R. v. Daley	2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523	126, 741
R. v. Daoust	2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217	368
R. v. Dhillon	(2002), 161 O.A.C. 231	727
R. v. Dhillon	(2002), 166 C.C.C. (3d) 262	135
R. v. Dixon	[1998] 1 S.C.R. 244	442
R. v. Drost	(1996), 172 N.B.R. (2d) 67	691, 703
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30	612
R. v. Durette	[1994] 1 S.C.R. 469	86
R. v. Dymment	[1988] 2 S.C.R. 417	595, 615
R. v. E.S.R.	(1985), 49 C.R. (3d) 88	461
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128	593, 615
R. v. Egger	[1993] 2 S.C.R. 451	442
R. v. Ertel	(1987), 35 C.C.C. (3d) 398	441
R. v. Ethier	(1959), 124 C.C.C. 332	136
R. v. Evans	[1996] 1 S.C.R. 8	604
R. v. Feeney	[1997] 2 S.C.R. 13	604
R. v. Fletcher	(1982), 2 C.C.C. (3d) 221	691, 703
R. v. Frechette	2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191	692, 703
R. v. G. (G.)	(1997), 115 C.C.C. (3d) 1	135
R. v. Gagné	(1998), 131 C.C.C. (3d) 444	83
R. v. Gagnon	(2000), 147 C.C.C. (3d) 193	137
R. v. Gingras	(1992), 120 A.R. 300	81
R. v. Gisby	2000 ABCA 261, 148 C.C.C. (3d) 549	772, 796, 799
R. v. Grant	(1992), 52 O.A.C. 244	457

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Grant	[1993] 3 S.C.R. 223	604
R. v. Green	(1983), 148 D.L.R. (3d) 767	778
R. v. Hill	[1986] 1 S.C.R. 313	141
R. v. Holmes	[1988] 1 S.C.R. 914	401
R. v. Hynes	2001 SCC 82, [2001] 3 S.C.R. 623	441, 472
R. v. J.E.L.	(1987), 4 W.C.B. (2d) 97	461
R. v. J.H.S.	2008 SCC 30, [2008] 2 S.C.R. 152	730
R. v. J.M.J.	(1999), 120 O.A.C. 294	460
R. v. J.T.J.	(1986), 27 C.C.C. (3d) 574	444
R. v. J.W.	(1989), 99 A.R. 257	446
R. v. Jack	(1992), 70 C.C.C. (3d) 67	82
R. v. Jacquard	[1997] 1 S.C.R. 314	424, 736, 759
R. v. Johnson	(1971), 5 C.C.C. (2d) 541	778
R. v. Jolivet	2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751	737
R. v. K.G.	(1986), 31 C.C.C. (3d) 81	443
R. v. Kanester	[1966] 4 C.C.C. 231	136
R. v. Kang-Brown	2006 ABCA 199, 210 C.C.C. (3d) 317	598
R. v. Kang-Brown	2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456	598
R. v. Kapp	2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483	282
R. v. Keegstra	[1995] 2 S.C.R. 381	622
R. v. Kehler	2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328	122, 134
R. v. Kennedy	[1991] B.C.J. No. 3726 (QL)	444
R. v. Kennedy	[1992] O.J. No. 1163 (QL)	594
R. v. Khan	2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823	727, 746
R. v. Khela	[1995] 4 S.C.R. 201	442
R. v. Khela	2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104	149, 154
R. v. Khosa	2003 BCCA 644, 190 B.C.A.C. 23	420
R. v. Khosa	2003 BCCA 645, 190 B.C.A.C. 42	352
R. v. Khosa	2003 BCSC 221, [2003] B.C.J. No. 280 (QL)	417
R. v. Kinhead	[1999] O.J. No. 1458 (QL)	595
R. v. Kokesch	[1990] 3 S.C.R. 3	604
R. v. Krist	(1995), 100 C.C.C. (3d) 58	608
R. v. Krugel	(1999), 143 C.C.C. (3d) 367	143
R. v. L. (M.)	(1995), 34 C.R.R. (2d) 147	446
R. v. L.T.H.	2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739	459, 477
R. v. La	[1997] 2 S.C.R. 680	442
R. v. Lane	2008 ONCA 841, 243 O.A.C. 156	731
R. v. Lavigne	2006 SCC 10, [2006] 1 S.C.R. 392	784, 796
R. v. Law	2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227	596
R. v. Leaney	[1989] 2 S.C.R. 393	595
R. v. Lifchus	[1997] 3 S.C.R. 320	141
R. v. Love	(1995), 102 C.C.C. (3d) 393	595
R. v. Lyver	2007 ABCA 369, 229 C.C.C. (3d) 535	693
R. v. M. (C.A.)	[1996] 1 S.C.R. 500	808
R. v. M. (M.R.)	[1998] 3 S.C.R. 393	593

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. M. (S.H.)	[1989] 2 S.C.R. 446	444
R. v. M.T.	[1993] Y.J. No. 97 (QL)	462
R. v. MacPherson	(1991), 105 N.S.R. (2d) 123	83
R. v. Mallory	2007 ONCA 46, 220 O.A.C. 239	727
R. v. Marini	[2005] O.J. No. 6197 (QL)	595
R. v. Marshall	[1999] 3 S.C.R. 456	244
R. v. McIntosh	[1995] 1 S.C.R. 686	476
R. v. McLeod	[1993] Y.J. No. 17 (QL)	691, 703
R. v. Ménard	[1998] 2 S.C.R. 109	141
R. v. Mills	[1999] 3 S.C.R. 668	76, 611
R. v. Monney	[1999] 1 S.C.R. 652	591, 618
R. v. Moore	(1986), 26 C.C.C. (3d) 474	441
R. v. Morgentaler	[1993] 3 S.C.R. 463	641
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345	142
R. v. N. (P.L.F.)	(1999), 138 C.C.C. (3d) 49	135
R. v. Nguyen	2006 BCSC 1846, [2006] B.C.J. 3202 (QL)	779
R. v. Nguyen	2007 BCCA 474, 246 B.C.A.C. 263	777
R. v. Nguyen	2009 SCC 25, [2009] 1 S.C.R. 826	820, 824
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	72, 442
R. v. Oliver	(1995), 143 N.S.R. (2d) 134	83
R. v. Ouellette	[2004] R.J.Q. 2619	77
R. v. Ouellette	2007 QCCA 518, 229 C.C.C. (3d) 563	785
R. v. Ouellette	2009 SCC 24, [2009] 1 S.C.R. 818	828
R. v. Owen	2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779	359, 399
R. v. Papadopoulos	[2006] O.J. No. 5407 (QL)	594
R. v. Paul	(2004), 117 C.R.R. (2d) 319	594
R. v. Pelletier	(1998), 129 C.C.C. (3d) 65	444
R. v. Plant	[1993] 3 S.C.R. 281	594, 616
R. v. Power	(2003), 176 C.C.C. (3d) 209	694, 711
R. v. Proulx	2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61	684, 700
R. v. R.C.	2005 SCC 61, [2005] 3 S.C.R. 99	459
R. v. R.L.	(1986), 26 C.C.C. (3d) 417	443
R. v. R.V.B.	(1994), 145 A.R. 384	446
R. v. Robert	2007 QCCA 515, [2007] Q.J. No. 2821 (QL)	692, 703
R. v. Robinson	[1996] 1 S.C.R. 683	393
R. v. Rockey	[1996] 3 S.C.R. 829	746
R. v. Rodney	[1990] 2 S.C.R. 687	595
R. v. S.	Man. Q.B., June 19, 2007	453
R. v. S. (P.I.)	[1991] 1 S.C.R. 909	737
R. v. Sanderson	2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53 ...	123, 138
R. v. Sandover-Sly	2002 BCCA 56, 163 B.C.A.C. 312	785
R. v. Sauvé	(2004), 182 C.C.C. (3d) 321	112, 131, 153, 154
R. v. Sazant	2004 SCC 77, [2004] 3 S.C.R. 635	441, 472
R. v. Sherratt	(1989), 49 C.C.C. (3d) 237	595
R. v. Siek	2007 NSCA 23, 218 C.C.C. (3d) 353	778
R. v. Silveira	[1995] 2 S.C.R. 297	604, 615
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	618

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Sioui	[1990] 1 S.C.R. 1025	244
R. v. Smith	(1975), 28 C.C.C. (2d) 368	461
R. v. Smith	2007 NSCA 19, 216 C.C.C. (3d) 490	144
R. v. Smith	2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146	113
R. v. Squibb	2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285 692, 703	285
R. v. Sterling	(1993), 113 Sask. R. 81	442
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	595
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	77, 442
R. v. Stinchcombe	[1995] 1 S.C.R. 754	81
R. v. T. (L.A.)	(1993), 14 O.R. (3d) 378	82
R. v. Taillefer	2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307	442
R. v. Tam	[1993] B.C.J. No. 781 (QL)	609
R. v. Taylor	[1984] B.C.J. No. 176 (QL)	608
R. v. Tessling	2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432	587, 615
R. v. Trochym	2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239	736, 747
R. v. Turpin	[1989] 1 S.C.R. 1296	283
R. v. Vajdl	2004 MBQB 167, 186 Man. R. (2d) 149	690
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742	726
R. v. Wiley	[1993] 3 S.C.R. 263	604
R. v. Wong	[1990] 3 S.C.R. 36	592
R. v. Wu	2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530	705, 779
R. v. X	2007 QCCQ 2076, [2007] J.Q. n ^o 2118 (QL) 456	456
R. v. Yee	2008 ABPC 89, [2008] A.J. No. 866 (QL) ...	785
R. v. Z. (D.A.)	[1992] 2 S.C.R. 1025	459
R. v. Zebedee	(2006), 211 C.C.C. (3d) 199	118, 131, 155
R. v. Zelensky	(1976), 73 D.L.R. (3d) 596	649
R. v. Zelensky	[1978] 2 S.C.R. 940	649
R.L.S. v. D.C.M.	2002 BCSC 1794, [2002] B.C.J. No. 2890 (QL) 318	318
Re Regina and Arviv	(1985), 51 O.R. (2d) 551	442, 472
Reference re Adoption Act	[1938] S.C.R. 398	643
Reference re Firearms Act (Can.)	2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783	630
Reference re Validity of the Combines Investigation Act and of s. 498 of the Criminal Code	[1929] S.C.R. 409	647
Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)	[1991] 1 S.C.R. 252	476
Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1985] I.A.B.D. No. 4 (QL)	353, 415, 417
Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)	[1987] 2 S.C.R. 59	648
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	691, 704
Roberge v. Bolduc	[1991] 1 S.C.R. 374	577
Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.	[1990] 2 S.C.R. 440	575
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	360
Ross v. Registrar of Motor Vehicles	[1975] 1 S.C.R. 5	650
Royal Bank v. The King	[1931] 2 D.L.R. 685	521
Royal Bank of Canada v. LVG Auctions Ltd.	(1983), 43 O.R. (2d) 582	521
Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd.	[1976] 2 S.C.R. 147	535
Russell v. Russell	2002 BCSC 1233, [2002] B.C.J. No. 1983 (QL) 315	315

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
S		
S-244 Holdings Ltd. v. Seymour Building Systems Ltd.	(1994), 93 B.C.L.R. (2d) 34	319
Samson Indian Nation and Band v. Canada	2005 FC 136, [2005] 2 C.N.L.R. 358	277
Schlenker v. Schlenker	(1999), 1 R.F.L. (5th) 436	318
Scowby v. Glendinning	[1986] 2 S.C.R. 226	638
Sengmueller v. Sengmueller	(1994), 17 O.R. (3d) 208	315
Shackleton v. Shackleton	1999 BCCA 704, 1 R.F.L. (5th) 459	318
Shell Canada Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 622	20
Singleton v. Canada	2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046	13, 31
Skogman v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 93	442, 472
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	368
Solosky v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 821	369
Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.	2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205	561
St. Martin Supplies Inc. v. Boucley	[1969] C.S. 324	527
Starkman v. Starkman	(1990), 75 O.R. (2d) 19	315
Starr v. Houlden	[1990] 1 S.C.R. 1366	638
State v. Morris	680 A.2d 90 (1996)	611
Stein v. The Ship “Kathy K”	[1976] 2 S.C.R. 802	306
Switzman v. Elbling	[1957] S.C.R. 285	644
T		
T. Lucas & Co. v. Mitchell	[1974] Ch. 129	173
T. S. Taylor Machinery Co. v. Biggar	(1968), 2 D.L.R. (3d) 281	173
T. (T.L.A.) v. T. (W.W.)	(1996), 24 R.F.L. (4th) 51	308
Taylor v. Plumer	(1815), 3 M. & S. 562, 34 E.R. 721	541
Thanabalasingham v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2006 FCA 14, 263 D.L.R. (4th) 51	370
Thibaudeau v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 627	21
Thompson v. Masson	[1993] R.J.Q. 69	576
Thomsett v. Thomsett	2001 BCSC 546, 16 R.F.L. (5th) 427	318
Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)	[1992] 1 S.C.R. 385	682, 709
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425	592
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79	2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77	654
Toronto-Dominion Bank v. Dauphin Plains Credit Union Ltd.	(1992), 90 D.L.R. (4th) 117	533
Toronto-Dominion Bank v. Pella/Hunt Corp.	(1992), 10 O.R. (3d) 634	521
Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.	2004 SCC 7, [2004] 1 S.C.R. 249	170
Treadwell v. Martin	(1976), 13 N.B.R. (2d) 137	319
Trial of William Davidson and Richard Tidd for High Treason	(1820), 33 How. St. Tr. 1337	141
U		
U.E.S., Local 298 v. Bibeault	[1988] 2 S.C.R. 1048	384

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
V		
Vetrovec v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 811	112, 131, 149, 154
W		
W. (C.E.) v. W. (G.D.)	2007 BCSC 550, 31 E.T.R. (3d) 101	308
Waldick v. Malcolm	[1991] 2 S.C.R. 456	401
Warkentin v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 355	136
West Windsor Urgent Care Centre Inc. v. R.	2005 TCC 405, [2005] G.S.T.C. 179	665
Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.	1999 BCCA 243, 67 B.C.L.R. (3d) 278	333
Wewaykum Indian Band v. Canada	2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245	266
Z		
Zhu v. Li	2007 BCSC 1117, 33 E.T.R. (3d) 281	308

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
472900 B.C. Ltd. c. Thrifty Canada, Ltd.	(1998), 168 D.L.R. (4th) 602.....	333
A		
A.E. LePage Real Estate Services Ltd. c. Rattray Publications	(1994), 120 D.L.R. (4th) 499	521
Agip (Africa) Ltd. c. Jackson	[1992] 4 All E.R. 451	540
Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)	[1993] 1 R.C.S. 897.....	337
Anchor Brewhouse Developments Ltd. c. Berkley House (Docklands Developments) Ltd.	[1987] 2 E.G.L.R. 173	604
Andrews c. Law Society of British Columbia	[1989] 1 R.C.S. 143	282
Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard	2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3	207
Attwood c. Lamont	[1920] 3 K.B. 571	170
Authorson c. Canada (Procureur général)	2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40	250
Authorson (Litigation Administrator of) c. Canada (Attorney General)	2007 ONCA 501, 86 O.R. (3d) 321	250
Azoulay c. The Queen	[1952] 2 R.C.S. 495	424
B		
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	379
Bande indienne Wewaykum c. Canada	2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245	266
Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1995] 4 R.C.S. 344	248
Bank of Montreal c. The King	(1907), 38 R.C.S. 258	524
Bank of Nova Scotia c. Regent Enterprises Ltd.	(1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 102	533
Banque Belge pour l'Étranger c. Hambrouck	[1921] 1 K.B. 321	541
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta	2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3	629
Banque Canadienne Nationale c. Gingras	[1977] 2 R.C.S. 554	537
Banque de Montréal c. Procureur général du Québec	[1979] 1 R.C.S. 565	530
Banque Nationale de Grèce (Canada) c. Banque de Montréal	[2001] 2 C.F. 288	533
Barclays Bank Ltd. c. W. J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd.	[1979] 3 All E.R. 522	521
Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble ...	2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476	257
Bavins, Junr. & Sims c. London and South Western Bank, Ltd.	[1900] 1 Q.B. 270	540
Bédard c. Dawson	[1923] R.C.S. 681	644
Bell c. Ontario Human Rights Commission	[1971] R.C.S. 756	372
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)	[1989] 1 R.C.S. 1722	391
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559	704, 790
Birdsall Inc. c. In Any Event Inc.	[1999] R.J.Q. 1344	575
Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce	[1996] 3 R.C.S. 727	528

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
British American Continental Bank c. British Bank for Foreign Trade	[1926] 1 K.B. 328	540
British Columbia Securities Commission c. Branch	[1995] 2 R.C.S. 3	592
Burgess c. Industrial Frictions & Supply Co.	(1987), 12 B.C.L.R. (2d) 85	168
C		
California c. Greenwood	486 U.S. 35 (1988)	609, 614
Canada c. Grenier	2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287	369
Canada (Procureur général) c. Hislop	2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429	190
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554	386
Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)	[1989] 2 R.C.S. 49	369
Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King	(1989), 60 D.L.R. (4th) 293	177
Carter c. Long & Bisby	(1896), 26 R.C.S. 430	545
Centrac Inc. c. Canadian Imperial Bank of Commerce	(1994), 21 O.R. (3d) 161	546
Central Guaranty Trust Co. c. Dixdale Mortgage Investment Corp. ...	(1994), 24 O.R. (3d) 506	521
Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)	2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498	364
Charette c. Canada (Commissioner of Competition)	2003 CAF 426, 29 C.P.R. (4th) 1	370
Chen c. Liu	2008 BCSC 928, [2008] B.C.J. No. 1354 (QL)	308
Chepil c. Chepil	2006 BCSC 15, [2006] B.C.J. No. 15 (QL)	308
Chibok c. The Queen	(1956), 24 C.R. 354	736
Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84	353, 415, 417
Citadelle (La), Cie d'assurances générales c. Banque Lloyds du Canada	[1997] 3 R.C.S. 805	540
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc. ...	2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86	629
Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster	[1936] A.C. 1	17, 30
Currie c. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.	(2005), 74 O.R. (3d) 321	572
D		
Dahlberg c. Naydiuk	(1969), 10 D.L.R. (3d) 319	603
Davidson c. Davidson	(1986), 2 R.F.L. (3d) 442	308
Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)	[2000] 2 C.F. 212	369
Di Iorio c. Gardien de la prison commune de Montréal	[1978] 1 R.C.S. 152	643
Dowling c. Dowling	(1997), 43 B.C.L.R. (3d) 59	315
Driskell c. Dangerfield	2008 MBCA 60, [2008] 6 W.W.R. 615	83
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	350, 382
Dusik c. Newton	(1985), 62 B.C.L.R. 1	319
E		
Elliott c. Elliott	2007 BCSC 98, [2007] B.C.J. No. 108 (QL)	308
Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.	[1978] 2 R.C.S. 916	168
Entreprises Ludco Ltée c. Canada	2001 CSC 62, [2001] 2 R.C.S. 1082	20

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
F		
Fales c. Canada Permanent Trust Co.	[1977] 2 R.C.S. 302	244
Foley c. Hill	(1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002	536
Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments)	2004 CAF 263, [2004] 4 R.C.F. 276	203
Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments)	2005 CSC 85, [2005] 3 R.C.S. 906	204
Foskett c. McKeown	[2001] 1 A.C. 102	545
Frederick E. Rose (London) Ld. c. William H. Pim Jr. & Co.	[1953] 2 Q.B. 450	178
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)	[1992] 1 R.C.S. 3	369
G		
Garland c. Consumers' Gas Co.	2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629	280
Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057	[1990] 1 R.C.S. 1298	401
General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing	[1989] 1 R.C.S. 641	646
Globex Foreign Exchange Corp. c. Kelcher	2005 ABCA 419, 262 D.L.R. (4th) 752	171
Graat c. La Reine	[1982] 2 R.C.S. 819	133, 755
Guerin c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 335	248
H		
H.L. c. Canada (Procureur général)	2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401	306
Harelkin c. Université de Regina	[1979] 2 R.C.S. 561	367, 413
Hartshorne c. Hartshorne	2004 CSC 22, [2004] 1 R.C.S. 550	308
Herbert Morris, Ltd. c. Saxelby	[1916] 1 A.C. 688	167
Hocking c. Haziza	2008 QCCA 800, [2008] R.J.Q. 1189	568
Horsburgh c. La Reine	[1967] R.C.S. 746	132
Hotte c. Servier Canada inc.	[1999] R.J.Q. 2598	577
Housen c. Nikolaisen	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235	306, 361, 393
Howarth c. Commission nationale des libérations conditionnelles	[1976] 1 R.C.S. 453	366
Huddersfield Banking Co. c. Henry Lister & Son Ltd.	[1895] 2 Ch. 273	318
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	591
Hypothèques Trustco Canada c. Canada	2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 ...	10, 30, 49
I		
Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)	[1991] 1 R.C.S. 326	414
In re Criminal Code	(1910), 43 R.C.S. 434	438
Industrial Acceptance Corp. c. The Queen	[1953] 2 R.C.S. 273	646, 778
Ingenium Technologies Corp. c. McGraw-Hill Cos.	2005 BCCA 358, 49 B.C.L.R. (4th) 120.....	333
J		
Jabs Construction Ltd. c. La Reine	1999 CanLII 520	34
Joachimson c. Swiss Bank Corp.	[1921] 3 K.B. 110	530

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Johnson c. Attorney General of Alberta	[1954] R.C.S. 127	646
Junkin c. Junkin	(1978), 20 O.R. (2d) 118	319
K		
Katz c. United States	389 U.S. 347 (1967)	592
Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)	2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3	189
L		
Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.	[1989] 2 R.C.S. 574	265
Lacroix c. The Queen	[1954] R.C. de l'É. 69	603
Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)	2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773	198
Lawrie c. Rathbun	(1876), 38 U.C.Q.B. 255	545
Leather Cloth Co. c. Lorsont	(1869), L.R. 9 Eq. 345	167
Leopold c. Leopold	(2000), 51 O.R. (3d) 275	309
Leskun c. Leskun	2006 CSC 25, [2006] 1 R.C.S. 920	311
Lewvest Ltd. c. Scotia Towers Ltd.	(1981), 126 D.L.R. (3d) 239	603
Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.	[1991] 2 A.C. 548	524
Litchfield c. State	824 N.E.2d 356 (2005)	618
M		
M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba	[1999] 2 R.C.S. 961	648
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui	[1980] 1 R.C.S. 602	366
Martineau c. M.R.N.	2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737	644
Mason c. Provident Clothing and Supply Co.	[1913] A.C. 724	168
Mathew c. Canada	2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643	10, 34
Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)	2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326	365
McCowan c. McCowan	(1995), 14 R.F.L. (4th) 325	318
McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake	2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846	264
McGregor c. Van Tilborg	2003 BCSC 918, [2003] B.C.J. No. 1427 (QL)	318
McInerney c. MacDonald	[1992] 2 R.C.S. 138	249
McKibbin c. La Reine	[1984] 1 R.C.S. 131	438
Miglin c. Miglin	2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303	299
Monarch Construction Ltd. c. Buildveco Ltd.	(1988), 26 C.P.C. (2d) 164	318
Morneault c. Canada (Procureur général)	[2001] 1 C.F. 30	411
Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100 ..	371, 408
Multiple Access Ltd. c. McCutcheon	[1982] 2 R.C.S. 161	648
Murphy c. La Reine	[1977] 2 R.C.S. 603	137
N		
Nation et bande indienne de Samson c. Canada	2005 CF 136, [2005] A.C.F. n° 156 (QL) ...	277
Nordenfelt c. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.	[1894] A.C. 535	166

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
O		
Ontario (Attorney General) c. Cole-Watson	[2007] O.J. No. 1742 (QL)	653
P		
P. (D.) c. Wagg	(2004), 239 D.L.R. (4th) 501	95
Pal c. Canada (Minister of Employment and Immigration)	(1993), 24 Admin. L.R. (2d) 68	370
Paris c. Machnick	(1972), 32 D.L.R. (3d) 723	319
Pasiecznyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)	[1997] 2 R.C.S. 890	384
People c. Krivda	486 P.2d 1262 (1971)	609
Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678	178
Pettkus c. Becker	[1980] 2 R.C.S. 834	319
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 R.C.S. 557	361, 392
Phillips c. La Reine	[1983] 2 R.C.S. 161	453
Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital	2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528	364
Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)	2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715	19
Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration	[1976] 1 R.C.S. 376	377
Price c. Neal	(1762), 3 Burr. 1354, 97 E.R. 871	524
Pringle c. Fraser	[1972] R.C.S. 821	366
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307	366
Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal	[1978] 2 R.C.S. 770	645
Protection de la jeunesse — 350	[1988] R.J.Q. 2395	461
Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan	[1941] R.C.S. 396	650
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra- tion)	[1998] 1 R.C.S. 982	361, 395
Putsman c. Taylor	[1927] 1 K.B. 637	173
R		
R. c. A.M.	2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569	593
R. c. A.S.	[1996] O.J. No. 188 (QL)	444
R. c. Ahluwalia	(2000), 138 O.A.C. 154	97
R. c. Allard	2006 QCCQ 3080, [2006] J.Q. n° 3377 (QL)	609
R. c. Andrews	[2005] J.Q. n° 8595 (QL)	609
R. c. Arcangioli	[1994] 1 R.C.S. 129	742, 759
R. c. Arsenault	(1994), 153 R.N.-B. (2 ^e) 81	96
R. c. Aubin	[1992] J.Q. n° 239 (QL)	691, 703
R. c. B. (F.F.)	[1993] 1 R.C.S. 697	747
R. c. B. (S.)	(1989), 50 C.C.C. (3d) 34	443
R. c. Badger	[1996] 1 R.C.S. 771	246
R. c. Barrelet	2008 QCCS 3765, [2008] J.Q. n° 7991 (QL)	609
R. c. Baskerville	[1916] 2 K.B. 658	130
R. c. Beaulac	[1999] 1 R.C.S. 768	207
R. c. Bevan	[1993] 2 R.C.S. 599	135, 738, 746
R. c. Briere	[2004] O.J. No. 5611 (QL)	595

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Brooks	2000 CSC 11, [2000] 1 R.C.S. 237	113, 136
R. c. Buhay	2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631	602
R. c. C.D.	2005 CSC 78, [2005] 3 R.C.S. 668	476
R. c. Campbell	[1992] N.S.J. No. 702 (QL)	86
R. c. Cansanay	B.R. Man., 23 avril 2007	453
R. c. Carrignan	(2003), 172 C.C.C. (3d) 1	688
R. c. Chambers	[1990] 2 R.C.S. 1293	742, 759
R. c. Chan	(2003), 172 C.C.C. (3d) 349	444
R. c. Chaplin	[1995] 1 R.C.S. 727	86
R. c. Chenier	(2006), 205 C.C.C. (3d) 333	125, 131
R. c. Chow	2005 CSC 24, [2005] 1 R.C.S. 384	454
R. c. Clifford	(2002), 163 C.C.C. (3d) 3	88
R. c. Clunas	[1992] 1 R.C.S. 595	453
R. c. Colarusso	[1994] 1 R.C.S. 20	602
R. c. Couture	2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517	136
R. c. Craig	2007 BCCA 234, 240 B.C.A.C. 77	830
R. c. Craig	2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762 ...	820, 823, 824, 825, 828, 830, 831
R. c. Crawford	[1995] 1 R.C.S. 858	453
R. c. Crosby	[1995] 2 R.C.S. 912	747
R. c. D.B.	2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3	441
R. c. D.D.	2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275	739, 754
R. c. D.M.	(1990), 46 O.A.C. 77	461
R. c. Daley	2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523	126, 741
R. c. Daoust	2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217	368
R. c. Dhillon	(2002), 161 O.A.C. 231	727
R. c. Dhillon	(2002), 166 C.C.C. (3d) 262	135
R. c. Dixon	[1998] 1 R.C.S. 244	442
R. c. Drost	(1996), 172 R.N.-B. (2 ^e) 67	691, 703
R. c. Duarte	[1990] 1 R.C.S. 30	612
R. c. Durette	[1994] 1 R.C.S. 469	86
R. c. Dymont	[1988] 2 R.C.S. 417	595, 615
R. c. E.S.R.	(1985), 49 C.R. (3d) 88	461
R. c. Edwards	[1996] 1 R.C.S. 128	593, 615
R. c. Egger	[1993] 2 R.C.S. 451	442
R. c. Ertel	(1987), 35 C.C.C. (3d) 398	441
R. c. Ethier	(1959), 124 C.C.C. 332	136
R. c. Evans	[1996] 1 R.C.S. 8	604
R. c. Feeney	[1997] 2 R.C.S. 13	604
R. c. Fletcher	(1982), 2 C.C.C. (3d) 221	691, 703
R. c. Frechette	2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191	692, 703
R. c. G. (G.)	(1997), 115 C.C.C. (3d) 1	135
R. c. Gagné	[1998] J.Q. n ^o 3240 (QL)	83
R. c. Gagnon	(2000), 147 C.C.C. (3d) 193	137
R. c. Gingras	(1992), 120 A.R. 300	81
R. c. Gisby	2000 ABCA 261, 148 C.C.C. (3d) 549	772, 796, 799
R. c. Grant	(1992), 52 O.A.C. 244	457
R. c. Grant	[1993] 3 R.C.S. 223	604

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Green	(1983), 148 D.L.R. (3d) 767	778
R. c. Hill	[1986] 1 R.C.S. 313	141
R. c. Holmes	[1988] 1 R.C.S. 914	401
R. c. Hynes	2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623	441, 472
R. c. J.E.L.	(1987), 4 W.C.B. (2d) 97	461
R. c. J.H.S.	2008 CSC 30, [2008] 2 R.C.S. 152	730
R. c. J.M.J.	(1999), 120 O.A.C. 294	460
R. c. J.T.J.	(1986), 27 C.C.C. (3d) 574	444
R. c. J.W.	(1989), 99 A.R. 257	446
R. c. Jack	(1992), 70 C.C.C. (3d) 67	82
R. c. Jacquard	[1997] 1 R.C.S. 314	424, 736, 759
R. c. Johnson	(1971), 5 C.C.C. (2d) 541	778
R. c. Jolivet	2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751	737
R. c. K.G.	(1986), 31 C.C.C. (3d) 81	443
R. c. Kanester	[1966] 4 C.C.C. 231	136
R. c. Kang-Brown	2006 ABCA 199, 210 C.C.C. (3d) 317	598
R. c. Kang-Brown	2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456	598
R. c. Kapp	2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483	282
R. c. Keegstra	[1995] 2 R.C.S. 381	620
R. c. Kehler	2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328	122, 134
R. c. Kennedy	[1991] B.C.J. No. 3726 (QL)	444
R. c. Kennedy	[1992] O.J. No. 1163 (QL)	594
R. c. Khan	2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823	727, 746
R. c. Khela	[1995] 4 R.C.S. 201	442
R. c. Khela	2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104	149, 154
R. c. Khosa	2003 BCCA 644, 190 B.C.A.C. 23	420
R. c. Khosa	2003 BCCA 645, 190 B.C.A.C. 42	352
R. c. Khosa	2003 BCSC 221, [2003] B.C.J. No. 280 (QL)	417
R. c. Kinkead	[1999] O.J. No. 1458 (QL)	595
R. c. Kokesch	[1990] 3 R.C.S. 3	604
R. c. Krist	(1995), 100 C.C.C. (3d) 58	608
R. c. Krugel	(1999), 143 C.C.C. (3d) 367	143
R. c. L. (M.)	(1995), 34 C.R.R. (2d) 147	446
R. c. L.T.H.	2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739	459, 477
R. c. La	[1997] 2 R.C.S. 680	442
R. c. Lane	2008 ONCA 841, 243 O.A.C. 156	731
R. c. Lavigne	2006 CSC 10, [2006] 1 R.C.S. 392	784, 796
R. c. Law	2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227	596
R. c. Leaney	[1989] 2 R.C.S. 393	595
R. c. Lifchus	[1997] 3 R.C.S. 320	141
R. c. Love	(1995), 102 C.C.C. (3d) 393	595
R. c. Lyver	2007 ABCA 369, 229 C.C.C. (3d) 535	693
R. c. M. (C.A.)	[1996] 1 R.C.S. 500	808
R. c. M. (M.R.)	[1998] 3 R.C.S. 393	593
R. c. M. (S.H.)	[1989] 2 R.C.S. 446	444
R. c. M.T.	[1993] Y.J. No. 97 (QL)	462
R. c. MacPherson	(1991), 105 N.S.R. (2d) 123	83
R. c. Mallory	2007 ONCA 46, 220 O.A.C. 239	727
R. c. Marini	[2005] O.J. No. 6197 (QL)	595

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Marshall	[1999] 3 R.C.S. 456	244
R. c. McIntosh	[1995] 1 R.C.S. 686	476
R. c. McLeod	[1993] Y.J. No. 17 (QL)	691, 703
R. c. Ménard	[1998] 2 R.C.S. 109	141
R. c. Mills	[1999] 3 R.C.S. 668	76, 611
R. c. Monney	[1999] 1 R.C.S. 652	591, 618
R. c. Moore	(1986), 26 C.C.C. (3d) 474	441
R. c. Morgentaler	[1993] 3 R.C.S. 463	641
R. c. Morin	[1988] 2 R.C.S. 345	142
R. c. N. (P.L.F.)	(1999), 138 C.C.C. (3d) 49	135
R. c. Nguyen	2006 BCSC 1846, [2006] B.C.J. 3202 (QL)	779
R. c. Nguyen	2007 BCCA 474, 246 B.C.A.C. 263	777
R. c. Nguyen	2009 CSC 25, [2009] 1 R.C.S. 826	820, 824
R. c. O'Connor	[1995] 4 R.C.S. 411	72, 442
R. c. Oliver	(1995), 143 N.S.R. (2d) 134	83
R. c. Ouellette	[2004] R.J.Q. 2619	777
R. c. Ouellette	2007 QCCA 518, [2007] R.J.Q. 787	785
R. c. Ouellette	2009 CSC 24, [2009] 1 R.C.S. 818	828
R. c. Owen	2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779	359, 399
R. c. Papadopoulos	[2006] O.J. No. 5407 (QL)	594
R. c. Paul	(2004), 117 C.R.R. (2d) 319	594
R. c. Pelletier	(1998), 129 C.C.C. (3d) 65	444
R. c. Plant	[1993] 3 R.C.S. 281	594, 616
R. c. Power	(2003), 176 C.C.C. (3d) 209	694, 711
R. c. Proulx	2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61	684, 700
R. c. R.C.	2005 CSC 61, [2005] 3 R.C.S. 99	459
R. c. R.L.	(1986), 26 C.C.C. (3d) 417	443
R. c. R.V.B.	(1994), 145 A.R. 384	446
R. c. Robert	2007 QCCA 515, [2007] J.Q. n° 2821 (QL)	692, 703
R. c. Robinson	[1996] 1 R.C.S. 683	393
R. c. Rockey	[1996] 3 R.C.S. 829	746
R. c. Rodney	[1990] 2 R.C.S. 687	595
R. c. S.	B.R. Man., 19 juin 2007	453
R. c. S. (P.L.)	[1991] 1 R.C.S. 909	737
R. c. Sanderson	2003 MBCA 109, 180 C.C.C. (3d) 53... 123, 138	
R. c. Sandover-Sly	2002 BCCA 56, 163 B.C.A.C. 312	785
R. c. Sauvé	(2004), 182 C.C.C. (3d) 321 . 112, 131, 153, 154	
R. c. Sazant	2004 CSC 77, [2004] 3 R.C.S. 635	441, 472
R. c. Sherratt	(1989), 49 C.C.C. (3d) 237	595
R. c. Siek	2007 NSCA 23, 218 C.C.C. (3d) 353	778
R. c. Silveira	[1995] 2 R.C.S. 297	604, 615
R. c. Simmons	[1988] 2 R.C.S. 495	618
R. c. Sioui	[1990] 1 R.C.S. 1025	244
R. c. Smith	(1975), 28 C.C.C. (2d) 368	461
R. c. Smith	2007 NSCA 19, 216 C.C.C. (3d) 490	144
R. c. Smith	2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146	113
R. c. Squibb	2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285	692, 703

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Sterling	(1993), 113 Sask. R. 81	442
R. c. Stillman	[1997] 1 R.C.S. 607	595
R. c. Stinchcombe	[1991] 3 R.C.S. 326	77, 442
R. c. Stinchcombe	[1995] 1 R.C.S. 754	81
R. c. T. (L.A.)	(1993), 14 O.R. (3d) 378.....	82
R. c. Taillefer	2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307	442
R. c. Tam	[1993] B.C.J. No. 781 (QL)	609
R. c. Taylor	[1984] B.C.J. No. 176 (QL)	608
R. c. Tessling	2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432	587, 615
R. c. Trochym	2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239	736, 747
R. c. Turpin	[1989] 1 R.C.S. 1296	283
R. c. Vajdl	2004 MBQB 167, 186 Man. R. (2d) 149	690
R. c. W. (D.)	[1991] 1 R.C.S. 742	726
R. c. Wiley	[1993] 3 R.C.S. 263	604
R. c. Wong	[1990] 3 R.C.S. 36	592
R. c. Wu	2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530	705, 779
R. c. X	2007 QCCQ 2076, [2007] J.Q. n° 2118 (QL)	456
R. c. Yee	2008 ABPC 89, [2008] A.J. No. 866 (QL)	785
R. c. Z. (D.A.)	[1992] 2 R.C.S. 1025	459
R. c. Zebedee	(2006), 211 C.C.C. (3d) 199	118, 131, 155
R. c. Zelensky	(1976), 73 D.L.R. (3d) 596	649
R. c. Zelensky	[1978] 2 R.C.S. 940	649
R.L.S. c. D.C.M.	2002 BCSC 1794, [2002] B.C.J. No. 2890 (QL)	318
Re Regina and Arviv	(1985), 51 O.R. (2d) 551	442, 472
Reference re Adoption Act	[1938] R.C.S. 398	643
Reference re Validity of the Combines Investigation Act and of s. 498 of the Criminal Code	[1929] R.C.S. 409	647
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)	2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783	630
Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)	[1991] 1 R.C.S. 252	476
Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1985] D.S.A.I. n° 4 (QL)	353, 415, 417
Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)	[1987] 2 R.C.S. 59	648
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27	691, 704
Roberge c. Bolduc	[1991] 1 R.C.S. 374	577
Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.	[1990] 2 R.C.S. 440	575
Roncarelli c. Duplessis	[1959] R.C.S. 121	360
Ross c. Registraire des véhicules automobiles	[1975] 1 R.C.S. 5	650
Royal Bank c. The King	[1931] 2 D.L.R. 685	521
Royal Bank of Canada c. LVG Auctions Ltd.	(1983), 43 O.R. (2d) 582	521
Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd.	[1976] 2 R.C.S. 147	535
Russell c. Russell	2002 BCSC 1233, [2002] B.C.J. No. 1983 (QL)	315

S

S-244 Holdings Ltd. c. Seymour Building Systems Ltd.	(1994), 93 B.C.L.R. (2d) 34	319
S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)	2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539	396

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Schlenker c. Schlenker	(1999), 1 R.F.L. (5th) 436	318
Scowby c. Glendinning	[1986] 2 R.C.S. 226	639
Sengmueller c. Sengmueller	(1994), 17 O.R. (3d) 208	315
Shackleton c. Shackleton	1999 BCCA 704, 1 R.F.L. (5th) 459	318
Shell Canada Ltée c. Canada	[1999] 3 R.C.S. 622	20
Singleton c. Canada	2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046	13, 31
Skogman c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 93	442, 472
Slaight Communications Inc. c. Davidson	[1989] 1 R.C.S. 1038	368
Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal	[1987] 1 R.C.S. 711	530
Solosky c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 821	369
Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.	2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205	561
St. Martin Supplies Inc. c. Boucley	[1969] C.S. 324	527
Starkman c. Starkman	(1990), 75 O.R. (2d) 19	315
Starr c. Houlden	[1990] 1 R.C.S. 1366	638
State c. Morris	680 A.2d 90 (1996)	611
Stein c. Le navire « Kathy K »	[1976] 2 R.C.S. 802	306
Switzman c. Elbling	[1957] R.C.S. 285	644
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	372, 389

T

T. Lucas & Co. c. Mitchell	[1974] Ch. 129	173
T. S. Taylor Machinery Co. c. Biggar	(1968), 2 D.L.R. (3d) 281	173
T. (T.L.A.) c. T. (W.W.)	(1996), 24 R.F.L. (4th) 51	308
Taylor c. Plumer	(1815), 3 M. & S. 562, 34 E.R. 721	541
Thanabalasingham c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2006 CAF 14, 263 D.L.R. (4th) 51	370
Thibaudeau c. Canada	[1995] 2 R.C.S. 627	21
Thompson c. Masson	[1993] R.J.Q. 69	576
Thomsett c. Thomsett	2001 BCSC 546, 16 R.F.L. (5th) 427	318
Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)	[1992] 1 R.C.S. 385	682, 709
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1990] 1 R.C.S. 425	592
Toronto-Dominion Bank c. Dauphin Plains Credit Union Ltd.	(1992), 90 D.L.R. (4th) 117	533
Toronto-Dominion Bank c. Pella/Hunt Corp.	(1992), 10 O.R. (3d) 634	521
Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79	2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77	654
Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.	2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249	170
Treadwell c. Martin	(1976), 13 N.B.R. (2d) 137	319
Trial of William Davidson and Richard Tidd for High Treason	(1820), 33 How. St. Tr. 1337	141

U

U.E.S., Local 298 c. Bibeault	[1988] 2 R.C.S. 1048	384
-------------------------------------	----------------------------	-----

V

Vetrovec c. La Reine	[1982] 1 R.C.S. 811	112, 131, 149, 154
----------------------------	---------------------------	--------------------

INTITULÉ DE LA CAUSE	REVOI	PAGE
W		
W. (C.E.) c. W. (G.D.)	2007 BCSC 550, 31 E.T.R. (3d) 101	308
Waldick c. Malcolm	[1991] 2 R.C.S. 456	401
Warkentin c. La Reine	[1977] 2 R.C.S. 355	136
West Windsor Urgent Care Centre Inc. c. Canada	2005 CCI 405, [2005] A.C.I. n° 564 (QL)...	665
Westec Aerospace Inc. c. Raytheon Aircraft Co.	1999 BCCA 243, 67 B.C.L.R. (3d) 278.....	333
Z		
Zhu c. Li	2007 BCSC 1117, 33 E.T.R. (3d) 281	308

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
B		E	
<i>Bills of Exchange Act</i> , R.S.C. 1985, c. B-4		<i>Excise Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. E-15	
s. 128(a)	504	s. 215.1(1)	657
s. 165(3).....	504	s. 215.1(2)	657
C		s. 216(2)	657
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		s. 216(6)	657
s. 8	579	s. 225(1)(b)	657
s. 15	181, 222	s. 261(1)	657
s. 16(1)	194	s. 261(2)	657
s. 20(1)	194	s. 261(3)	657
s. 24	181	s. 296(2.1)	657
<i>Civil Code of Québec</i> , S.Q. 1991, c. 64		Part IX	657
art. 3135	549	F	
art. 3155(1)	549	<i>Federal Courts Act</i> , R.S.C. 1985, c. F-7	
art. 3155(3)	549	s. 18.1	339
art. 3155(4)	549	<i>Financial Administration Act</i> , R.S.C. 1985, c. F-11	
art. 3164	549	s. 2 “public money”	222
<i>Constitution Act, 1867</i>		s. 17(1)	222
s. 91(27)	624	s. 21	222
s. 92(13)	624	s. 90(1)	222
<i>Controlled Drugs and Substances Act</i> , S.C. 1996, c. 19		I	
s. 19.1(3)	762, 818, 826	<i>Immigration and Refugee Protection Act</i> , S.C. 2001, c. 27	
<i>Corrections and Conditional Release Act</i> , S.C. 1992, c. 20		s. 67(1)(c)	339
s. 139	674	<i>Income Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)	
<i>Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act</i> , S.B.C. 2003, c. 28		s. 20(1)(c)	3
s. 11	321	s. 20(3)	3
<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46		s. 73(1)	3
s. 462.37	624	s. 74.1(1)	3
s. 536(4)	426	s. 74.5(11)	3
s. 577	426	s. 245	3
s. 686(1)(b)(iii)	104, 716	<i>Indian Act</i> , R.S.C. 1985	
s. 732	674	ss. 61 to 69	222
		s. 61(1)	222
		s. 64(1)(k)	222

	PAGE		PAGE
S			
<i>Indian Oil and Gas Act</i> , R.S.C. 1985, c. I-7			
s. 4(1)	222	<i>Special Payment (Dependent Spouses) Act</i> , S.S. 1999, c. S-56.01	181
L			
<i>Limitation of Actions Act</i> , R.S.S. 1978, c. L-15		W	
s. 3(1)(j)	181	<i>Workers' Compensation Act</i> , R.S.S. 1978, c. W-17	
O			
<i>Official Languages Act</i> , R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.)		s. 68(1)	181
Part IV	194	<i>Workers' Compensation Act, 1979</i> , S.S. 1979, c. W-17.1	
s. 22	194	s. 98.1	181
s. 77	194	<i>Workers' Compensation General Regulations</i> , 1985, R.R.S., c. W-17.1	
R			
<i>Remedies for Organized Crime and Other Unlawful Activities Act, 2001</i> , S.O. 2001, c. 28		Reg. 1	181
s. 1	624	Y	
s. 2	624	<i>Youth Criminal Justice Act</i> , S.C. 2002, c. 1	
s. 3	624	s. 67(7)	426
s. 6	624	s. 67(9)	426
		s. 140	426

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985,</i> ch. 1 (5 ^e suppl.)	
art. 8	579	art. 20(1)c)	3
art. 15	181, 222	art. 20(3)	3
art. 16(1)	194	art. 73(1)	3
art. 20(1)	194	art. 74.1(1)	3
art. 24	181	art. 74.5(11)	3
		art. 245	3
<i>Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64</i>		<i>Loi réglementant certaines drogues et autres</i> <i>substances, L.C. 1996, ch. 19</i>	
art. 3135	549	art. 19.1(3)	762, 818, 826
art. 3155(1)	549		
art. 3155(3)	549	<i>Loi sur l'immigration et la protection des</i> <i>réfugiés, L.C. 2001, ch. 27</i>	
art. 3155(4)	549	art. 67(1)c)	339
art. 3164	549		
<i>Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46</i>		<i>Loi sur la gestion des finances publiques,</i> L.R.C. 1985, ch. F-11	
art. 462.37	624	art. 2 « fonds publics »	222
art. 536(4)	426	art. 17(1)	222
art. 577	426	art. 21	222
art. 686(1)b)(iii)	104, 716	art. 90(1)	222
art. 732	674		
<i>Court Jurisdiction and Proceedings Transfer</i> <i>Act, S.B.C. 2003, ch. 28</i>		<i>Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985,</i> ch. E-15	
art. 11	321	art. 215.1(1)	657
L			
<i>Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978,</i> ch. L-15		art. 215.1(2)	657
art. 3(1)j)	181	art. 216(2)	657
<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>		art. 216(6)	657
art. 91(27)	624	art. 225(1)b)	657
art. 92(13)	624	art. 261(1)	657
<i>Loi de 2001 sur les recours pour crime</i> <i>organisé et autres activités illégales, L.O.</i> 2001, ch. 28		art. 261(2)	657
art. 1	624	art. 261(3)	657
art. 2	624	art. 296(2.1)	657
art. 3	624	partie IX	657
art. 6	624	<i>Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes,</i> L.R.C. 1985, ch. I-7	
		art. 4(1)	222
		<i>Loi sur le système correctionnel et la mise en</i> <i>liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20</i>	
		art. 139	674

	PAGE		PAGE
S			
<i>Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents</i> , L.C. 2002, ch. 1			
art. 67(7)	426		
art. 67(9)	426	<i>Special Payment (Dependent Spouses) Act</i> , S.S. 1999, ch. S-56.01	181
art. 140	426		
<i>Loi sur les Cours fédérales</i> , L.R.C. 1985, ch. F-7		W	
art. 18.1	339	<i>Workers' Compensation Act</i> , R.S.S. 1978, ch. W-17	
<i>Loi sur les Indiens</i> , L.R.C. 1985, ch. I-5		art. 68(1)	181
art. 61 à 69	222	<i>Workers' Compensation Act, 1979</i> , S.S. 1979, ch. W-17.1	
art. 61(1)	222	art. 98.1	181
art. 64(1)k	222	<i>Workers' Compensation General Regulations, 1985</i> , R.R.S., ch. W-17.1	
<i>Loi sur les langues officielles</i> , L.R.C. 1985, ch. 31 (4 ^e suppl.)		règl. 1	181
partie IV	194		
art. 22	194		
art. 77	194		
<i>Loi sur les lettres de change</i> , L.R.C. 1985, ch. B-4			
art. 128a)	504		
art. 165(3)	504		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Ahmed, Firoz, and Cassandra Priede. “Case Comment — <i>Lipson v. Canada</i> ” (2007), 17 <i>Can. Curr. Tax</i> 77.	44
Ames, J. B. “The Doctrine of <i>Price v. Neal</i> ” (1891), 4 <i>Harv. L. Rev.</i> 297.	525
Arnup, C. Jane. “Has Caution Been Thrown to the Wind?: The Aftermath of <i>Vetrovec</i> ”, in <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition: Evidence</i> . Don Mills, Ont.: Richard De Boo Publishers, 1984, 21.	132
Bala, Nicholas. <i>Young Offenders Law</i> . Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.	460
Bala, Nicholas. <i>Youth Criminal Justice Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2003.	445
Bastarache, Michel, et al. <i>The Law of Bilingual Interpretation</i> . Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.	368
Béliveau, Pierre, et Martin Vaclair. <i>Traité général de preuve et de procédure pénales</i> , 15 ^e éd. Montréal : Thémis, 2008.	457
Birks, Peter. “Overview: Tracing, Claiming and Defences”, in Peter Birks, ed., <i>Laundering and Tracing</i> . Oxford: Clarendon Press, 2003.	544
Black, Vaughan, and John Swan. “Concurrent Judicial Jurisdiction: A Race to the Court House or to Judgment?” (2008), 46 <i>Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.</i> 292.	338
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 8th ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004, “dispute”.	576
Bogart, W. A. “The Tools of the Administrative State and the Regulatory Mix”, in C. M. Flood and L. Sossin, eds., <i>Administrative Law in Context</i> . Toronto: Emond Montgomery, 2008, 25.	387
Boilard, Jean-Guy. <i>Guide to Criminal Evidence</i> , vol. 2. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991 (loose-leaf updated September 2008, Issue 48).	134
Boilard, Jean-Guy. <i>Manuel de preuve pénale</i> , vol. 2. Cowansville, Que. : Yvon Blais, 1991 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2008, envoi n ^o 48).	136
British Columbia. Legislative Assembly. <i>Debates of the Legislative Assembly</i> , 5th Sess., 37th Parl., May 18, 2004, p. 11193.	405
British Columbia. Ministry of Attorney General, Criminal Justice Branch. <i>Crown Counsel Policy Manual</i> , “Direct Indictment”, November 22, 2004 (online: http://www.llbc.leg.bc.ca/public/PubDocs/bcdocs/411866/Crown_Counsel_policy_manual.pdf).	450
Brown, Donald J. M., and John M. Evans. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2008).	413

Bryan, Penelope Eileen. "Women's Freedom to Contract at Divorce: A Mask for Contextual Coercion" (1999), 47 <i>Buff. L. Rev.</i> 1153.	311
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 2 octobre 2001 (en ligne : http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=%20652651&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F). ...	475
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , n ^o 26, 2 ^e sess., 28 ^e lég., 7 mai 1970, p. 25-26.	366
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. I, 1 ^{re} sess., 30 ^e lég., 21 octobre 1974, p. 557, 558.	252
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. II, 4 ^e sess., 21 ^e lég., 16 mars 1951, p. 1380.	264
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 133, 1 ^{re} sess., 35 ^e lég., 30 octobre 1995, p. 15978.	771
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 137, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 23 avril 2001, p. 2952, 2955, 2956.	774
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 137, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 3 mai 2001, p. 3583.	475
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 137, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 29 mai 2001, p. 4314.	463
Canada. Comité du ministère du Solliciteur général sur les propositions formulées en remplacement de la Loi sur les jeunes délinquants. <i>Loi sur les Jeunes qui ont des démêlés avec la Justice</i> . Ottawa : Ministère du Solliciteur général, 1975.	444
Canada. Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles. <i>Délibérations du comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles</i> , fascicule n ^o 68, 1 ^{re} sess., 35 ^e lég., 30 novembre 1995, p. 68:4, 68:6.	688
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 62. <i>Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne</i> . Ottawa : La Commission, 1990.	448
Canada. Commission de réforme du droit. Section de recherche sur le droit de la preuve. Document préliminaire n ^o 11. <i>Corroboration</i> . Ottawa : La Commission, 1975.	132
Canada. Department of Justice. <i>A Strategy for the Renewal of Youth Justice</i> . Ottawa: The Department, 1998.	461
Canada. Department of Justice. Public Prosecution Service. <i>The Federal Prosecution Service Deskbook</i> , Part V, c. 17, "Direct Indictments", 2000 (update October 2005) (online: http://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/fps-sfp/fpd/ch17.html).	449
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. I, 1st Sess., 30th Parl., October 21, 1974, p. 558.	252
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. II, 4th Sess., 21st Parl., March 16, 1951, p. 1352.	264
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., October 30, 1995, p. 15978.	771
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., April 23, 2001, pp. 2952, 2955, 2956.	774

Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001, p. 3583.	475
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., May 29, 2001, p. 4314.	463
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , 1st Sess., 37th Parl., October 2, 2001 (online: http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=%20652651&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=E).	475
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , No. 26, 2nd Sess., 28th Parl., May 7, 1970, pp. 25-26.	366
Canada. Law Reform Commission. Law of Evidence Project. Study Paper No. 11. <i>Corroboration</i> . Ottawa: The Commission, 1975.	132
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 62. <i>Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor</i> . Ottawa: The Commission, 1990.	448
Canada. Ministère de la Justice. Service des poursuites pénales. <i>Guide du Service fédéral des poursuites</i> , partie V, ch. 17, « La mise en accusation directe », 2000 (mise à jour octobre 2005) (en ligne : http://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/sfp-fps/fpd/ch17.html).	449
Canada. Ministère de la Justice. <i>Stratégie de renouvellement du système de justice pour les jeunes</i> . Ottawa : Le Ministère, 1998.	461
Canada. Solicitor General's Committee on Proposals for new legislation to replace the Juvenile Delinquents Act. <i>Young Persons in Conflict with the Law</i> . Ottawa: Ministry of the Solicitor General, 1975.	444
Canada. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> , Issue No. 68, 1st Sess., 35th Parl., November 30, 1995, pp. 68:4, 68:6.	688
Charney, Richard J., and Thomas E. F. Brady. <i>Judicial Review in Labour Law</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated 2008, release 11).	388
Colombie-Britannique. Ministry of Attorney General, Criminal Justice Branch. <i>Crown Counsel Policy Manual</i> , « Direct Indictment », November 22, 2004 (online : http://www.llbc.leg.bc.ca/public/PubDocs/bcdocs/411866/Crown_Counsel_policy_manual.pdf).	450
Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. <i>Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada — Stratégie du droit commercial</i> . Ottawa : La Conférence, 2005 (feuilles mobiles mises à jour 2008).	331
Cory, Peter deCarteret. <i>The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation</i> . Winnipeg: Manitoba Justice, 2001.	114, 139
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 3 ^e éd. Montréal : Thémis, 1999.	368
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	368
Crawford, Bradley. <i>Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada</i> , 8th ed., vol. 1. Toronto: Canada Law Book, 1986.	536
Crawford, Bradley. <i>Payment, Clearing and Settlement in Canada</i> , vol. 1, <i>Policies, Institutions and Systems</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2002.	532
Dicey, Albert Venn. <i>Introduction to the Study of the Law of the Constitution</i> , 10th ed. London: Macmillan, 1959.	394

	PAGE
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	795
Dufraimont, Lisa. "Regulating Unreliable Evidence: Can Evidence Rules Guide Juries and Prevent Wrongful Convictions?" (2008), 33 <i>Queen's L.J.</i> 261.	139
Dyzenhaus, David. "Disobeying Parliament? Privative Clauses and the Rule of Law", in Richard W. Bauman and Tsvi Kahana, eds., <i>The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State</i> . New York: Cambridge University Press, 2006, 499.	388
Elliott, D. W. "Cut Throat Tactics: the freedom of an accused to prejudice a co-accused", [1991] <i>Crim. L. Rev.</i> 5.	454
Fraser, Peter, John W. Horn, and Susan A. Griffin. <i>The Conduct of Civil Litigation in British Columbia</i> , vol. 2, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2007 (loose-leaf ed. updated May 2008, release 2). ...	318
Fridman, G. H. L. <i>Restitution</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.	535
Fuller, Lon L. <i>The Morality of Law</i> , rev. ed. New Haven: Yale University Press, 1969.	394
Gallant, Michelle. " <i>Ontario (Attorney General) v. \$29,020 in Canadian Currency: A Comment on Proceeds of Crime and Provincial Forfeiture Laws</i> " (2006), 52 <i>Crim. L.Q.</i> 64.	653
Geva, Benjamin. "Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — <i>Boma v. CIBC</i> " (1997), 28 <i>Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.</i> 177.	538
Geva, Benjamin. "Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects: Panel Discussion" (1981-1982), 6 <i>Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.</i> 269.	524
Glasson, E. <i>Histoire du droit et des institutions de la France</i> , t. 6. Paris : F. Pichon, 1895.	111
Glenn, H. Patrick. « Droit international privé », dans <i>La réforme du Code civil</i> , t. 3, <i>Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires</i> . Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 669.	565
Goff of Chieveley, Lord, and Gareth Jones. <i>The Law of Restitution</i> , 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2002.	535
Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. <i>Droit international privé</i> , t. I, <i>Théorie générale</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.	563
Goode, R. M. "The Right to Trace and its Impact in Commercial Transactions — I" (1976), 92 <i>L.Q. Rev.</i> 360.	544
<i>Grand Robert de la langue française</i> , 2 ^e éd. augm., t. 4. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2001, « litige ». ..	576
Hall, Geoff R. <i>Canadian Contractual Interpretation Law</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.	530
Harris, Nikos. " <i>Vetrovec</i> Cautions and Confirmatory Evidence: A Necessarily Complex Relationship" (2005), 31 <i>C.R.</i> (6th) 216.	123, 134
Harris, Peter J., and Miriam H. Bloomenfeld. <i>Youth Criminal Justice Act Manual</i> , vol. 2, Part Ten: Adult Sentence Hearing Cases. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003.	459
Helmholz, R. H. "Magna Carta and the <i>ius commune</i> " (1999), 66 <i>U. Chi. L. Rev.</i> 297.	111
Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. <i>McWilliams' Canadian Criminal Evidence</i> , 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2008, release 10).	136
Klinck, Dennis R. "'Two Distincts, Division None': Tracing Money into (and out of) Mixed Accounts" (1988), 2 <i>B.F.L.R.</i> 147.	541
Krishna, Vern. <i>The Fundamentals of Canadian Income Tax</i> , 9th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2006. ..	21, 53

Lamer, Antonio. <i>A Tribute to Chief Justice Dickson</i> . Address to the Annual Convention of the Criminal Lawyers' Association (December 1989), <i>Ontario Criminal Lawyers' Association Newsletter</i> , vol. 10, No. 4, p. 13.	132
Lange, Donald J. <i>The Doctrine of Res Judicata in Canada</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004.	318
Liston, Mary. "Governments in Miniature: The Rule of Law in the Administrative State", in C. M. Flood and L. Sossin, eds., <i>Administrative Law in Context</i> . Toronto: Emond Montgomery, 2008, 77.	389
Martin, Craig. "Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law" (1998), 56 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 135.	311
MacFarlane, Bruce, and Judith Webster, "Preferred Indictments". In Vincent M. Del Buono, ed., <i>Criminal Procedure in Canada: Studies</i> . Toronto: Butterworths, 1982, 319.	448
MacFarlane, Bruce, et Judith Webster, « L'inculpation directe ». Dans Vincent M. Del Buono, dir., <i>Procédure pénale au Canada</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 1983, 369.	448
Macklin, Audrey. "Standard of Review: The Pragmatic and Functional Test", in C. M. Flood and L. Sossin, eds., <i>Administrative Law in Context</i> . Toronto: Emond Montgomery, 2008, 197.	388
Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. <i>The Law of Restitution</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2008, release 4).	521
Manitoba. Department of Justice, Prosecutions. <i>Crown Policy Manual</i> , Policy Directive, Guideline No. 2:DIR:1, "Direct Indictments", March 2008.	450
Manitoba. Ministère de la Justice, poursuites. <i>Crown Policy Manual</i> , Policy Directive, Guideline No. 2:DIR:1, « Direct Indictments », March 2008.	450
Manitoba. <i>Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell</i> . Winnipeg: Department of Justice 2007.	139
Martin, G. Arthur, and Joseph W. Irving. <i>G. Arthur Martin: Essays on Aspects of Criminal Practice</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.	442
McCamus, John D. "Equitable Compensation and Restitutionary Remedies: Recent Developments" in <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1995: Law of Remedies</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, 295.	319
McCamus, John D. <i>The Law of Contracts</i> . Toronto: Irwin Law, 2005.	319
Neave, Marcia. "Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law'" (1994), 44 <i>U.T.L.J.</i> 97.	311
<i>McCormick on Evidence</i> , vol. 1, 6th ed. By Kenneth S. Broun, General Editor. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2006.	755
McDonnell, Thomas E. "The Relevance of 'Overall Purpose' in a GAAR Analysis" (2007), 55 <i>Can. Tax J./Rev. fisc. can.</i> 720.	44
Millett, Peter J. "Tracing the Proceeds of Fraud" (1991), 107 <i>L.Q. Rev.</i> 71.	544
Mullan, David. " <i>Dunsmuir v. New Brunswick</i> , Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let's Try Again!" (2008), 21 <i>C.J.A.L.P.</i> 117.	397
Mullan, David J. "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 <i>C.J.A.L.P.</i> 59.	362

	PAGE
New Brunswick. Ministry of the Attorney General, Public Prosecutions. <i>Public Prosecution Services Operational Manual</i> , DPP Guideline 16, “Direct Indictment”, March 10, 2003 (online: http://www.gnb.ca/0227/PPOM/PDF/Direct%20Indictments_DPP16.pdf).	449
Newfoundland and Labrador. Department of Justice. <i>Guide Book of Policies and Procedures for the Conduct of Criminal Prosecutions in Newfoundland and Labrador</i> , “Direct Indictments”, October 1, 2007 (online: http://www.justice.gov.nl.ca/just/prosect/guidebook/019.pdf).	449
Newfoundland and Labrador. <i>The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes</i> . St. John’s: Government of Newfoundland and Labrador, 2006.	139
Nouveau-Brunswick. Ministère du Procureur général, Poursuites publiques. <i>Manuel pratique des services des poursuites publiques</i> , Ligne directrice du DPP 16, « Mise en accusation directe », 10 mars 2003 (en ligne : http://www.gnb.ca/0227/PPOM/PDF/Mises%20en%20accusation%20directes_DPP16.pdf). .	449
Ogilvie, M. H. <i>Bank and Customer Law in Canada</i> . Toronto: Irwin Law, 2007.	520
Ontario. Ministère du Procureur général. <i>La confiscation de biens au civil en Ontario – 2007 : Le point sur la Loi de 2001 sur les recours civils</i> , 2007.	641
Ontario. Ministère du Procureur général. « <i>Loi augmentant la sévérité des peines imposées aux jeunes contrevenants</i> » : <i>Protéger le public et faire répondre les jeunes contrevenants de leurs actes</i> . Toronto : Ministère du Procureur général, 2001.	462
Ontario. Ministry of the Attorney General. <i>Civil Forfeiture in Ontario 2007: An Update on the Civil Remedies Act, 2001</i> , 2007.	641
Ontario. Ministry of the Attorney General. “ <i>No-More-Free-Ride for Young Offenders Act</i> ”: <i>Protecting the Public and Holding Young Offenders Accountable</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 2001.	462
Ontario. Ministry of the Attorney General, Criminal Law Division. Practice Memorandum, “Direct Indictments”, September 28, 2005, incorporated in <i>Crown Policy Manual</i> , PM [2005] No. 31, March 31, 2006.	449
Ontario. <i>Rapport de la Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin</i> (Rapport Kaufman). Toronto : Ministère du Procureur général, 1998.	114, 139
Ontario. <i>Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions</i> . Toronto: The Committee, 1993.	82
Ontario. <i>Report of the Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin</i> (Kaufman Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.	114, 139
Ontario. <i>Review and Recommendations Concerning Various Aspects of Police Misconduct</i> , vol. I. Toronto: Toronto Police Service, 2003 (online: http://www.torontopolice.on.ca/publications/files/reports/ferguson1.pdf).	99
Paciocco, David M. “Filling the Seam between <i>Stinchcombe</i> and <i>O’Connor</i> : The ‘ <i>McNeil</i> ’ Disclosure Application” (2007), 53 <i>Crim. L.Q.</i> 161.	93
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.	134
Platt, Priscilla. <i>Young Offenders Law in Canada</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1995.	459
Pomerant, David, and Glenn Gilmour. Working Document. <i>A Survey of the Preliminary Inquiry in Canada</i> . Ottawa: Department of Justice Canada, 1993.	442
Pomerant, David, et Glenn Gilmour. Document de travail. <i>Étude de l’enquête préliminaire au Canada</i> . Ottawa : Ministère de la Justice Canada, 1993.	442

Québec. Directeur des poursuites criminelles et pénales. Directive n ^o ACC-2, « Accusation — Acte d'accusation direct et nouvelle dénonciation », 1987 (actualisée mars 2007) (en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/FRANCAIS/themes/prof/juristes/pdf/ACC-2.pdf).	449
Quigley, Tim. <i>Procedure in Canadian Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2008, release 2).	457
Raz, Joseph. <i>The Authority of Law: Essays on Law and Morality</i> . Oxford: Clarendon, 1979.	394
Reid, Hubert. <i>Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français</i> , 3 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2004, « litige ».	576
Roberts, Paul, and Adrian Zuckerman. <i>Criminal Evidence</i> . Oxford: University Press, 2004.	111
Rosenberg, Marc. “Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term — Applying the Rules” (1994), 5 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 421.	121
Royer, Jean-Claude. <i>La preuve civile</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.	575
Ruby, Clayton C. <i>Sentencing</i> , 7th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.	778
Saskatchewan. Department of Justice, Public Prosecutions. <i>Policy Manual</i> , Policy and Practice Directive DIR1, “Direct Indictments”, June 1994.	450
Saumier, Geneviève. “The Recognition of Foreign Judgments in Quebec — The Mirror Crack’d?” (2002), 81 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 677.	567
Saunders, Brian J., et al. <i>Federal Courts Practice 2009</i> . Toronto: Thomson Carswell, 2008.	373, 410
Scott, Stephen A. “Comment on Benjamin Geva’s Paper: ‘Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects: Panel Discussion’” (1981-1982), 6 <i>Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.</i> 331.	524
Scott, Stephen A. “The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History” (1973), 19 <i>McGill L.J.</i> 78.	528
Seniuk, Gerald T. G. “Judicial Fact-Finding and a Theory of Credit” (1992), 56 <i>Sask. L. Rev.</i> 79.	136, 142
Seniuk, Gerald T. G. “Liars, Scoundrels and the Search for Truth” (2000), 30 <i>C.R.</i> (5th) 244.	136
Sgayias, David, et al. <i>Federal Court Practice 1998</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.	412
Shaffer, Martha, and Carol Rogerson. “Contracting Spousal Support: Thinking Through <i>Miglin</i> ” (2003-2004), 21 <i>C.F.L.Q.</i> 49.	310
Smith, Lionel D. <i>The Law of Tracing</i> . Oxford: Clarendon Press, 1997.	541
Sossin, Lorne. “Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law” (2003), 27 <i>Advocates’ Q.</i> 478.	396
Stuart, D. Annotation to <i>R. v. Kehler</i> (2004), 19 <i>C.R.</i> (6th) 49.	134
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.	401
Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. “ <i>If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?</i> ” <i>Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec–United States Crossborder Litigation</i> . Montréal: Thémis, 2001.	567
Terre-Neuve-et-Labrador. Ministère de la Justice. <i>Guide Book of Policies and Procedures for the Conduct of Criminal Prosecutions in Newfoundland and Labrador</i> , « Direct Indictments », October 1, 2007 (online : http://www.justice.gov.nl.ca/just/prosect/guidebook/019.pdf).	449
Terre-Neuve-et-Labrador. <i>The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to : Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken : Report and Annexes</i> . St. John’s : Government of Newfoundland and Labrador, 2006.	139

	PAGE
Thivierge, Manon. « GAAR Redux : After Canada Trustco », dans <i>Report of Proceedings of the Fifty-Eighth Tax Conference</i> . Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 2007, 4:1.	44
Thivierge, Manon. "GAAR Redux: After Canada Trustco", in <i>Report of Proceedings of the Fifty-Eighth Tax Conference</i> . Toronto: Canadian Tax Foundation, 2007, 4:1.	44
Tustin, Lee, and Robert E. Lutes. <i>A Guide to the Youth Criminal Justice Act</i> , 2006 ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005.	463
Ulph, Janet. "Retaining Proprietary Rights at Common Law Through Mixtures and Changes", [2001] <i>L.M.C.L.Q.</i> 449.	545
Uniform Law Conference of Canada. <i>Uniform Law Conference of Canada — Commercial Law Strategy</i> . Ottawa: The Conference, 2005 (loose-leaf updated 2008).	331
Waddams, S. M. <i>The Law of Contracts</i> , 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2005.	319
Wakeling, Audrey A. <i>Corroboration in Canadian Law</i> . Toronto: Carswell Co., 1977.	138
Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. <i>Waters' Law of Trusts in Canada</i> , 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.	245
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 7. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1978.	111, 142
Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. <i>Commercial and Consumer Transactions: Cases, Text and Materials</i> , 3rd ed., vol. II, <i>Negotiable Instruments and Banking</i> by Benjamin Geva. Toronto: Emond-Montgomery, 1995.	524
Ziff, Bruce. <i>Principles of Property Law</i> , 2nd ed. Toronto: Thomson/Carswell, 1996.	603
Zuckerman, A. A. S. "Corroboration: Judicial Reform in Canada" (1984), 4 <i>Oxford J. Legal Stud.</i> 147.	134

Russell Stephen Patrick *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, Canadian Civil Liberties Association and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: R. v. PATRICK

Neutral citation: 2009 SCC 17.

File No.: 32354.

2008: October 10; 2009: April 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Privacy interest — Abandonment — Police taking garbage bags placed for collection at edge of accused's property without warrant — Whether police breached accused's right to be free from unreasonable search and seizure — Whether accused abandoned his privacy interest in contents of garbage bags when he placed them at edge of his property for collection — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

The police suspected that P was operating an ecstasy lab in his home. On several occasions, they seized bags of garbage that P had placed for collection at the rear of his property adjacent to a public alleyway. The police did not have to step onto P's property to retrieve the bags but they did have to reach through the airspace over his property line. The police used evidence of criminal activity taken from the contents of P's garbage to obtain a warrant to search P's house and garage. More evidence was seized during the search. At his trial, P argued that the taking of his garbage bags by the police constituted a breach of his right guaranteed by s. 8 of the *Canadian*

Russell Stephen Patrick *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, Association canadienne des libertés civiles et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. PATRICK

Référence neutre : 2009 CSC 17.

N° du greffe : 32354.

2008 : 10 octobre; 2009 : 9 avril.

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'ALBERTA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie — Droit au respect de la vie privée — Abandon — Prise sans mandat par des policiers de sacs d'ordures déposés par l'accusé à la limite de sa propriété — Les policiers ont-ils violé le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — L'accusé a-t-il renoncé à son droit au respect de sa vie privée à l'égard du contenu des sacs d'ordures lorsqu'il les a déposés à la limite de sa propriété en vue de leur ramassage? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Les policiers soupçonnaient P d'exploiter un laboratoire d'ecstasy dans sa maison. À plusieurs reprises, ils ont pris des sacs d'ordures que P avait déposés, en vue de leur ramassage, à l'arrière de sa maison, qui est contiguë à une ruelle. Les policiers n'ont pas eu à pénétrer sur la propriété de P pour s'emparer des sacs, mais ils ont toutefois dû allonger les bras au-dessus des limites de sa propriété pour le faire. Les policiers ont utilisé des éléments de preuve d'activités criminelles trouvés dans le contenu des ordures de P pour obtenir un mandat les autorisant à perquisitionner dans la maison et le garage de ce dernier. Des éléments de preuve additionnels ont

Charter of Rights and Freedoms to be free from unreasonable search and seizure. The trial judge held that P did not have a reasonable expectation of privacy in the items taken from his garbage and, therefore, the seizure of the garbage bags, the search warrant and the search of P's dwelling were lawful. He admitted the evidence and convicted P of unlawfully producing, possessing and trafficking in a controlled substance. A majority of the Court of Appeal upheld the convictions.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Charron and Rothstein JJ.: The police did not breach P's right to be free from unreasonable search and seizure. When P's conduct is assessed objectively, he abandoned his privacy interest when he placed his garbage for collection at the rear of his property where it was accessible to any passing member of the public. P did everything required to rid himself of the items taken as evidence. His conduct was incompatible with any reasonable expectation of confidentiality. Neither the search of the contents of P's garbage nor the subsequent search of P's dwelling breached s. 8 of the *Charter*. The evidence seized in both searches was admissible at P's trial. [2] [12-13] [73]

To describe something as "garbage" tends to presuppose the point in issue, namely whether P had any continuing privacy interest in it. It seems that while he had no further interest in physical possession, he had a continuing interest (viewed subjectively) in keeping private the information embedded in the contents. In such a case, however, the question becomes whether he so dealt with the items put out for collection in such a way as to forfeit any reasonable expectation (objectively speaking) of keeping the contents confidential, i.e. whether there had been abandonment. [13]

Expectation of privacy is a normative standard. Privacy analysis is laden with value judgments which are made from the independent perspective of the reasonable and informed person who is concerned about

été saisi durant la perquisition. Au procès, P a plaidé que la prise de ses sacs d'ordures par les policiers constituait une violation du droit contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives que lui garantit l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a conclu que P n'avait pas une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des objets pris dans ses ordures et, par conséquent, que la saisie des sacs d'ordures, le mandat de perquisition et la perquisition de l'habitation de P étaient valides. Le juge a admis les éléments de preuve et déclaré P coupable de production, de possession et de trafic illicites d'une substance désignée. La Cour d'appel a, à la majorité, confirmé les déclarations de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Charron et Rothstein : Les policiers n'ont pas violé le droit de P à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Si l'on apprécie objectivement la conduite de P, celui-ci a renoncé à son droit au respect de sa vie privée quand il a déposé ses ordures en vue de leur ramassage à l'arrière de sa propriété, à un endroit où tout passant avait accès aux ordures en question. P avait accompli tous les gestes nécessaires afin de se défaire des objets qui ont été recueillis comme éléments de preuve. Ces gestes étaient incompatibles avec toute attente en matière de respect de la confidentialité. Ni la fouille du contenu des ordures de P ni la perquisition subséquente de sa maison d'habitation n'ont contrevenu à l'art. 8 de la *Charte*. Les éléments de preuve saisis à ces deux occasions étaient admissibles au procès de P. [2] [12-13] [73]

En qualifiant des choses d'« ordures », on tend à pré-supposer la réponse à la question en litige, soit celle de savoir si P conservait un droit au respect de sa vie privée, de son intimité, relativement à ces choses. Il semble que, bien qu'il ait cessé de se soucier de la possession physique des choses en question, il continuait (attente considérée subjectivement) de tenir à la préservation de la confidentialité des renseignements qu'elles contenaient. Vu cette situation, il faut alors se demander si, eu égard à la façon dont P a agi à l'égard des objets qui avaient été sortis en vue de leur ramassage par les éboueurs, il a renoncé à toute attente raisonnable (objectivement parlant) quant à la préservation de la confidentialité de ces objets, c'est-à-dire s'il y a eu abandon. [13]

L'attente en matière de respect de la vie privée est de nature normative. L'analyse du droit au respect de la vie privée abonde en jugements de valeur énoncés du point de vue indépendant de la personne raisonnable et bien

the long-term consequences of government action for the protection of privacy. [14]

In assessing the reasonableness of a claimed privacy interest, the Court is to look at the “totality of the circumstances”, and this is so whether the claim involves aspects of personal privacy, territorial privacy, or informational privacy. Frequently the claimant will assert overlapping interests. The assessment always requires close attention to context and first involves an analysis of the nature or subject matter of the evidence in issue. Here both P and the police rightly regarded the subject matter to be information about what was going on inside his home. The court must then consider whether the claimant had a direct interest in the evidence and a subjective expectation of privacy in its informational content. The “reasonableness” of that belief in the totality of the circumstances of a particular case is to be tested only at the second objective branch of the privacy analysis. [26-27] [36-37]

Abandonment is a conclusion inferred from the conduct of the individual claiming the s. 8 right that he or she had ceased to have a reasonable expectation of privacy with regard to it at the time it was taken by the police or other state authority. Being an inference from the claimant’s own conduct, a finding of abandonment must relate to something done or not done by that individual, and not to anything done or not done by the garbage collectors, the police or anyone else involved in the subsequent collection and treatment of the “bag of information”. [22] [54]

The reasonableness of an expectation of privacy varies with the nature of the matter sought to be protected, the circumstances in which and the place where state intrusion occurs, and the purposes of the intrusion. In this case, P’s garbage was put out for collection in the customary location for removal at or near his property line and there was no manifestation of a continuing assertion of privacy or control. Territorial privacy is implicated in this case because the police reached across P’s property line to seize the bags; however, the physical intrusion by the police was relatively peripheral and, viewed in context, is better seen as pertaining to a claim of informational privacy. P’s concern was with the concealed contents of the garbage bags

informée, qui se soucie des conséquences à long terme des actions gouvernementales sur la protection de ce droit. [14]

Le tribunal appelé à apprécier le caractère raisonnable de la revendication d’un droit au respect de la vie privée doit considérer l’« ensemble des circonstances », et ce, que la revendication en question comporte des aspects touchant à l’intimité personnelle, à l’intimité territoriale ou à l’intimité informationnelle. Dans bien des cas, les droits revendiqués se chevaucheront. L’appréciation requiert toujours un examen attentif du contexte et porte d’abord sur l’objet ou la nature des éléments de preuve en cause. En l’espèce, P et les policiers considéraient à juste titre que l’objet des éléments de preuve était les renseignements concernant les activités qui se déroulaient à l’intérieur de la maison de P. Le tribunal doit ensuite se demander si l’intéressé possédait un droit direct à l’égard de l’élément de preuve et une attente subjective en matière de respect de sa vie privée relativement au contenu informationnel de cet élément. Le « caractère raisonnable » de cette attente, eu égard à l’ensemble des circonstances d’une affaire donnée, est examiné seulement dans le cadre du second volet de l’analyse sur le droit au respect de la vie privée, qui porte sur l’aspect objectif. [26-27] [36-37]

Le tribunal conclut qu’il y a eu abandon lorsqu’il juge, eu égard à la conduite de la personne invoquant le droit garanti par l’art. 8, que cette personne avait cessé d’avoir une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard de l’élément en cause au moment où celui-ci a été pris la police ou une autre émanation de l’État. Comme l’abandon est une conclusion tirée du comportement de la personne même qui revendique le droit, cette conclusion doit se rattacher au comportement de cette personne et non aux gestes qu’ont faits ou n’ont pas faits les éboueurs, les policiers ou toute personne participant au ramassage ultérieur et au traitement du « sac d’informations ». [22] [54]

Le caractère raisonnable de l’attente en matière de respect de la vie privée varie selon la nature de l’élément à l’égard duquel la protection est revendiquée, le lieu et les circonstances de l’intrusion de l’État, ainsi que l’objet de cette intrusion. En l’espèce, les ordures de P ont été déposées à l’endroit habituel à la limite de la propriété ou à proximité de celle-ci, en vue de leur ramassage, et aucun signe n’indiquait le maintien du contrôle sur les ordures ou de l’affirmation d’un droit au respect de la vie privée à leur égard. L’intimité territoriale est en cause dans le présent pourvoi parce que les policiers ont étendu les bras au-dessus de la limite de la propriété de P pour saisir les sacs; toutefois, l’intrusion physique de la police avait un caractère relativement périphérique

which, unlike the bags, were clearly not in public view. [38-41] [45] [53]

Objectively speaking, P abandoned his privacy interest in the information when he placed the garbage bags for collection at the back of his property adjacent to the lot line. He had done everything required of him to commit the bags to the municipal collection system. The bags were unprotected and within easy reach of anyone walking by in the public alleyway, including street people, bottle pickers, urban foragers, nosy neighbours and mischievous children, not to mention dogs and assorted wildlife, as well as the garbage collectors and the police. However, until garbage is placed at or within reach of the lot line, the householder retains an element of control over its disposition. It could not be said to have been unequivocally abandoned if it is placed on a porch or in a garage or within the immediate vicinity of a dwelling. Abandonment in this case is a function both of location and P's intention. [55] [62]

Since P had abandoned his garbage before it was seized by the police, he had no subsisting privacy interest at the time it was seized. The police conduct was objectively reasonable. P's lifestyle and biographical information was exposed, but the effective cause of the exposure was the act of abandonment by P, not an intrusion by the police into a subsisting privacy interest. [69-71]

Per Abella J.: Concurring in the conclusion that no *Charter* violation occurred, but disagreeing with the characterization of the privacy issues at stake. The home is the most private of places. Personal information emanating from the home that has been transformed into household waste is entitled to protection from indiscriminate state intrusion. Household waste left for garbage disposal is "abandoned" for a specific purpose — so that garbage will reach the waste disposal system. What has not been abandoned is the homeowner's privacy interest attaching to personal information. Individuals do not intend that this information, such as medical or financial information, will be generally accessible to public scrutiny, let alone to the state. [77] [79] [85] [89]

et, prise dans son contexte, il est préférable de la considérer comme un aspect d'une revendication portant sur l'intimité informationnelle. Ce qui intéressait P c'était le contenu dissimulé à l'intérieur des sacs d'ordures, contenu qui, contrairement aux sacs eux-mêmes, n'était manifestement pas à la vue du public. [38-41] [45] [53]

Objectivement parlant, P a renoncé à son droit au respect de sa vie privée à l'égard des renseignements en cause au moment où il a déposé les sacs d'ordures en vue de leur ramassage à l'arrière de sa propriété, à la limite du terrain. Il avait fait tout ce qu'il fallait pour confier ses ordures au système municipal de ramassage. Les sacs n'étaient pas protégés et ils se trouvaient à la portée de quiconque circulait dans la ruelle, notamment les sans-abri, les ramasseurs de bouteilles, les fouilleurs de poubelles, les voisins fouineurs et les galopins, sans oublier les chiens et autres animaux, ainsi que les éboueurs et les policiers. Toutefois, jusqu'au moment où les ordures sont placées à la limite du terrain ou à la portée de quelqu'un se trouvant à cette limite, l'occupant conserve une part de contrôle sur la façon dont il en sera disposé. On ne saurait dire qu'il les a abandonnées de façon certaine si elles se trouvent sur une galerie, dans un garage ou à proximité immédiate de la résidence. En l'espèce, l'abandon est fonction à la fois du lieu et de l'intention de P. [55] [62]

Comme P avait abandonné ses ordures avant qu'elles soient saisies par la police, il n'avait plus aucun droit au respect de sa vie privée à leur égard lors de la saisie. La conduite des policiers était objectivement raisonnable. Des détails sur le mode de vie et des renseignements d'ordre biographique de P ont été révélés, mais la cause véritable de leur découverte réside dans l'acte d'abandon de P, et non dans une atteinte de la part des policiers à un droit subsistant au respect de la vie privée. [69-71]

La juge Abella : Il y a accord avec la conclusion qu'il n'y a pas eu violation de la *Charte* mais désaccord avec la qualification des questions en litige relativement au respect de la vie privée. La maison d'une personne est le lieu privé par excellence. Des renseignements personnels provenant de la maison et devenus des ordures ménagères doivent être protégés contre les intrusions aléatoires de l'État. Les ordures ménagères déposées en vue de leur ramassage sont « abandonnées » dans un but précis — pour qu'elles soient prises en charge par le système d'élimination des ordures. Ce qui n'est pas abandonné, c'est le droit du propriétaire de la maison au respect de sa vie privée à l'égard des renseignements personnels. Les gens n'entendent pas que ces renseignements, par exemple des données médicales ou financières, puissent être examinés par le public en général, et encore moins par l'État. [77] [79] [85] [89]

The fact that what is at issue is waste left out for collection, however, argues for a diminished expectation of privacy. But the state should have at least a reasonable suspicion that a criminal offence has been or is likely to be committed before conducting a search. In this case, the evidence amply supported such a suspicion. [77] [90-91]

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; **explained:** *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; **distinguished:** *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; **not followed:** *R. v. Andrews*, [2005] J.Q. n° 8595 (QL); **referred to:** *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *R. v. Kennedy*, [1992] O.J. No. 1163 (QL), aff'd (1996), 95 O.A.C. 321 (*sub nom. R. v. Joyce and Kennedy*); *R. v. Papadopoulos*, [2006] O.J. No. 5407 (QL); *R. v. Paul* (2004), 117 C.R.R. (2d) 319; *R. v. Briere*, [2004] O.J. No. 5611 (QL); *R. v. Marini*, [2005] O.J. No. 6197 (QL); *R. v. Rodney*, [1990] 2 S.C.R. 687; *R. v. Sherratt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 237, aff'd [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Kinkead*, [1999] O.J. No. 1458 (QL), aff'd (2003), 67 O.R. (3d) 57; *R. v. Love* (1995), 102 C.C.C. (3d) 393; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227; *R. v. Kang-Brown*, 2006 ABCA 199, 210 C.C.C. (3d) 317, rev'd 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *Lacroix v. The Queen*, [1954] Ex. C.R. 69; *Dahlberg v. Naydiuk* (1969), 10 D.L.R. (3d) 319; *Lewvest Ltd. v. Scotia Towers Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 239; *Anchor Brewhouse Developments Ltd. v. Berkley House (Docklands Developments) Ltd.*, [1987] 2 E.G.L.R. 173; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Krist* (1995), 100 C.C.C. (3d) 58; *R. v. Taylor*, [1984] B.C.J. No. 176 (QL); *R. v. Tam*, [1993] B.C.J. No. 781 (QL); *R. v. Allard*, 2006 QCCQ 3080, [2006] J.Q. n° 3377 (QL); *R. v. Barrelet*, 2008 QCCS 3765, [2008] J.Q. n° 7991 (QL);

Toutefois, le fait qu'il soit question en l'espèce d'ordures ménagères déposées en vue de leur ramassage milite en faveur de l'existence d'une attente réduite en matière de respect de la vie privée. Mais l'État devrait à tout le moins posséder des soupçons raisonnables qu'une infraction criminelle a été commise ou le sera vraisemblablement avant de procéder à une fouille. Dans la présente affaire, la preuve étayait amplement de tels soupçons. [77] [90-91]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; **arrêts expliqués :** *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; **distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; **arrêt non suivi :** *R. c. Andrews*, [2005] J.Q. n° 8595 (QL); **arrêts mentionnés :** *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *R. c. Kennedy*, [1992] O.J. No. 1163 (QL), conf. par (1996), 95 O.A.C. 321 (*sub nom. R. c. Joyce and Kennedy*); *R. c. Papadopoulos*, [2006] O.J. No. 5407 (QL); *R. c. Paul* (2004), 117 C.R.R. (2d) 319; *R. c. Briere*, [2004] O.J. No. 5611 (QL); *R. c. Marini*, [2005] O.J. No. 6197 (QL); *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687; *R. c. Sherratt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 237, conf. par [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Kinkead*, [1999] O.J. No. 1458 (QL), conf. par (2003), 67 O.R. (3d) 57; *R. c. Love* (1995), 102 C.C.C. (3d) 393; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227; *R. c. Kang-Brown*, 2006 ABCA 199, 210 C.C.C. (3d) 317, inf. par 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *Lacroix c. The Queen*, [1954] R.C. de l'É. 69; *Dahlberg c. Naydiuk* (1969), 10 D.L.R. (3d) 319; *Lewvest Ltd. c. Scotia Towers Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 239; *Anchor Brewhouse Developments Ltd. c. Berkley House (Docklands Developments) Ltd.*, [1987] 2 E.G.L.R. 173; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Krist* (1995), 100 C.C.C. (3d) 58; *R. c. Taylor*, [1984] B.C.J. No. 176 (QL); *R. c. Tam*, [1993] B.C.J. No. 781 (QL); *R. c. Allard*, 2006 QCCQ 3080, [2006] J.Q. n° 3377 (QL); *R. c.*

California v. Greenwood, 486 U.S. 35 (1988); *People v. Krivda*, 486 P.2d 1262 (1971); *State v. Morris*, 680 A.2d 90 (1996); *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30.

By Abella J.

Applied: *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; **referred to:** *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988); *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *Litchfield v. State*, 824 N.E.2d 356 (2005).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
City of Calgary, Bylaw No. 20M2001, *Waste Bylaw*, ss. 4, 19 [am. 38M2003].
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 5(1), (2), 7.

Authors Cited

Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 2nd ed. Toronto: Thomson/Carswell, 1996.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Conrad, Ritter and Watson JJ.A.), 2007 ABCA 308, 417 A.R. 276, 81 Alta. L.R. (4th) 212, [2008] 1 W.W.R. 600, 227 C.C.C. (3d) 525, 410 W.A.C. 276, 161 C.R.R. (2d) 159, [2007] A.J. No. 1130 (QL), 2007 CarswellAlta 1374, affirming the accused's convictions entered by Wilkins Prov. Ct. J., 2005 ABPC 242, 388 A.R. 202, [2005] A.J. No. 1527 (QL), 2005 CarswellAlta 1632. Appeal dismissed.

Jennifer Ruttan and Michael Bates, for the appellant.

Ronald C. Reimer, Paul Riley and Monique Dion, for the respondent.

Michal Fairburn, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Mary T. Ainslie, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Goran Tomljanovic, Q.C., for the intervener the Attorney General of Alberta.

Barrelet, 2008 QCCS 3765, [2008] J.Q. n° 7991 (QL); *California c. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988); *People c. Krivda*, 486 P.2d 1262 (1971); *State c. Morris*, 680 A.2d 90 (1996); *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30.

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; **arrêts mentionnés :** *California c. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988); *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *Litchfield c. State*, 824 N.E.2d 356 (2005).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(1), (2), 7.
Ville de Calgary, Règlement n° 20M2001, *Waste Bylaw*, art. 4, 19 [mod. 38M2003].

Doctrine citée

Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 2nd ed. Toronto : Thomson/Carswell, 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Conrad, Ritter et Watson), 2007 ABCA 308, 417 A.R. 276, 81 Alta. L.R. (4th) 212, [2008] 1 W.W.R. 600, 227 C.C.C. (3d) 525, 410 W.A.C. 276, 161 C.R.R. (2d) 159, [2007] A.J. No. 1130 (QL), 2007 CarswellAlta 1374, qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé par le juge Wilkins, 2005 ABPC 242, 388 A.R. 202, [2005] A.J. No. 1527 (QL), 2005 CarswellAlta 1632. Pourvoi rejeté.

Jennifer Ruttan et Michael Bates, pour l'appellant.

Ronald C. Reimer, Paul Riley et Monique Dion, pour l'intimée.

Michal Fairburn, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Mary T. Ainslie, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Goran Tomljanovic, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Jonathan C. Lisus and Alexi N. Wood, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Constance Baran-Gerez, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

[1] BINNIE J. — The appellant was convicted of unlawfully producing, possessing and trafficking in a controlled substance (Ecstasy) based in part on evidence gathered by the police from the appellant's garbage. The items of interest to the police, including drug-making paraphernalia, provided the primary basis for a search warrant of his dwelling. The appellant contends that the police inspection of his garbage amounted to a search and seizure and was unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Further, he says the evidence taken from the garbage, and other evidence obtained under the subsequent search warrant, should be excluded on the basis that its admission would bring the administration of justice into disrepute.

[2] In my view, the appellant's initial privacy interest in the evidence was abandoned when he placed the bags for collection as garbage from a stand indented in the back fence of his Calgary home adjacent to a public alleyway, to which any passing member of the public had ready access. The police had no greater access in this regard than the public, but their access was no less. At that point, the appellant had done everything required to rid himself of the contents, including whatever private information was embedded therein, and this conduct, I believe, was inconsistent with the continued assertion of a constitutionally protected privacy interest. I would therefore dismiss the appeal.

Jonathan C. Lisus et Alexi N. Wood, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Constance Baran-Gerez, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Fish, Charron et Rothstein rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — L'appellant a été déclaré coupable de production, de possession et de trafic illicites d'une substance désignée (ecstasy), en partie à cause d'éléments de preuve recueillis par la police dans ses ordures. Les objets qui présentaient un intérêt pour la police, notamment du matériel utilisé pour la fabrication de drogues, ont servi de fondement principal à un mandat de perquisition visant sa résidence. L'appellant soutient que l'inspection policière de ses ordures constituait une fouille, une perquisition et une saisie abusives visées à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il estime en outre que les éléments de preuve trouvés dans ses ordures, ainsi que d'autres recueillis grâce au mandat de perquisition subséquent, auraient dû être écartés au motif que leur utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[2] À mon avis, l'appelant a renoncé à son droit initial au respect de sa vie privée à l'égard des éléments de preuve quand il a déposé les sacs, pour la collecte des ordures, sur un support aménagé dans la clôture située à l'arrière de sa maison de Calgary et contiguë à une ruelle publique, support auquel tout passant avait aisément accès. Les policiers ne bénéficiaient pas à cet égard d'un accès plus grand que celui du public, mais leur accès n'était pas non plus moins grand. À ce stade, l'appelant avait accompli tous les gestes nécessaires afin de se défaire de ce que contenaient les sacs, y compris tout renseignement de nature privée s'y trouvant, et selon moi ces gestes étaient incompatibles avec le maintien de l'affirmation d'un droit au respect de sa vie privée garanti par la Constitution. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Facts

[3] Police investigators suspected that the appellant was operating an ecstasy lab in his home located in southeast Calgary. On several occasions, they grabbed bags located inside garbage cans placed on a stand (without lids) just inside his property line. The fence was located approximately 17 metres to the rear of his house, parallel to and contiguous to a back alleyway. It was constructed so that the garbage was visible from the alley but shielded from the sight of persons in the appellant's house or back garden. The stand did not have any doors. Nonetheless, the officers did have to reach through the airspace over the property line in order to retrieve the bags. The items seized by the police included torn-up papers containing chemical recipes and instructions, gloves, used duct tape, paper towel sheets, packaging for rubber gloves, packaging for a digital scale, a product card for a vacuum pump, a balloon, a receipt for muriatic acid and an empty clear plastic bag with residue inside. Some of the items bore a detectable odour of sassafras oil and some were found to be contaminated with ecstasy.

[4] The trial, which proceeded on the basis of an agreed Statement of Facts, consisted essentially of a *voir dire* to determine the admissibility of the evidence obtained from the garbage. The appellant contended that without the garbage the police would not have been able to obtain the warrant to search his home. The result, he says, is that the evidence was gathered in breach of his s. 8 rights. Given the seriousness of the breach, the admission of such evidence, he says, would bring the administration of justice into disrepute and it ought to have been excluded. As there then remained insufficient evidence upon which a properly instructed jury could convict, the appellant argued that he should be acquitted of all charges.

I. Faits

[3] Les enquêteurs de la police soupçonnaient l'appelant d'exploiter un laboratoire d'ecstasy dans sa maison située dans le sud-est de Calgary. À plusieurs reprises, ils ont pris des sacs dans des poubelles déposées (sans couvercle) sur un support installé juste à l'intérieur de la limite de la propriété. La clôture, érigée à une distance d'environ 17 mètres de l'arrière de sa maison, était parallèle et contiguë à la ruelle. Elle avait été construite de manière à ce que les ordures soient visibles de la ruelle, mais soustraites à la vue des personnes se trouvant dans la maison ou dans le jardin de l'appelant. Le support ne comportait aucune porte. Les policiers ont toutefois dû allonger les bras au-dessus de la limite de la propriété pour s'emparer des sacs. Parmi les articles saisis par la police se trouvaient des papiers déchirés contenant des recettes chimiques et des instructions, des gants, du ruban adhésif utilisé, des feuilles de papier essuie-tout, des emballages de gants en caoutchouc, l'emballage d'une balance numérique, la notice descriptive d'une pompe à vide, un ballon de laboratoire, le reçu d'achat d'acide muriatique et un sac en plastique transparent vide comportant des résidus à l'intérieur. On pouvait déceler une odeur d'essence de sassafras sur certains de ces articles et on a constaté la présence d'ecstasy sur quelques-uns d'entre eux.

[4] Le procès, qui a été instruit sur la base d'un exposé conjoint des faits, a consisté essentiellement en un *voir-dire* destiné à déterminer l'admissibilité des éléments de preuve recueillis dans les ordures en question. L'appelant a soutenu que, sans les ordures, les policiers n'auraient pas pu obtenir le mandat autorisant la perquisition de son domicile, et donc que la preuve avait été recueillie selon lui en violation des droits que lui garantit l'art. 8. Vu la gravité de la violation, l'utilisation de ces éléments de preuve était, selon lui, susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Ils auraient donc dû être écartés. Comme il ne restait alors pas suffisamment d'éléments de preuve pour qu'un jury ayant reçu des directives appropriées puisse conclure à la culpabilité, l'appelant a fait valoir qu'il devait être acquitté à l'égard de tous les chefs d'accusation.

[5] The trial judge held that the appellant did not have a reasonable expectation of privacy in the items seized from his garbage, and that the search warrant issued subsequently was therefore valid and the search of the appellant's home was lawful. The evidence was thus admitted. The appellant was convicted of offences in ss. 7, 5(2) and 5(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. The convictions were affirmed by the Alberta Court of Appeal, Conrad J.A. dissenting.

II. Judicial History

A. *Provincial Court of Alberta*, 2005 ABPC 242, 388 A.R. 202

[6] Wilkins Prov. Ct. J. identified the critical issue in this case as whether the accused had a reasonable expectation of privacy in the contents of the garbage bags. Although the accused did testify during the *voir dire*, he provided no direct evidence of a subjective expectation of privacy. Such an expectation could be presumed in the circumstances: *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432. However, "at some point he has clearly waived that expectation by placing the garbage where he did and abandoning it" (para. 39). Even though the garbage was on private property, "location is not the litmus test for determining the expectation of privacy" (para. 36). Otherwise this could lead to absurd exercises in line-drawing such as the situation of a curbside pile of garbage bags, some of which fall outside the property line while others fall within it, and still others might straddle the line in various proportions (para. 37). His point, as I understand it, is that it would make no sense to give different constitutional treatment to different bags in the same pile based on such legal formalism.

[5] Le juge du procès a conclu que l'appellant n'avait pas une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée à l'égard des objets saisis dans ses ordures, que le mandat de perquisition décerné par la suite était donc valide et que la perquisition de son domicile était légale. Les éléments de preuve ont par conséquent été admis. L'appellant a été déclaré coupable des infractions prévues à l'art. 7 et aux par. 5(2) et 5(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. Les déclarations de culpabilité ont été confirmées par la Cour d'appel de l'Alberta, la juge Conrad étant dissidente.

II. Historique judiciaire

A. *Cour provinciale de l'Alberta*, 2005 ABPC 242, 388 A.R. 202

[6] Pour le juge Wilkins de la Cour provinciale, la question fondamentale en l'espèce était celle de savoir si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée à l'égard du contenu des sacs d'ordures. Bien que l'accusé ait lui-même témoigné lors du voir-dire, il n'a fourni aucune preuve directe d'une attente subjective en matière de respect de la vie privée. L'existence d'une telle attente pouvait être présumée dans les circonstances : *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432. Toutefois, [TRADUCTION] « à un certain moment [l'appellant] a clairement renoncé à cette attente en déposant les sacs là où il l'a fait et en les y abandonnant » (par. 39). Même si les ordures se trouvaient sur une propriété privée, [TRADUCTION] « le lieu n'est pas le critère décisif pour décider s'il existe une attente en matière de respect de la vie privée » (par. 36). Autrement, cela risquerait de donner lieu à d'absurdes tentatives de délimitation, par exemple dans les cas où il y aurait un amoncellement de sacs d'ordures en bordure du trottoir, certains sacs se trouvant à l'extérieur des limites de la propriété, d'autres à l'intérieur de ces limites et d'autres les chevauchant dans des proportions variables (par. 37). Ce que le juge voulait dire, si je comprends bien, c'est qu'il serait illogique de traiter différemment sur le plan constitutionnel des sacs faisant partie d'un même amoncellement sur la base d'un tel formalisme juridique.

[7] As a result, in his view, the accused had not proven on a balance of probabilities that there was a search and seizure in violation of s. 8 of the *Charter*. The evidence was therefore admitted and the accused was convicted on all three counts.

B. *Alberta Court of Appeal*, 2007 ABCA 308, 417 A.R. 276

(1) Ritter J.A. for the Majority

[8] Ritter J.A. held that the items found by the police and afterwards used to obtain the search warrant “reveal[ed] that Patrick was involved in criminal activity and little else”. As such, the items “cannot constitute intimate details of lifestyle or core biographical details to which privacy protection ought to be extended” (para. 35). In any event, he agreed with the trial judge that the appellant relinquished control over these items, in a practical sense, by placing them in a garbage receptacle to be picked up by the garbage collectors (para. 16). Ritter J.A. observed:

In some cases (Edmonton for example), all household garbage goes to a sorting facility where all bags are opened and sorted so that compostables go to a composting facility, recyclable items are taken to a recycling facility, and the remaining garbage ends up in a landfill. This sorting process, which is carried out by individuals who can see what is in every garbage bag, demonstrates that any expectation of privacy is eliminated in the disposal of garbage. In other cases, much of the household garbage generated by an entire city is transported to disposal sites across great distances. . . . One need only follow a garbage truck a short distance to realize that not all of its contents remain in the truck. Persons to whom garbage is entrusted have neither the obligation nor the means to protect the privacy of its don[or]. [para. 26]

[7] Par conséquent, le juge était d’avis que l’accusé n’avait pas établi, selon la prépondérance des probabilités, qu’il y avait eu une fouille, une perquisition et une saisie contrevenant à l’art. 8 de la *Charte*. Les éléments de preuve ont donc été admis et l’accusé a été déclaré coupable des trois chefs d’accusation.

B. *Cour d’appel de l’Alberta*, 2007 ABCA 308, 417 A.R. 276

(1) Le juge Ritter (avec l’appui du juge Watson)

[8] Le juge Ritter de la Cour d’appel a conclu que les objets trouvés puis utilisés par les policiers pour obtenir le mandat de perquisition [TRADUCTION] « indiquaient que Patrick était impliqué dans une activité criminelle, et pas vraiment plus ». En soi, les objets en question [TRADUCTION] « ne sauraient constituer des détails intimes sur le mode de vie ni des renseignements d’ordre biographique auxquels la protection de la vie privée devrait être étendue » (par. 35). De toute façon, le juge Ritter était d’accord avec le juge du procès pour dire que l’appelant avait renoncé concrètement à exercer toute emprise sur ces objets en les plaçant dans un contenant à ordures en vue de leur ramassage par les éboueurs (par. 16). Le juge Ritter a apporté à cet égard les précisions suivantes :

[TRADUCTION] Dans certains cas (à Edmonton par exemple), toutes les ordures ménagères aboutissent dans un centre de tri où tous les sacs sont ouverts et triés, de sorte que les matières compostables sont envoyées à des installations de compostage, les matières recyclables sont envoyées dans un centre de recyclage et les autres déchets finissent dans un site d’enfouissement. Cette procédure de tri, effectuée par des personnes qui peuvent voir le contenu de tous les sacs, démontre que toute attente en matière de respect de la vie privée disparaît dans le cours de l’élimination des déchets. Dans d’autres cas, la plupart des ordures ménagères générées par toute une ville sont transportées sur de longues distances jusqu’aux sites d’élimination. [. . .] Il suffit de suivre un camion à ordures sur une courte distance pour s’apercevoir que des déchets tombent parfois du véhicule. Les personnes à qui les ordures sont confiées n’ont ni l’obligation ni les moyens de protéger la vie privée de la personne qui s’est défaite des objets en question. [par. 26]

Accordingly, “[a] reasonable perso[n] would not expect that garbage is secure and private, and would conclude that garbage is not obviously private in nature” (para. 41). Ritter and Watson J.J.A. dismissed the appeal.

(2) Conrad J.A. (Dissenting)

[9] Conrad J.A. stated that the contents of the garbage bags disclosed personal and biographical information about the appellant’s lifestyle and personal choices which enabled the police to draw conclusions about what the appellant was doing inside his house. By focussing solely on the objects seized and not on the place where the searches and seizures were carried out, the trial judge failed to take into account a right of territorial privacy with respect to the places where people live and work. While location is only one of the factors to consider with respect to a claim for informational privacy, as the trial judge stated, it is the central focus of the inquiry when the privacy interest claimed is the home and its perimeter. There was no evidence to indicate that the appellant had abandoned his right of privacy with respect to his home and yard and any articles contained therein. The “totality of the circumstances” test is not designed to diminish an owner-occupier’s territorial claim to privacy, but to create the possibility of extending a territorial claim to objects found on property owned by another. Such an extension was intended to enhance, rather than detract from, a citizen’s right to privacy in the home.

[10] As to informational privacy, the accused had not relinquished his privacy interest since the articles were still on his property in opaque sealed bags and subject to his power of retrieval at the time when they were collected by the police. Homeowners reasonably believe that information contained in their garbage will be mixed in with other garbage collected by the municipality and thereby become anonymous. Even where a piece of

Par conséquent, [TRADUCTION] « [une] personne raisonnable ne s’attendrait pas à ce que des ordures soient protégées et aient un caractère privé, et elle arriverait à la conclusion que les ordures n’ont pas nettement un caractère privé » (par. 41). Les juges Ritter et Watson ont rejeté l’appel.

(2) La juge Conrad (dissidente)

[9] Selon la juge Conrad, les sacs d’ordures contenaient des renseignements personnels et d’ordre biographique relatifs au mode de vie et aux choix personnels de l’appelant, renseignements qui avaient permis aux policiers de tirer des conclusions au sujet des activités auxquelles ce dernier se livrait chez lui. En s’intéressant seulement aux objets saisis et non à l’endroit où les fouilles, perquisitions et saisies avaient été effectuées, le juge du procès avait omis de prendre en considération le droit à l’intimité territoriale applicable aux lieux où les gens vivent et travaillent. Bien que, comme l’avait dit le juge du procès, le lieu ne soit que l’un des facteurs à prendre en compte lorsque le droit à l’intimité informationnelle est invoqué, il n’en constitue pas moins l’élément central de l’analyse lorsque le droit à la vie privée revendiqué concerne la maison et le périmètre qui l’entoure. Rien n’indiquait que l’appelant avait renoncé à son droit au respect de sa vie privée à l’égard de sa résidence, de son terrain et de tout objet s’y trouvant. Le critère de l’« ensemble des circonstances » ne vise pas à réduire le droit à l’intimité territoriale que peut revendiquer un propriétaire-occupant, mais bien à créer la possibilité d’élargir la portée d’une telle revendication à des objets trouvés sur une propriété appartenant à autrui. Un tel élargissement visait à renforcer, plutôt qu’à réduire, le droit d’un citoyen au respect de sa vie privée dans son foyer.

[10] En ce qui concerne le droit à l’intimité informationnelle, l’accusé n’y avait pas renoncé, puisque les objets se trouvaient toujours sur sa propriété dans des sacs opaques fermés, qu’il avait la faculté de récupérer au moment où les policiers les ont pris. Le propriétaire d’une maison croit, de façon raisonnable, que l’information qui se trouve dans ses ordures se mêlera aux autres ordures ramassées par la municipalité et sera de ce fait anonymisée.

garbage identifies the homeowner, the vast pile of collected rubbish will make it almost impossible to find.

[11] The appellant therefore had a reasonable expectation of privacy, and his s. 8 rights were breached by the warrantless searches. The evidence thus obtained should have been excluded, the search warrant set aside and the charges dismissed.

III. Issues

[12] At issue is whether the police breached the appellant's s. 8 *Charter* protected right to be free from unreasonable search and seizure, specifically:

- (a) whether the appellant had a reasonable expectation of territorial privacy with respect to his dwelling-house, its perimeter and the garbage bags stored thereon; and
- (b) whether the appellant had a reasonable expectation of informational privacy with respect to the garbage bags and the information stored therein.
- (c) If the police breached the appellant's s. 8 *Charter* right, whether the evidence seized by the police from the search of the appellant's dwelling-house and garage, and a second dwelling-house should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* on the basis that its admission would bring the administration of justice into disrepute.

IV. Analysis

[13] Labels are sometimes misleading. To describe something as "garbage" tends to presuppose the point in issue, namely whether the homeowner had any continuing privacy interest in it. It is possible that the homeowner might have no further interest

Même lorsqu'un objet mis aux ordures permet d'identifier son propriétaire, un tel objet est pratiquement impossible à retrouver vu l'énorme quantité de rebuts qui est recueillie.

[11] L'appelant avait donc une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée et les droits qui lui sont garantis par l'art. 8 ont été violés par les fouilles et perquisitions effectuées sans mandat. Les éléments de preuve ainsi obtenus auraient donc dû être écartés, le mandat de perquisition annulé et les accusations rejetées.

III. Questions en litige

[12] Il s'agit en l'espèce de décider si les policiers ont violé le droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives qui lui est garanti par l'art. 8 de la *Charte*? Plus précisément :

- a) L'appelant avait-il une attente raisonnable en matière de protection de son intimité territoriale relativement à sa maison d'habitation, au périmètre entourant celle-ci et aux sacs d'ordures qui s'y trouvaient?
- b) L'appelant avait-il une attente raisonnable en matière de protection de son intimité informationnelle relativement aux sacs d'ordures et à l'information qu'ils contenaient?
- c) Si les policiers ont violé le droit garanti à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*, les éléments de preuve saisis à la suite de la perquisition de la maison d'habitation et du garage de celui-ci, et d'une seconde maison d'habitation, devraient-ils être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*, au motif que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

IV. Analyse

[13] Les appellations sont parfois trompeuses. En qualifiant une chose d'« ordures », on tend à présupposer la réponse à la question en litige, soit celle de savoir si le propriétaire d'une maison conservait un droit au respect de sa vie privée, de son intimité,

in physical possession but a very strong interest in keeping private the information embedded in the contents. In that case, the question is whether he or she has so dealt with the items put out for collection in such a way as to forfeit any reasonable expectation (*objectively speaking*) of keeping the contents confidential.

[14] “Expectation of privacy is a normative rather than a descriptive standard” (*Tessling*, at para. 42). A government that increases its snooping on the lives of citizens, and thereby makes them suspicious and reduces their expectation of privacy, will not thereby succeed in unilaterally reducing their constitutional entitlement to privacy protection. Equally, however, while a disembarking passenger at the Toronto airport might feel entitled to privacy when emptying his bowels after an intercontinental flight, the obligation to make use of a “drug loo facility” under the supervision of the authorities was upheld in the context of border formalities in *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652. Privacy analysis is laden with value judgments which are made from the independent perspective of the reasonable and informed person who is concerned about the long-term consequences of government action for the protection of privacy. This is inherent in the “assessment” called for by Dickson J. (as he then was) in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60:

This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

relativement à cette chose. Or, il est possible que ce propriétaire ne se soucie plus de la possession physique de la chose mais tienne par ailleurs au plus haut point à la préservation de la confidentialité des renseignements qu’elle contient. Dans ce cas, la question consiste à se demander si, eu égard à la façon dont le propriétaire a agi à l’égard des objets qui ont été sortis en vue de leur ramassage par les éboueurs, ce dernier a renoncé à toute attente raisonnable (*objectivement parlant*) quant à la préservation de la confidentialité de ces objets.

[14] « L’attente en matière de vie privée est de nature normative et non descriptive » (*Tessling*, par. 42). Un gouvernement qui fouine de plus en plus dans la vie des citoyens, suscitant ainsi leur méfiance et réduisant leurs attentes quant au respect de leur vie privée, ne parviendra pas de ce fait à restreindre unilatéralement le droit constitutionnel de ceux-ci à la protection de leur vie privée. En revanche, bien qu’un passager qui descend d’un avion à l’aéroport de Toronto puisse estimer avoir droit au respect de sa vie privée lorsqu’il va à la selle après un vol intercontinental, l’obligation qui est faite à certaines personnes d’utiliser une « salle d’évacuation des drogues » sous la surveillance des autorités a été jugée valide dans le contexte des formalités à la frontière dans l’arrêt *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652. L’analyse du droit au respect de la vie privée abonde en jugements de valeur énoncés du point de vue indépendant de la personne raisonnable et bien informée, qui se soucie des conséquences à long terme des actions gouvernementales sur la protection du droit au respect de la vie privée. Il s’agit là d’une caractéristique intrinsèque de « l’appréciation » préconisée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160 :

Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi.

Dickson J.'s analysis paid tribute to *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), and quoted its foundational privacy principle that “the Fourth Amendment protects people, not places” (Stewart J., at p. 351). This was elaborated upon by Harlan J. in *Katz* in a concurring opinion which gave rise to the twin subjective/objective enquiries into privacy expectations (p. 361).

[15] Thus in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, a majority concluded that a regulatory order to produce business records did not require the prior judicial approval envisaged in *Hunter v. Southam*, and did not violate s. 8. Lamer and Wilson JJ. disagreed. Much of the debate turned on whether reasonable people in the position of the accused would or would not expect privacy in the contents of business records in a regulatory environment. See also *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

[16] In *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, a majority of the Court found a s. 8 breach in circumstances where the police, without prior judicial authorization, had installed a video surveillance camera in a hotel room whose occupants were suspected of participating in a “floating” gambling operation. In a concurring opinion, Lamer C.J. and McLachlin J. (as she then was) held that s. 8 had not been breached because while “[i]n most cases, a hotel room is a location in which one has a reasonable expectation of privacy” (p. 63), the “room . . . had been effectively converted into a public gaming house” (p. 62) where the accused could “no longer expect that strangers, including the police, will not be present in the room” (p. 63). In substance, they said that the accused had conducted himself

Dans son analyse, le juge Dickson s’est inspiré de l’arrêt *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967), citant le principe fondamental qui y a été établi en matière de droit au respect de la vie privée, selon lequel [TRADUCTION] « le Quatrième amendement protège les personnes et non les lieux » (le juge Stewart, p. 351). Dans *Katz*, le juge Harlan a donné des précisions sur ce principe dans une opinion concordante dont est issu l’examen à deux volcets — subjectif et objectif — sur les attentes en matière de respect de la vie privée (p. 361).

[15] Ainsi, dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, les juges majoritaires sont arrivés à la conclusion qu’une ordonnance émanant d’un organisme de réglementation et visant la production de documents commerciaux n’exigeait pas l’autorisation judiciaire préalable envisagée dans *Hunter c. Southam*, et ne contrevenait pas à l’art. 8. Les juges Lamer et Wilson ont exprimé leur dissidence à cet égard. Une grande partie du débat a tourné autour de la question de savoir si des personnes raisonnables, placées dans la même situation que les accusés, auraient ou non des attentes en matière de respect de la vie privée à l’égard du contenu de documents commerciaux dans un contexte réglementaire. Voir aussi *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

[16] Dans *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, la Cour a jugé à la majorité qu’il y avait eu une violation des droits garantis à l’art. 8 lorsque des policiers avaient installé, sans autorisation judiciaire préalable, une caméra de vidéosurveillance dans une chambre d’hôtel dont les occupants étaient soupçonnés de tenir des maisons de jeux « flottantes ». Dans une opinion concourante, le juge en chef Lamer et la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) ont conclu à l’absence de violation, parce que même si, « [d]ans la plupart des cas, une chambre d’hôtel est un lieu dans lequel une personne s’attend raisonnablement au respect de la vie privée » (p. 63), la « chambre [. . .] avait en fait été convertie en maison de jeu publique » (p. 62) où l’accusé « ne [pouvait] désormais plus s’attendre à ce qu’il n’y

in a manner that was inconsistent with the continued (and customary) expectation of privacy that an independent and informed observer would reasonably expect in a closed hotel room.

[17] In *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, a majority held that an accused “demonstrated” no privacy interest in his girlfriend’s apartment, and police were held entitled to take the drugs found inside during what La Forest J. described as their “constructive break-in” (para. 69). In the view of La Forest J., it was “important for everyone, not only an accused, that police . . . do not break into private premises without [a] warrant” (para. 59). The division squarely reflected the notion, in my opinion, that the asserted expectation of privacy in things located on someone else’s property must be one that an independent and informed observer is prepared to recognize as “reasonable”.

[18] In *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, the majority concluded that a warrantless frisking of a student for drugs by a high school vice-principal did not violate s. 8 despite the criminal law consequences. The dissent took a broader view of a student’s reasonable expectation in the circumstances, an issue that also recently divided the Court in *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569.

[19] In *Tessling*, the Court concluded that “it may be presumed unless the contrary is shown in a particular case that information about what happens inside the home is regarded by the occupants as private” (para. 38 (emphasis deleted)), without need of testimony from the accused. That, too, reflects what the independent and informed observer would consider reasonable, having regard to the long-term

ait pas d’étrangers, y compris des policiers, dans la chambre » (p. 63). En substance, ils ont affirmé que l’accusé s’était comporté d’une façon qui allait à l’encontre du maintien de l’attente (habituelle) en matière de respect de la vie privée qu’un observateur indépendant et bien informé aurait raisonnablement dans une chambre d’hôtel dont la porte est fermée.

[17] Dans *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, la majorité a conclu que l’accusé n’avait pas « établi » l’existence d’un droit au respect de sa vie privée dans l’appartement de son amie et que les policiers étaient habilités à prendre les drogues trouvées dans l’appartement pendant ce que le juge La Forest a décrit comme une « effraction “par imputation” » (par. 69). De l’avis du juge La Forest, il est « important pour toute personne, et non seulement pour un accusé, que la police [. . .] n’entre pas sans mandat dans des lieux privés » (par. 59). Selon moi, la divergence d’opinions reflète parfaitement l’idée que l’attente en matière de respect de la vie privée invoquée à l’égard de choses se trouvant sur la propriété d’autrui doit être une attente qu’un observateur indépendant et bien informé est prêt à considérer comme « raisonnable ».

[18] Dans *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, les juges majoritaires ont conclu que la fouille par palpation d’un élève soupçonné de trafic de drogues effectuée sans mandat par le directeur adjoint d’une école secondaire ne contrevenait pas à l’art. 8, malgré ses conséquences sur le plan du droit criminel. Le juge dissident a considéré plus généreusement les attentes raisonnables d’un élève dans les circonstances, question sur laquelle la Cour s’est divisée encore une fois récemment dans *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569.

[19] Dans *Tessling*, la Cour a conclu qu’« on peut présumer, jusqu’à preuve du contraire, que les occupants d’une résidence considèrent comme privés les renseignements concernant ce qui se passe à l’intérieur de la résidence » (par. 38 (italiques supprimés)), sans que le témoignage de l’accusé soit nécessaire. Cette assertion reflète aussi ce qu’un observateur indépendant et bien informé

consequences of state action on privacy interests that Canadians have *and are constitutionally entitled to have* in their homes.

[20] The concept of abandonment is about whether a presumed *subjective* privacy interest of the householder in trash put out for collection is one that an independent and informed observer, viewing the matter *objectively*, would consider reasonable in the totality of the circumstances (*Edwards*, at para. 45, and *Tessling*, at para. 19) having regard firstly to the need to balance “societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement” (*R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293); secondly, whether an accused has conducted himself in a manner that is inconsistent with the *reasonable* continued assertion of a privacy interest and, thirdly, the long-term consequences for the due protection of privacy interests in our society.

[21] As emphasized by the Attorney General of Ontario, the police practice of looking through garbage has in the past been an important source of probative evidence for the courts in the search for truth, including documents related to a murder found in garbage bags left out front of an apartment building and commingled with other residents’ bags (*R. v. Kennedy*, [1992] O.J. No. 1163 (QL) (Gen. Div.), aff’d (1996), 95 O.A.C. 321 (*sub nom. R. v. Joyce and Kennedy*)); a burned baseball bat used to beat a person to death found in a dumpster located on a residential property (*R. v. Papadopoulos*, [2006] O.J. No. 5407 (QL) (S.C.J.), at paras. 4 and 62-63); cans, cups and straws tossed into garbage bins and onto the ground in the public domain from which DNA has been extracted (*R. v. Paul* (2004), 117 C.R.R. (2d) 319 (Ont. S.C.J.), at p. 323; *R. v. Briere*, [2004] O.J. No. 5611 (QL)

considérerait comme raisonnable eu égard aux conséquences à long terme des actions de l’État sur les droits que possèdent les Canadiennes et Canadiens — *et qui leur sont d’ailleurs reconnus par la Constitution* — en matière de respect de la vie privée dans leur foyer.

[20] Le concept de l’abandon concerne la question de savoir si une attente *subjective* présumée du propriétaire de la maison en matière de protection de sa vie privée à l’égard d’ordures sorties en vue du ramassage constitue une attente qu’un observateur indépendant et bien informé, examinant la question *objectivement*, considérerait comme raisonnable compte tenu de l’ensemble des circonstances (*Edwards*, par. 45, et *Tessling*, par. 19), eu égard aux facteurs suivants : premièrement, la nécessité de mettre en balance les « droits sociétaux à la protection de la dignité, de l’intégrité et de l’autonomie de la personne et l’application efficace de la loi » (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293); deuxièmement, la question de savoir si un accusé s’est comporté d’une façon incompatible avec le maintien *raisonnable* de l’affirmation d’un droit au respect de sa vie privée; troisièmement, les conséquences à long terme en ce qui concerne la protection appropriée des droits au respect de la vie privée dans notre société.

[21] Comme l’a souligné le procureur général de l’Ontario, la pratique policière constituant à fouiller dans les ordures s’est avérée, dans le passé, une importante source d’éléments de preuve probants pour les tribunaux dans la recherche de la vérité — par exemple des documents se rapportant à un meurtre qui ont été trouvés dans des sacs d’ordures laissés devant un immeuble d’habitation et mêlés aux sacs des autres occupants (*R. c. Kennedy*, [1992] O.J. No. 1163 (QL) (Div. gén.), conf. par (1996), 95 O.A.C. 321 (*sub nom. R. c. Joyce and Kennedy*)); un bâton de baseball brûlé ayant été utilisé pour battre à mort une personne et trouvé dans une benne à ordures sur une propriété résidentielle (*R. c. Papadopoulos*, [2006] O.J. No. 5407 (QL) (C.S.J.), par. 4 et 62-63); des canettes, des verres, des pailles jetés dans des poubelles ainsi que sur un terrain public et à partir

(S.C.J.), at paras. 179-97, and *R. v. Marini*, [2005] O.J. No. 6197 (QL) (S.C.J.); a deceased's gloves found in garbage behind a residential address (*R. v. Rodney*, [1990] 2 S.C.R. 687); a body placed in a commercial dumpster and later located in a land-fill site (*R. v. Sherratt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 237 (Man. C.A.), at p. 245, aff'd [1991] 1 S.C.R. 509, at pp. 513-14); a sweatshirt found in the garbage close to the scenes of a murder and sexual assaults that contained important DNA evidence (*R. v. Kinkead*, [1999] O.J. No. 1458 (QL) (S.C.J.), at para. 32, aff'd (2003), 67 O.R. (3d) 57 (C.A.)); a tissue left in a garbage pail in a motel room that the accused had checked out of (*R. v. Love* (1995), 102 C.C.C. (3d) 393 (Alta. C.A.), at p. 409); and boxes found in a garbage pail in a common laundry room adjacent to an accused's suite that connected the accused to a robbery (*R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393, at p. 401).

A. *The Issue of Abandonment*

[22] In *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, La Forest J. treated abandonment as fatal to a reasonable expectation of privacy. He held that when an accused abandons something, it is "best to put it in *Charter* terms by saying that he [has] ceased to have a reasonable expectation of privacy with regard to it" (p. 435).

[23] In *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, McLachlin J., in dissent, but not on this point, stated that "[t]he purpose of s. 8 is to protect the person and property of the individual from unreasonable search and seizure. This purpose is not engaged in the case of property which the accused has discarded" (para. 223). (To the same effect see Cory J. for the majority at para. 62, and Major J., concurring in part, at para. 274.)

desquels on a prélevé de l'ADN (*R. c. Paul* (2004), 117 C.R.R. (2d) 319 (C.S.J. Ont.), p. 323; *R. c. Briere*, [2004] O.J. No. 5611 (QL) (C.S.J.), par. 179-197, et *R. c. Marini*, [2005] O.J. No. 6197 (QL) (C.S.J.)); les gants d'une personne décédée trouvés dans des ordures déposées derrière une résidence (*R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687); un corps jeté dans une benne à ordures commerciale et ensuite trouvé dans un dépotoir (*R. c. Sherratt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 237 (C.A. Man.), p. 245, conf. par [1991] 1 R.C.S. 509, p. 513-514); un sweat-shirt trouvé dans une poubelle près des lieux où avaient été commis un meurtre et des agressions sexuelles, sur lequel se trouvait une preuve génétique importante (*R. c. Kinkead*, [1999] O.J. No. 1458 (QL) (C.S.J.), par. 32, conf. par (2003), 67 O.R. (3d) 57 (C.A.)); un papier-mouchoir jeté dans une poubelle de la chambre d'hôtel que l'accusé avait quittée définitivement (*R. c. Love* (1995), 102 C.C.C. (3d) 393 (C.A. Alb.), p. 409); des boîtes trouvées dans une poubelle de la salle de lavage commune adjacente à l'appartement de l'accusé, qui reliaient celui-ci à un vol (*R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393, p. 401).

A. *La question de l'abandon*

[22] Dans *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, le juge La Forest a considéré l'abandon comme fatal pour l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Le juge a conclu que lorsqu'un accusé abandonne une chose, il est « préférable de reprendre les termes de la *Charte*, en affirmant qu'il ne [peut] plus raisonnablement s'attendre à ce qu'on en préserve le caractère confidentiel » (p. 435).

[23] Dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, la juge McLachlin, dissidente mais non sur ce point, a affirmé que « [l']article 8 a pour objet de protéger la personne et ses biens contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Cet objet ne joue pas dans le cas de biens que l'accusé a jetés » (par. 223). (Dans le même sens, voir le juge Cory, au nom de la majorité, au par. 62, et le juge Major, dans des motifs concourants en partie, au par. 274.)

[24] This may be contrasted with the situation in *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227, where a locked safe containing confidential documents had been stolen (*not* discarded) and the accused had never acted in a manner inconsistent with the continued assertion of a privacy interest in the information contained therein. When the police, after recovering the stolen safe, decided to scrutinize the documents inside (and the accused subsequently was charged with tax offences), they infringed the s. 8 reasonableness line.

[25] Abandonment is therefore an issue of fact. The question is whether the claimant to s. 8 protection has acted in relation to the subject matter of his privacy claim in such a manner as to lead a reasonable and independent observer to conclude that his continued assertion of a privacy interest is unreasonable in the totality of the circumstances.

B. *The Totality of the Circumstances*

[26] It was established in *Edwards* (para. 45), and affirmed in *Tessling* (para. 19), that in assessing the reasonableness of a claimed privacy interest, the Court is to look at the “totality of the circumstances”, and this is so whether the claim involves aspects of personal privacy, territorial privacy or informational privacy. Frequently the claimant will assert overlapping interests. The assessment always requires close attention to context. Nevertheless, some analytical framework is helpful. The trial judge organized his analysis around the *Tessling* (para. 32) factors and, for ease of reference, I set them out (adapted to the circumstances) here.

(1) Did the Appellant Have a Reasonable Expectation of Privacy?

[27] On the facts of this case, we need to address:

[24] La situation était différente dans *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227, où un coffre-fort renfermant des documents confidentiels avait été volé (*et non pas* abandonné) et où l'accusé n'avait jamais agi de façon incompatible avec le maintien de l'affirmation d'un droit au respect de sa vie privée à l'égard des renseignements contenus dans les documents en question. Quand, après avoir retrouvé le coffre-fort, les policiers ont décidé d'examiner les documents qu'il contenait (et ont ensuite inculpé l'accusé d'infractions de nature fiscale), ils ont franchi la limite du raisonnable prévue par l'art. 8.

[25] L'abandon est donc une question de fait. Il faut se demander si la façon dont la personne qui revendique la protection de l'art. 8 s'est comportée à l'égard de la chose faisant l'objet de sa revendication amènerait un observateur raisonnable et indépendant à conclure qu'il est déraisonnable pour cette personne, eu égard à l'ensemble des circonstances, de continuer à revendiquer le droit au respect de la vie privée.

B. *L'ensemble des circonstances*

[26] Il a été établi dans *Edwards* (par. 45) et confirmé dans *Tessling* (par. 19) que le tribunal appelé à apprécier le caractère raisonnable de la revendication d'un droit au respect de la vie privée doit considérer l'« ensemble des circonstances », et ce, que la revendication en question comporte des aspects touchant à l'intimité personnelle, à l'intimité territoriale ou à l'intimité informationnelle. Dans bien des cas, les droits revendiqués se chevaucheront. L'appréciation requiert toujours un examen attentif du contexte. Un cadre d'analyse demeure néanmoins utile. Le juge du procès a organisé son analyse autour des facteurs énoncés dans *Tessling* (par. 32), que je reproduis ci-dessous pour en faciliter la consultation (avec les adaptations nécessaires pour tenir compte des circonstances) :

(1) L'intimé avait-il une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée?

[27] Vu les faits en l'espèce, il faut répondre aux questions suivantes :

1. What was the nature or subject matter of the evidence gathered by the police?
 2. Did the appellant have a direct interest in the contents?
 3. Did the appellant have a *subjective* expectation of privacy in the informational content of the garbage?
 4. If so, was the expectation *objectively* reasonable? In this respect, regard must be had to:
 - a. the place where the alleged “search” occurred; in particular, did the police trespass on the appellant’s property and, if so, what is the impact of such a finding on the privacy analysis?
 - b. whether the informational content of the subject matter was in public view;
 - c. whether the informational content of the subject matter had been abandoned;
 - d. whether such information was already in the hands of third parties; if so, was it subject to an obligation of confidentiality?
 - e. whether the police technique was intrusive in relation to the privacy interest;
 - f. whether the use of this evidence gathering technique was itself objectively unreasonable;
 - g. whether the informational content exposed any intimate details of the appellant’s lifestyle, or information of a biographic nature.
1. Quel est l’objet ou la nature des éléments de preuve recueillis par la police?
 2. L’intimé possédait-il un droit direct à l’égard du contenu?
 3. L’intimé avait-il une attente *subjective* en matière de respect de sa vie privée relativement au contenu informationnel des ordures?
 4. Dans l’affirmative, cette attente était-elle *objectivement* raisonnable? À cet égard, il faut se poser les questions suivantes :
 - a. De façon plus particulière, en ce qui concerne l’endroit où la « fouille ou perquisition » contestée a eu lieu, la police a-t-elle commis une intrusion sur la propriété de l’appelant et, dans l’affirmative, quelle est l’incidence de cette conclusion sur l’analyse relative au droit au respect de la vie privée?
 - b. Le contenu informationnel de l’objet était-il à la vue du public?
 - c. Le contenu informationnel de l’objet avait-il été abandonné?
 - d. Ces renseignements étaient-ils déjà entre les mains de tiers et, dans l’affirmative, ces renseignements étaient-ils visés par une obligation de confidentialité?
 - e. La technique policière avait-elle un caractère envahissant par rapport au droit à la vie privée en cause?
 - f. Le recours à cette technique d’obtention d’éléments de preuve était-il lui-même objectivement déraisonnable?
 - g. Le contenu informationnel révélait-il des détails intimes sur le mode de vie de l’intimé ou des renseignements d’ordre biographique le concernant?

(2) If There Was a Reasonable Expectation of Privacy in This Case, Was It Violated by the Police Conduct?

[28] The second question is only reached if the first question is answered in the affirmative.

C. *Did the Appellant Have a Reasonable Expectation of Privacy in This Case?*

(1) The Subject Matter of the Alleged “Search”

[29] It is essential at the outset to identify the subject matter of the alleged search: *Tessling* (at paras. 34 and 58). In *R. v. Kang-Brown*, 2006 ABCA 199, 210 C.C.C. (3d) 317, the Alberta Court of Appeal accepted the Crown’s argument that the subject matter of the sniffer-dog search was the public airspace surrounding a traveller’s bag. In this Court, the subject matter was found to be the contents within, and specifically the existence of narcotics (2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456). The differing perspectives made a major contribution to a different result.

[30] The Attorneys General characterize the subject matter here as “garbage” but, without more, this oversimplification misses (or assumes away) the point in issue. Residential waste includes an enormous amount of personal information about what is going on in our homes, including a lot of DNA on household tissues, highly personal records (e.g., love letters, overdue bills and tax returns) and hidden vices (pill bottles, syringes, sexual paraphernalia, etc.). As it was put by counsel for the Canadian Civil Liberties Association, a garbage bag may more accurately be described as a bag of “information” whose contents, viewed in their entirety, paint a fairly accurate and complete picture of the householder’s activities and lifestyle. Many of us may not wish to disclose these

(2) Si l’appelant avait une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée en l’espèce, a-t-elle été violée par la conduite de la police?

[28] Il faut répondre à cette deuxième question seulement si la première question a reçu une réponse affirmative.

C. *L’appelant avait-il une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée en l’espèce?*

(1) L’objet de la « fouille ou perquisition » contestée

[29] Au départ, il est essentiel de définir l’objet de la fouille ou perquisition contestée : *Tessling* (par. 34 et 58). Dans *R. c. Kang-Brown*, 2006 ABCA 199, 210 C.C.C. (3d) 317, la Cour d’appel de l’Alberta a accepté l’argument du ministère public selon lequel l’objet de la fouille effectuée à l’aide d’un chien renifleur était l’espace public entourant le sac d’un voyageur. Notre Cour a plutôt conclu que la fouille avait pour objet le contenu du sac, et plus particulièrement la présence de stupéfiants (2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456). Cette différence de points de vue a contribué dans une large mesure au résultat différent auquel notre Cour est arrivée.

[30] En l’espèce, les procureurs généraux considèrent que les « ordures » constituent l’objet de la fouille. Mais par cette simplification exagérée ils se trouvent à passer à côté de la question en litige (ou à l’écarter au moyen d’une présomption). En effet, les ordures ménagères renferment une énorme quantité de renseignements personnels sur ce qui se passe à l’intérieur de nos maisons, y compris une grande quantité d’ADN sur les papiers-mouchoirs, des documents très personnels (par exemple des lettres d’amour, des factures en souffrance, des déclarations de revenus) et sur des vices cachés (contenants de médicaments, seringues, accessoires sexuels, etc.). Comme l’a dit l’avocat de l’Association canadienne des libertés civiles, il serait peut-être plus exact de décrire les sacs d’ordures comme

things to the public generally or to the police in particular.

[31] The appellant had a direct interest not only in the garbage itself but, in particular, its informational content.

(2) Concealing Illegal Objects

[32] The majority in the Alberta Court of Appeal seems to state, in para. 35, that because the items of interest located by the police revealed involvement in criminal activity they cannot “constitute intimate details of lifestyle or core biographical details to which privacy protection ought to be extended”. I would have thought, with respect, that the criminal “lifestyle” of the appellant was at the epicentre of what the police wanted to know and what the appellant wished to conceal. The question is not whether the appellant had a lifestyle which society values, but whether and at what point in the disposal process innocent citizens cease to have a reasonable expectation that the contents of their garbage will remain private. The issue ought to be framed in terms of the privacy of the area or thing being searched and the potential impact of the search on the person being searched, not the nature or identity of the concealed items (*A.M.*, at para. 72). In *Kang-Brown*, we held that a traveller had a privacy interest in his carry-on bag despite the fact that the bag turned out to contain drugs. In *A.M.*, we held that a student did not forfeit his privacy interest in a backpack despite the fact that it was left unattended in a school gymnasium and that its contents included marijuana. In *Wong*, as stated, the Court held that people who “retire to a hotel room and close the door behind them have a reasonable expectation of privacy” (p. 50), despite engaging in illegal activity once inside. The issue is not whether the appellant had a legitimate privacy interest in the concealment of drug paraphernalia, but whether people generally have a privacy interest in the concealed contents of an

des [TRADUCTION] « sacs d’informations » dont le contenu, considéré dans son ensemble, donne une idée assez précise et complète des activités de l’occupant et de son mode de vie. Bon nombre d’entre nous ne souhaitent pas nécessairement que ces renseignements soient révélés au public en général ou à la police en particulier.

[31] L’appelant possédait un droit direct, non seulement sur les ordures elles-mêmes, mais sur leur contenu informationnel en particulier.

(2) Dissimulation d’objets illicites

[32] Au paragraphe 35, les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta semblent dire que, comme les objets qu’avait trouvés la police et qui présentaient un intérêt pour elle révélaient la participation à une activité criminelle, ils ne pouvaient [TRADUCTION] « constituer des détails intimes sur le mode de vie ni des renseignements d’ordre biographique auxquels la protection en matière de respect de la vie privée devrait s’étendre ». Avec égard pour l’opinion contraire, j’aurais plutôt pensé que le « mode de vie » criminel de l’appelant se trouvait à l’épicentre de ce que la police voulait savoir et de ce que l’appelant désirait cacher. Il s’agit de savoir non pas si l’appelant avait un mode de vie valorisé par la société, mais plutôt si — et à quelle étape du processus d’élimination des ordures — des citoyens innocents n’ont plus d’attentes raisonnables que le contenu de leurs ordures conservera son caractère privé. Le débat devrait porter sur le caractère privé du lieu ou de l’objet visé par la fouille, ainsi que sur les conséquences potentielles de la fouille pour la personne qui en fait l’objet, et non sur la nature ou l’identité de la chose dissimulée (*A.M.*, par. 72). Dans *Kang-Brown*, nous avons conclu qu’un voyageur avait droit au respect de sa vie privée à l’égard du sac fourre-tout qu’il transportait, même s’il s’est avéré que le sac en question contenait des drogues. Dans *A.M.*, nous avons jugé qu’un élève n’avait pas renoncé au droit au respect de sa vie privée à l’égard de son sac à dos, même si le sac avait été laissé sans surveillance dans le gymnase de l’école et qu’il contenait de la marijuana. Comme je l’ai signalé plus tôt, notre Cour a conclu, dans *Wong*, que les personnes qui « se retirent dans

opaque and sealed “bag of information”. I believe that they do. The focus is on “the person, place or thing searched and the purpose for which the search is undertaken” (*A.M.*, at para. 72). A warrantless search of a private place cannot be justified by the after-the-fact discovery of evidence of a crime.

[33] In the cases of searches and seizures that come before the courts, the warrantless search has almost always produced useful evidence (otherwise the matter is unlikely to be before the courts), but our concern has to take into account the spectre of random and warrantless searches which produce nothing except embarrassment and perhaps humiliation for the innocent persons who happen to be searched.

[34] A physical search (unlike the sniffer-dog searches in *Kang-Brown* and *A.M.*) is not confined to evidence of criminal activity. The seized garbage bags contained a lot of personal items other than drug-making paraphernalia. Here the police went through several bags of personal information to find what they wanted.

[35] Unlike the FLIR technology at issue in *Tessling*, the police activity in this case provided very accurate and persuasive evidence of illegal activity in the house.

une chambre d’hôtel et qui ferment la porte derrière elles peuvent raisonnablement s’attendre au respect de leur vie privée » (p. 50) même si elles y commettent des actes illégaux une fois à l’intérieur. Il ne s’agit pas de savoir si l’appelant possédait un droit légitime au respect de sa vie privée à l’égard de la dissimulation de matériel servant à la fabrication de drogues, mais plutôt de savoir si, d’une manière générale, les citoyens ont un droit au respect de leur vie privée à l’égard du contenu dissimulé d’un « sac d’informations » opaque et hermétiquement fermé. Je suis d’avis que oui. L’analyse est axée « sur la personne, sur le lieu ou sur l’objet visés par la fouille ainsi que sur le but de celle-ci » (*A.M.*, par. 72). La découverte d’éléments de preuve d’un crime ne saurait justifier après coup une perquisition faite sans mandat dans un lieu privé.

[33] Dans les affaires de fouilles, perquisitions et saisies qui sont soumises aux tribunaux, la fouille ou perquisition effectuée sans mandat a presque toujours permis de recueillir des éléments de preuve utiles (autrement l’affaire ne se serait vraisemblablement pas retrouvée devant les tribunaux), mais il nous faut également tenir compte du spectre des fouilles et perquisitions qui sont effectuées au hasard et sans mandat et qui n’ont pour seul résultat en bout de ligne, que d’embarrasser, voire humilier les personnes innocentes qui en sont l’objet.

[34] Les fouilles matérielles (contrairement aux fouilles pratiquées au moyen d’un chien renifleur dont il est question dans *Kang-Brown* et *A.M.*) ne se limitent pas aux éléments de preuve liés à des activités criminelles. En l’espèce, les sacs d’ordures saisis contenaient beaucoup d’effets personnels autres que le matériel destiné à la fabrication de drogues. Dans le présent cas, les policiers ont fouillé dans plusieurs sacs contenant des renseignements personnels pour trouver ce qu’ils cherchaient.

[35] Contrairement à la technique FLIR en cause dans *Tessling*, les actes accomplis par la police en l’espèce ont permis de recueillir des éléments de preuve très précis et convaincants ayant trait à une activité illégale menée dans la maison.

(3) A Subjective Expectation of Privacy

[36] The trial judge stated that while “there [was] no direct evidence of a subjective expectation of privacy in the contents of the garbage” (para. 29), he was prepared to assume “that information about what happens inside the home is regarded by the occupants as private” (para. 27), subject to “the concept of abandonment and the applicable law” (para. 29). Ritter J.A. said that “[o]n any measure, the expectation of privacy respecting garbage is substantially less than what one would expect for items left but not abandoned in a yard and more so relative to items found in a home. Patrick did not have an expectation of privacy in the abandoned garbage” (para. 38).

[37] At the *subjective* stage of the test, I do not think “reasonableness” is the issue. The question is whether the appellant had, or is presumed to have had, an expectation of privacy in the information content of the bags. This is not a high hurdle. As mentioned, in the case of information about activities taking place in the home, such an expectation is presumed in the appellant’s favour. It is possible that the appellant (who did not testify on this point) may never have ceased to have a subjective expectation, reasonable or not. The “reasonableness” of an individual’s belief in the totality of the circumstances of a particular case is to be tested at the second *objective* branch of the privacy analysis.

(4) Was the Appellant’s Expectation of Privacy Objectively Reasonable?

[38] The reasonable expectation of privacy “can vary with the nature of the matter sought to be

(3) Une attente subjective en matière de respect de la vie privée

[36] Le juge du procès a déclaré que, malgré [TRADUCTION] « l’absence de preuve directe d’une attente subjective en matière de vie privée à l’égard des ordures » (par. 29), il était disposé à présumer « que les occupants d’une résidence considèrent comme privés les renseignements concernant ce qui se passe à l’intérieur de la résidence » (par. 27), sous réserve « du concept de l’abandon et des règles de droit applicables » (par. 29). Le juge Ritter de la Cour d’appel a quant à lui indiqué que [TRADUCTION] « [q]uel que soit le critère retenu, l’attente en matière de respect de la vie privée est nettement moins élevée à l’égard d’ordures qu’à l’égard de choses qui sont laissées sur un terrain mais sans être abandonnées, et la différence est encore plus grande relativement à des choses trouvées à l’intérieur d’une résidence. Monsieur Patrick n’avait aucune attente en matière de respect de sa vie privée à l’égard des ordures abandonnées » (par. 38).

[37] À l’étape du volet *subjectif* de l’analyse, la question ne porte pas selon moi sur le « caractère raisonnable » de l’attente. Il s’agit plutôt de déterminer si l’appellant avait — ou était présumé avoir — une attente en matière de respect de sa vie privée à l’égard du contenu informationnel des sacs. Ce critère n’est pas très exigeant. Comme il a été mentionné plus tôt, dans le cas de renseignements sur des activités se déroulant dans la maison, il existe une présomption favorable à l’appellant quant à l’existence d’une telle attente. Il est possible que l’appellant (qui n’a pas témoigné sur ce point) n’ait jamais cessé d’avoir une attente subjective, raisonnable ou non. Le « caractère raisonnable » de l’attente de la personne concernée, eu égard à l’ensemble des circonstances d’une affaire donnée, est examiné dans le cadre du second volet de l’analyse sur le droit au respect de la vie privée, qui porte sur l’aspect *objectif*.

(4) L’attente de l’appellant en matière de respect de sa vie privée était-elle objectivement raisonnable?

[38] L’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée « peut varier selon la nature de ce

protected, the circumstances in which and the place where state intrusion occurs, and the purposes of the intrusion”: *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 53; see also *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at paras. 22, 23 and 24.

[39] Four factual elements are of prime importance in the appeal: (i) the garbage was put out by the appellant for collection in the customary location for removal, (ii) that location was at or near the property line, (iii) there was no manifestation (such as a locked receptacle) of any continuing assertion of privacy or control, and (iv) the police took the bags to search for information about activities within the home as part of a continuing criminal investigation.

[40] I acknowledge, however, that apart from the key issue of abandonment, the circumstances in this case favour the appellant. The police were trying to find out what was “happening inside a private dwelling, the most private of places” (*Plant*, at p. 302). The contents of the opaque sealed bags were not in public view. There is no evidence that the information was already in the hands of third parties. The gathering up of the contents of the bags by the police provided them with a window into the appellant’s private life.

(5) The Place Where the Alleged “Search” Occurred

[41] In this case, the long arm of the law reached across the property line and collected the bags. On the basis of their examination of the contents of four of the bags and other evidence, the police obtained a search warrant. Conrad J.A., noting that the prosecution was built on the initial garbage seizure, emphasized *territorial* privacy.

[42] The distinctions between personal, territorial and informational privacy provide a useful analytical tool but, as noted, in many instances the categories overlap. I would not draw as strict a distinction

qu’on veut protéger, les circonstances de l’ingérence de l’État et l’endroit où celle-ci se produit, et selon les buts de l’ingérence » : *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 53; voir aussi *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 22, 23 et 24.

[39] Quatre éléments factuels sont d’une importance primordiale dans le présent pourvoi : (i) les ordures ont été déposées par l’appelant à l’endroit habituel en vue de leur ramassage; (ii) cet endroit se trouvait à la limite de la propriété, ou près de cette limite; (iii) aucun signe (tel un réceptacle verrouillé) n’indiquait le maintien du contrôle sur les ordures ou de l’affirmation d’un droit au respect de la vie privée à leur égard; (iv) les policiers ont pris les sacs afin d’y chercher des renseignements sur des activités ayant lieu dans la maison, dans le cadre d’une enquête criminelle en cours.

[40] Je reconnais toutefois que, mis à part la question clé de l’abandon, les circonstances jouent en faveur de l’appelant dans la présente affaire. La police essayait de savoir ce « qui se pass[ait] à l’intérieur du lieu privé par excellence qu’est une habitation privée » (*Plant*, p. 302). Le contenu des sacs opaques fermés n’était pas à la vue du public. Rien n’indique que les renseignements se trouvaient déjà entre les mains de tiers. En recueillant le contenu des sacs, la police a pu se faire une idée de ce qui se passait dans la vie privée de l’appelant.

(5) L’endroit où la « perquisition » contestée a eu lieu

[41] En l’espèce, le long bras de la loi a franchi la limite de la propriété et s’est emparé des sacs d’ordures. Sur le fondement de l’examen du contenu des quatre sacs et d’autres éléments de preuve, la police a été en mesure d’obtenir un mandat de perquisition. Constatant que la poursuite tout entière reposait sur la saisie initiale des ordures, la juge Conrad de la Cour d’appel a mis l’accent sur le droit à l’intimité *territoriale*.

[42] La distinction entre le droit à l’intimité personnelle, territoriale ou informationnelle s’avère certes un outil d’analyse utile, mais, comme il a été mentionné plus tôt, dans bien des cas ces aspects

as Conrad J.A. did between territorial privacy and informational privacy. I regard the gravamen of the appellant's complaint as the intrusion by the police into activities taking place inside his home rather than the fact that the police invaded the airspace at the foot of his garden by reaching across the lot line for the bags. If, for example, the appellant had been unloading sealed bags from his truck in the back alley, temporarily placing them on public property, I do not think the police could grab the bags on the basis that the bags had not yet reached the sanctuary of a residential lot. That is the implication of focussing privacy protection on "people, not places". In the circumstances of unloading a vehicle, there could be no suggestion of abandonment.

[43] I also do not think constitutional protection should turn on whether the bags were placed a few inches inside the property line or a few inches outside it. The point is that the garbage was at the property line, accessible to passers-by.

[44] At the same time, I do not accept the argument of the Crown that there is no element of trespass involved because the police "never set foot on the appellant's land" (R.F., at para. 66). The maxim *cujus est solum ejus est usque ad coelum et usque ad inferos* ("whoever owns the soil, owns all the way up to the heavens and down to the depths of the earth") may be "so permeated with qualifications that it is best regarded as a 'colourful' and 'fanciful phrase' of limited validity": B. Ziff, *Principles of Property Law* (2nd ed. 1996), at pp. 82-83. Nevertheless, in *Lacroix v. The Queen*, [1954] Ex. C.R. 69, the court held that the owner of land has a right in the airspace over his property limited by what he can possess or occupy for the use and enjoyment of his land. In *Dahlberg v. Naydiuk* (1969), 10 D.L.R. (3d) 319 (Man. C.A.), it was held that firing a gun over a farmer's land was a trespass to the land. In *Lewvest Ltd. v. Scotia Towers Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 239 (Nfld. S.C.T.D.), a trespass was

se chevauchent. Je n'établirais pas une distinction aussi stricte que celle de la juge Conrad entre le droit à l'intimité territoriale et le droit à l'intimité informationnelle. Je considère que le fondement essentiel de la plainte de l'appelant est l'immixtion de la police dans des activités se déroulant à l'intérieur de sa maison, et non le fait que la police a envahi l'espace surplombant l'extrémité de son jardin en étendant les bras au-dessus de la limite de la propriété dans le but de prendre les sacs. Si, par exemple, l'appelant avait été en train de décharger des sacs fermés de son camion dans la ruelle, les plaçant temporairement sur un terrain public, je ne crois pas que les policiers auraient pu s'en emparer au motif qu'ils ne se trouvaient pas encore dans le sanctuaire d'une propriété résidentielle. C'est pourquoi la protection de la vie privée est axée sur « les personnes et non les lieux ». En cas de déchargement d'un véhicule, on ne saurait prétendre qu'il y a abandon.

[43] Je ne crois pas non plus que la protection constitutionnelle devrait dépendre du fait que les sacs aient été placés à quelques pouces à l'intérieur ou à l'extérieur de la limite de la propriété. Le fait est que les ordures se trouvaient à la limite de la propriété et que les passants y avaient accès.

[44] Par ailleurs, je ne peux retenir l'argument du ministère public selon lequel il n'y a pas eu intrusion puisque les policiers [TRADUCTION] « n'ont jamais mis le pied sur le terrain de l'appelant » (m.i., par. 66). La maxime *cujus est solum ejus est usque ad coelum et usque ad inferos* (« qui est propriétaire du sol en est propriétaire jusqu'au ciel et jusqu'aux entrailles de la terre ») est [TRADUCTION] « assortie de tellement de réserves qu'il vaut [peut-être] mieux la considérer comme une formule "imagée" et "fantaisiste", dont la validité est restreinte » : B. Ziff, *Principles of Property Law* (2^e éd. 1996), p. 82-83. Néanmoins, dans *Lacroix c. The Queen*, [1954] R.C. de l'É. 69, le tribunal a conclu que le propriétaire d'un terrain a un droit sur l'espace aérien surplombant sa propriété, droit qui se limite aux biens qu'il peut posséder ou à l'espace qu'il peut occuper pour l'usage et la jouissance de son terrain. Dans *Dahlberg c. Naydiuk* (1969), 10 D.L.R. (3d) 319 (C.A. Man.), il a été jugé que tirer un coup de

found to have occurred when the boom of a sky crane swung over the plaintiff's land. See to the same effect *Anchor Brewhouse Developments Ltd. v. Berkley House (Docklands Developments) Ltd.*, [1987] 2 E.G.L.R. 173 (Ch. D.). Without reviewing these cases in any detail, it seems obvious that the police could not with impunity position a cherry picker in the laneway behind the appellant's house and, without "setting foot" on the property, grab various objects off the appellant's lawn and porch for inspection. As Conrad J.A. rightly emphasized, the courts have long put the home near the core of privacy concerns as the place where our most intimate and private activities are most likely to take place (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 42; *Tessling*, at para. 22; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at para. 140; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 43; and *Plant*, at p. 302), as well as the perimeter space around the home (*R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at pp. 237 and 241; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263, at p. 273).

[45] The point here, I believe, is that while territorial privacy is implicated in this case, the *physical* intrusion by the police was relatively peripheral, and viewed in context, it is better considered as part of the totality of circumstances in a claim that is preferably framed in terms of information privacy.

(6) This Was Not a Perimeter Search

[46] I agree with the Crown that the police activity here did not amount to a "perimeter search" as that expression is used in our jurisprudence.

feu au-dessus des terres d'un agriculteur constituait une intrusion sur sa propriété. Dans *Lewvest Ltd. c. Scotia Towers Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 239 (C.S. 1^{re} inst. T.-N.), le tribunal a conclu qu'il y avait eu intrusion quand la flèche d'une grue était passée au-dessus du terrain du demandeur. Voir aussi, dans le même sens, *Anchor Brewhouse Developments Ltd. c. Berkley House (Docklands Developments) Ltd.*, [1987] 2 E.G.L.R. 173 (Ch. D.). Sans examiner en détail ces décisions, il semble évident que la police ne pouvait, en toute impunité, placer une nacelle élévatrice dans l'allée derrière la maison de l'appelant et, sans « mettre le pied » sur sa propriété, s'emparer de divers objets se trouvant sur le terrain et la galerie de l'appelant afin de les examiner. Comme l'a à juste titre souligné la juge Conrad de la Cour d'appel, les tribunaux placent depuis longtemps la maison d'une personne au cœur ou presque des préoccupations relatives au respect de sa vie privée, du fait qu'il s'agit du lieu où nos activités les plus intimes et privées sont le plus susceptibles de se dérouler (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 42; *Tessling*, par. 22; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, par. 140; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 43, et *Plant*, p. 302); ils y placent aussi le périmètre entourant la maison (*R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 237 et 241; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263, p. 273).

[45] Le point qu'il faut retenir me semble-t-il est que, bien que le droit à l'intimité territoriale soit en cause en l'espèce, l'intrusion *physique* de la police avait un caractère relativement périphérique et que, prise dans son contexte, il convient de la considérer comme faisant partie de l'ensemble des circonstances d'une revendication qu'il est préférable d'aborder sous l'angle du droit à l'intimité informationnelle.

(6) Il ne s'agissait pas d'une perquisition périphérique

[46] Je suis d'accord avec le ministère public pour dire que, en l'espèce, l'action policière ne correspondait pas à une « perquisition périphérique » au sens où cette expression est utilisée dans notre jurisprudence.

[47] *Kokesch* involved a “perimeter search” of a private dwelling, but the facts were very different from the present case, as appears from the extract from the trial judgment reproduced by Dickson C.J., at p. 9:

Quite clearly from that evidence, one can see that the officer went right up to this dwelling-house, and observed it closely, and it appears from questions and answers from the cross-examination by Mr. Rosenberg that he, in fact, attempted to peer into the window. He conceded in order to get to the house he had to go down a long driveway, some seventy-five (75) to a hundred (100) yards long.

[48] Similarly, in *Grant*, the police went up to the dwelling to note “what they described as the sound of electric motors or fans emanating from inside the residence”. The evidence they collected “would have been impossible to have observed without entering onto the property” (p. 228). Sopinka J. acknowledged that “warrantless searches of private property have on occasion been upheld by Canadian courts, including this Court” (p. 240) but s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, being inapplicable in the circumstances, there was no lawful authority for the police to walk around the perimeter of the dwelling. (In the present case, on the contrary, the police were perfectly entitled to be in the public alley to the rear of the appellant’s house.)

[49] In *Wiley*, the police officer’s “perimeter search” involved walking right up to exhaust vents in the dwelling-house so closely that he “felt condensation on them and noted the smell of fresh marijuana emanating from them” (p. 267).

[50] In *Evans*, the police knocked on the door of a dwelling, identified themselves, detected the smell of marijuana wafting from inside, and immediately arrested the occupants. The majority held that the police had exceeded any “implied licence to knock” because one of their purposes in coming to the door was to get a “whiff or a smell” of the drug. This constituted a warrantless search. La Forest J., concurring, expressed the view that “[o]ur society

[47] *Kokesch* portait sur la « perquisition périphérique » d’une maison d’habitation, mais les faits étaient très différents de ceux de la présente affaire, tel qu’il appert de l’extrait du jugement de première instance cité par le juge en chef Dickson, à la p. 9 :

Il ressort très clairement de ce témoignage que l’agent s’est rendu directement à cette maison d’habitation, l’a observée attentivement, et il ressort des questions et réponses du contre-interrogatoire mené par M^e Rosenberg qu’il a effectivement tenté de regarder par la fenêtre. Il a reconnu que, pour se rendre à la maison, il devait suivre une longue allée d’environ soixante-quinze (75) à cent (100) verges de long.

[48] De même, dans *Grant*, les policiers se sont rendus jusqu’à la maison et ont entendu « ce qu’ils ont décrit comme un bruit de moteurs électriques ou de ventilateurs fonctionnant à l’intérieur de la résidence ». Ils ont recueilli des éléments de preuve « qu’il leur aurait été impossible de voir sans entrer sur le terrain » (p. 228). Le juge Sopinka a reconnu que « les tribunaux canadiens, y compris notre Cour, ont à l’occasion permis les perquisitions sans mandat dans une propriété privée » (p. 240), mais comme l’art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, ne s’appliquait pas dans les circonstances, les policiers n’étaient pas autorisés par la loi à marcher sur le terrain entourant la maison. (En l’espèce, au contraire, les policiers avaient parfaitement le droit de se trouver dans la ruelle à l’arrière de la maison de l’appelant.)

[49] Dans *Wiley*, le policier effectuant la « perquisition périphérique » s’est approché si près des bouches d’aération de la maison qu’il « a constaté, en les touchant, la présence de condensation. De plus, il a senti une odeur de marijuana fraîche qui en émanait » (p. 267).

[50] Dans *Evans*, les policiers ont frappé à la porte d’une maison d’habitation, se sont identifiés, ont senti une odeur de marijuana qui provenait de l’intérieur et ont immédiatement arrêté les occupants. Les juges majoritaires ont conclu que les policiers avaient outrepassé « l’autorisation implicite de frapper à la porte », parce qu’un de leurs buts, en se présentant à la porte, était de rechercher une « odeur » de marijuana. Il s’agissait d’une

simply cannot accept police wandering about or ‘sniffing’ around our homes” (para. 3).

[51] In *Plant*, police officers walked across private property to a dwelling, knocked on the door, and received no answer. They then observed two basement windows covered with “something opaque” and “they sniffed at” a dryer exhaust vent. On detecting nothing of interest, they looked inside the vent and “discovered that it was plugged with a plastic bag”. The two officers were then “chased from the premises by a resident who returned home” (p. 286).

[52] Nothing said in these reasons should throw any doubt on the rulings on perimeter searches in *Kokesch, Grant, Wiley, Evans* and *Plant*. I do not believe that what we have in this case amounts to a “perimeter search”. The prohibition laid down in those cases is simply inapplicable to the facts of this case.

(7) Whether the Subject Matter of the Alleged Search Was in Public View

[53] Of course the garbage bags were in plain view but the appellant asserts no privacy interest in the outside surface of the bags. His concern, as was the concern of the police, was with the concealed contents of the bags, which were clearly not in public view.

(8) Whether the Subject Matter of the Alleged “Search” Had Been Abandoned

[54] Clearly, the appellant intended to abandon his proprietary interest in the physical objects themselves. The question is whether he had a reasonable continuing privacy interest in the information which the contents revealed to the police. There was some discussion at the bar that a privacy interest does not

fouille ou perquisition sans mandat. Dans ses motifs concourants, le juge La Forest s’est dit d’avis que « [n]otre société ne peut tout simplement pas accepter que des policiers flânent autour de nos demeures ou qu’ils y recherchent une odeur » (par. 3).

[51] Dans *Plant*, des policiers sont entrés sur une propriété privée, ont marché jusqu’à la maison, puis ont frappé à la porte sans obtenir de réponse. Ils ont alors remarqué deux fenêtres du sous-sol recouvertes d’une « substance opaque » et « ils ont senti » la bouche d’évacuation de la sècheuse. Comme ils n’ont rien décelé, ils ont regardé à l’intérieur de la bouche d’évacuation et ont « constaté qu’elle était obstruée à l’aide d’un sac de plastique ». Les deux policiers ont ensuite « été chassés par un résident qui rentrait chez lui » (p. 286).

[52] Rien dans les présents motifs ne devrait semer le moindre doute quant aux décisions sur les perquisitions périphériques rendues dans les arrêts *Kokesch, Grant, Wiley, Evans* et *Plant*. Je ne crois pas que l’action policière dont il est question dans la présente affaire constitue une « perquisition périphérique ». L’interdiction énoncée dans ces arrêts ne s’applique tout simplement pas aux faits de l’espèce.

(7) L’objet de la perquisition contestée était-il à la vue du public?

[53] Il va de soi que les sacs d’ordures étaient bien en vue, mais l’appelant n’invoque aucun droit au respect de sa vie privée à l’égard de la surface externe des sacs. Ce qui l’intéressait, et ce qui intéressait la police, c’était le contenu dissimulé à l’intérieur des sacs, contenu qui n’était manifestement pas à la vue du public.

(8) L’objet de la « fouille ou perquisition » contestée avait-il été abandonné?

[54] De toute évidence, l’appelant avait l’intention de renoncer à son droit de propriété sur les objets matériels eux-mêmes. La question à laquelle il faut répondre est de savoir s’il continuait raisonnablement de jouir d’un droit au respect de sa vie privée relativement à l’information que le contenu des sacs

cease until garbage becomes “anonymous”, but as Conrad J.A. noted, much garbage never becomes anonymous, e.g. addressed envelopes, personal letters and so on. In this case, the garbage included invoices for the purchase of chemicals used in the preparation of the drug Ecstasy. The idea that s. 8 protects an individual’s privacy in garbage until the last unpaid bill rots into dust, or the incriminating letters turn into muck and are no longer decipherable, is to my mind too extravagant to contemplate. It would require the entire municipal disposal system to be regarded as an extension, in terms of privacy, of the dwelling-house. Yet if there is to be a reasonable cut-off point, where is it to be located? The line must be easily intelligible to both police and homeowners. Logically, because abandonment is a conclusion inferred from the conduct of the individual claiming the s. 8 right, the reasonableness line must relate to the conduct of that individual and not to anything done or not done by the garbage collectors, the police or anyone else involved in the subsequent collection and treatment of the “bag of information”.

[55] *Stillman* (at para. 62) and *Tessling* (at paras. 40-41) identified garbage as a “classic” instance of abandonment. Here, I believe, abandonment occurred when the appellant placed his garbage bags for collection in the open container at the back of his property adjacent to the lot line. He had done everything required of him to commit his rubbish to the municipal collection system. The bags were unprotected and within easy reach of anyone walking by in a public alleyway, including street people, bottle pickers, urban foragers, nosey neighbours and mischievous children, not to mention dogs and assorted wildlife, as well as the garbage collectors and the police. This conclusion is in general accord with the jurisprudence.

a révélée à la police. On a soutenu, à l’audience, que le droit à la vie privée ne s’éteint qu’au moment où les ordures deviennent « anonymes », mais comme l’a souligné la juge Conrad de la Cour d’appel, beaucoup d’ordures ne le deviennent jamais, notamment les enveloppes adressées, les lettres personnelles, etc. En l’espèce, il y avait dans les ordures des factures se rapportant à l’achat de produits chimiques utilisés dans la préparation de l’ecstasy. L’idée que l’art. 8 protège le droit à la vie privée d’une personne à l’égard de ses ordures jusqu’à ce que la dernière facture impayée ait été réduite en poussière ou que les lettres incriminantes se soient décomposées et ne soient plus déchiffrables est, à mon sens, trop extravagante pour être envisagée. Il faudrait pour cela considérer l’ensemble du système municipal d’élimination des ordures comme un prolongement — sur le plan du respect de la vie privée — de la maison d’habitation. Mais s’il doit exister un point de démarcation raisonnable, où devrait-il se situer? Il faut qu’il soit facilement compréhensible pour la police comme pour les propriétaires de maison. Logiquement, comme l’abandon est une conclusion tirée du comportement de la personne revendiquant le droit garanti par l’art. 8, le point de démarcation raisonnable doit se rapporter au comportement de cette personne et non aux gestes qu’ont faits ou n’ont pas faits les éboueurs, les policiers ou toute personne participant au ramassage ultérieur et au traitement du « sac d’informations ».

[55] Dans *Stillman* (par. 62) et *Tessling* (par. 40-41), les ordures ont été considérées comme un cas « classique » d’abandon. En l’espèce, l’abandon a eu lieu selon moi au moment où l’appellant a placé ses sacs d’ordures, en vue de leur ramassage, dans le contenant ouvert situé à l’arrière de sa propriété et adjacent à la limite du terrain. Il avait alors fait tout ce qu’il fallait pour confier ses ordures au système municipal de ramassage. Les sacs n’étaient pas protégés et ils se trouvaient à la portée de quiconque circulait dans la ruelle, notamment les sans-abri, les ramasseurs de bouteilles, les fouilleurs de poubelles, les voisins fouineurs et les galopins, sans oublier les chiens et autres animaux, ainsi que les éboueurs et les policiers. Cette conclusion est, d’une manière générale, conforme à la jurisprudence.

[56] In *R. v. Krist* (1995), 100 C.C.C. (3d) 58 (B.C.C.A.), three garbage bags were placed on the side of the road in front of the appellant's home ready for garbage pickup. As the garbage truck approached, the police grabbed two of the bags. The Crown acknowledged that without the material found in the garbage search, the police would not have had the reasonable grounds to obtain a search warrant of the appellant's house and van. The court observed:

The question here is whether the important values which s. 8 protects in relation to privacy within the home reasonably extends to that which has been discarded from the home and put out for collection as garbage. I think not.

. . .

We are not concerned in this case with a search which invaded the sanctity of the home. What we are concerned with is whether there is a reasonable expectation of privacy in relation to information that may be gleaned from trash which has been abandoned by a householder to the vagaries of municipal garbage disposal. [paras. 25 and 27]

[57] In *Kennedy*, following a homicide, a police officer in the company of a city employee took all of the bags set out for collection by the apartment building where both appellants resided. The officer then went through the garbage and was able to tie some of the contents to the appellant Kennedy, including empty envelopes and handwritten notes which were linked to the robbery. No warrant was obtained. The trial judge found that the appellant Kennedy, having discarded the contents of the garbage, had no reasonable expectation of privacy. His admission of the evidence was upheld by the Ontario Court of Appeal.

[58] In the earlier case of *R. v. Taylor*, [1984] B.C.J. No. 176 (QL) (S.C.), police took garbage left

[56] Dans *R. c. Krist* (1995), 100 C.C.C. (3d) 58 (C.A.C.-B.), trois sacs de déchets se trouvaient en bordure de la route devant la maison de l'appellant pour la collecte des ordures. Au moment où le camion des éboueurs approchait, la police s'est emparée de deux des sacs. Le ministère public a reconnu que, sans les objets trouvés lors de la fouille des ordures, la police n'aurait pas disposé des motifs raisonnables nécessaires pour obtenir un mandat l'autorisant à perquisitionner dans la maison et la fourgonnette de l'appelant. La cour a fait les observations suivantes :

[TRADUCTION] La question à trancher est celle de savoir si les valeurs importantes protégées par l'art. 8 en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée à l'intérieur de la maison s'étendent raisonnablement aux choses qui ont été sorties de celle-ci pour être ramassées par les éboueurs. Je ne le crois pas.

. . .

Nous ne sommes pas en présence d'une perquisition ayant porté atteinte au caractère sacré du domicile. La question à trancher est plutôt celle de savoir s'il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée relativement à l'information susceptible d'être glanée dans des ordures que l'occupant d'une résidence a abandonnées aux aléas de l'élimination des ordures par la municipalité. [par. 25 et 27]

[57] Dans l'affaire *Kennedy*, à la suite d'un homicide, un policier accompagné d'un employé municipal avait pris tous les sacs qui avaient été sortis, pour l'enlèvement des ordures, de l'immeuble où habitaient les deux appelants. Le policier avait ensuite examiné le contenu de ces sacs, ce qui lui avait permis d'établir des liens entre l'appelant Kennedy et certains objets se trouvant dans les sacs, y compris des enveloppes vides et des notes manuscrites reliées au vol. Aucun mandat n'avait été obtenu. Le juge du procès a conclu que, comme l'appelant Kennedy s'était défait du contenu des ordures, il n'avait pas d'attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée. La décision du juge du procès d'admettre cette preuve a été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario.

[58] Dans une affaire antérieure, *R. c. Taylor*, [1984] B.C.J. No. 176 (QL) (C.S.), un policier avait

for pickup by the accused at the rear of his property adjacent to the back alley. In concluding that the accused did not enjoy privacy rights over the garbage, Toy J. observed at para. 49: “I am unable to characterize the removal of garbage apparently abandoned for delivery to the garbage disposal area as an unreasonable seizure.”

[59] In *R. v. Tam*, [1993] B.C.J. No. 781 (QL) (S.C.), police took garbage bags left lying on the pavement for garbage collectors. To reach the bags, the police officer stepped across the property line. The trial judge considered this to be a trespass in only “the most technical, trivial and insignificant sense” (para. 3), and concluded that the contents were abandoned items that were left to garbage collectors to do with as they liked and there was no reasonable expectation of privacy in those contents.

[60] In *R. v. Allard*, 2006 QCCQ 3080, [2006] J.Q. n° 3377 (QL), a police officer stood on public property and reached beside a receptacle on private property to retrieve garbage bags. Toupin J.C.Q. held that Allard had abandoned the garbage and his constitutional rights were not violated. See also *R. v. Barrelet*, 2008 QCCS 3765, [2008] J.Q. n° 7991 (QL). In *R. v. Andrews*, [2005] J.Q. n° 8595 (QL) (C.Q.), on the other hand, the court was persuaded by the testimony of the accused to reach a contrary result on the facts.

[61] In *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988), the United States Supreme Court held that by placing the garbage in opaque bags at the curbside for pickup by a trash collector, residents of a house retained no reasonable expectation of privacy in the inculpatory items which they discarded. Some State courts have reached a contrary conclusion: *People v. Krivda*, 486 P.2d 1262

recueilli des ordures laissées pour le ramassage par l'accusé à l'arrière de sa propriété, qui était adjacente à une ruelle. En concluant que l'accusé ne jouissait pas de droits au respect de sa vie privée à l'égard de ces ordures, le juge Toy a fait les commentaires suivants au par. 49 : [TRADUCTION] « Je suis incapable de qualifier de saisie abusive la prise d'ordures qui avaient apparemment été abandonnées pour être transportées au site d'élimination. »

[59] Dans *R. c. Tam*, [1993] B.C.J. No. 781 (QL) (C.S.), des policiers s'étaient emparés de sacs d'ordures qui avaient été laissés sur le pavé pour les éboueurs. Pour atteindre les sacs, ils avaient franchi la limite de la propriété. Le juge du procès a considéré que ce geste ne constituait une intrusion que [TRADUCTION] « dans le sens le plus technique, anodin et insignifiant » (par. 3), et il a conclu que les objets que contenaient les sacs étaient des objets abandonnés, qui avaient été laissés là pour que les éboueurs en fassent ce qu'ils voulaient, et qu'il n'existait aucune attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à leur égard.

[60] Dans *R. c. Allard*, 2006 QCCQ 3080, [2006] J.Q. n° 3377 (QL), un policier avait ramassé, sans quitter la voie publique, des sacs d'ordures se trouvant près d'un réceptacle situé sur une propriété privée. La juge Toupin de la Cour du Québec a statué que M. Allard avait abandonné les ordures et que les droits que lui garantit la Constitution n'avaient pas été violés. Voir aussi *R. c. Barrelet*, 2008 QCCS 3765, [2008] J.Q. n° 7991 (QL). Par contre, dans *R. c. Andrews*, [2005] J.Q. n° 8595 (QL) (C.Q.), le témoignage de l'accusé a amené le tribunal à tirer la conclusion inverse, eu égard aux faits de l'espèce.

[61] Dans *California c. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988), la Cour suprême des États-Unis a conclu que, en mettant les ordures dans des sacs opaques en bordure du trottoir afin qu'elles soient ramassées par les éboueurs, les occupants d'une maison n'avaient conservé aucune attente raisonnable en matière de respect de leur vie privée à l'égard des objets inculpataires dont ils se défaisaient.

(Cal. 1971), at p. 1268; *State v. Morris*, 680 A.2d 90 (Vt. 1996).

[62] Nevertheless, until the garbage is placed at or within reach of the lot line, the householder retains an element of control over its disposition and cannot be said to have unequivocally abandoned it, particularly if it is placed on a porch or in a garage or within the immediate vicinity of the dwelling where the principles set out in the “perimeter” cases such as *Kokesch*, *Grant* and *Wiley* apply.

[63] In municipalities (if there are any left) where garbage collectors come to the garage or porch and carry the garbage to the street, they are operating under (at least) an implied licence from the householder to come onto the property. The licence does not extend to the police. However, when the garbage is placed at the lot line for collection, I believe the householder has sufficiently abandoned his interest and control to eliminate any objectively reasonable privacy interest.

[64] Given the “totality of the circumstances” test, little would be gained by an essay on different variations of garbage disposal. To take a few common examples, however, the rural people who take their garbage to a dump and abandon it to the pickers and the seagulls, the apartment dweller who unloads garbage down a chute to the potential scrutiny of a curious building superintendent, and the householder who takes surreptitious advantage of a conveniently located dumpster to rid himself or herself of the “bag of information” are all acting in a manner inconsistent with the reasonable assertion of a continuing privacy interest, in my view.

Certains tribunaux d’État sont arrivés à la conclusion opposée : *People c. Krivda*, 486 P.2d 1262 (Cal. 1971), p. 1268; *State c. Morris*, 680 A.2d 90 (Vt. 1996).

[62] Néanmoins, jusqu’au moment où les ordures sont placées à la limite du terrain ou à la portée de quelqu’un se trouvant à cette limite, l’occupant conserve une part de contrôle sur la façon dont il en sera disposé et on ne saurait dire qu’il les a abandonnées de façon certaine, surtout si elles se trouvent sur une galerie, dans un garage ou à proximité immédiate de la résidence, où s’appliquent les principes énoncés dans les arrêts portant sur les « perquisitions périphériques », tels *Kokesch*, *Grant* et *Wiley*.

[63] Dans les municipalités où les éboueurs viennent jusqu’au garage ou à la galerie pour y chercher les ordures et les apporter à la rue (s’il existe encore de telles municipalités), les éboueurs pénètrent sur la propriété en vertu d’une autorisation (au moins) implicite du propriétaire. Cette autorisation ne s’étend pas aux policiers. Toutefois, lorsque les ordures sont placées à la limite de la propriété pour la collecte, j’estime que le propriétaire a suffisamment renoncé au droit et au contrôle qu’il avait à leur égard pour qu’il ne subsiste plus aucun droit objectivement raisonnable en matière de respect de sa vie privée.

[64] Vu l’existence du critère fondé sur l’« ensemble des circonstances », il ne serait pas vraiment utile de disserter sur les différentes variations de l’élimination des déchets. Mais pour citer quelques exemples courants, les gens vivant à la campagne qui transportent leurs ordures jusqu’au dépôt et les abandonnent ainsi aux glaneurs et aux goélands, l’habitant d’un immeuble qui jette dans le vide-ordures des déchets qui pourraient susciter l’intérêt d’un concierge curieux, le propriétaire de maison qui profite subrepticement d’une benne à déchets commodément située pour se débarrasser du « sac d’informations », agissent tous, selon moi, d’une manière incompatible avec le maintien raisonnable de l’affirmation d’un droit au respect de la vie privée.

(9) Whether the Information Was Already in the Hands of Third Parties; if so, Was It Subject to an Obligation of Confidentiality

[65] It was contended that the appellant retained an objectively reasonable privacy interest in the contents of the garbage bags at least until the bags were actually collected by the municipal employees. In this case, the bags were taken by police before the garbage collectors arrived.

[66] I do not believe it is necessary to defer a finding of abandonment until the further step of the taking of the bags by garbage collectors, as this further step does not depend on any act of the claimant. Further, it would add little in the way of protection as the garbage collector could be accompanied by a police officer and simply hand the bags to the police forthwith on collection, a type of co-operation evident in *Krist*.

[67] The Criminal Lawyers' Association seeks to bring garbage collection within the proposition that private information should remain confidential to the persons (i.e. the garbage collectors) to whom it was intended to be divulged, and for the purpose for which it was divulged, citing *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 108, and *Dyment*, at pp. 431-32. One can readily accept this proposition in the context, for example, of the doctor/patient relationship. However, to extend it to the garbage collector/householder relationship, such as it is, is a step too far. Not only does the garbage collector not undertake to keep the trash confidential, any expectation by a householder of any such undertaking would be plainly unreasonable.

[68] Reference was also made by the appellant and supporting interveners to the City of Calgary Bylaw No. 20M2001 (*Waste Bylaw*) (am. October 6, 2003,

(9) Les renseignements étaient-ils déjà entre les mains de tiers? Dans l'affirmative, ces renseignements étaient-ils visés par une obligation de confidentialité?

[65] On a prétendu que l'appelant conservait un droit objectivement raisonnable au respect de sa vie privée en ce qui a trait au contenu des sacs d'ordures, et ce, au moins jusqu'à ce que les sacs soient effectivement ramassés par les employés municipaux. En l'espèce, la police s'est emparée des sacs avant l'arrivée des éboueurs.

[66] Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de repousser le moment où l'on peut conclure à l'abandon des sacs jusqu'à l'étape de leur ramassage par les éboueurs : cette étape ultérieure ne dépend en effet d'aucun acte de celui qui invoque l'abandon. De plus, cela n'accroîtrait pas vraiment la protection, parce que l'éboueur pourrait être accompagné d'un agent de police à qui il remettrait simplement les sacs immédiatement après les avoir ramassés, un type de collaboration évident dans *Krist*.

[67] La Criminal Lawyers' Association cherche à rendre applicable à la collecte d'ordures la thèse selon laquelle des renseignements privés ne devraient rester connus que des personnes (en l'occurrence les éboueurs) à qui on entendait les communiquer, et qu'ils ne devraient être utilisés qu'aux fins pour lesquelles ils ont été communiqués, citant *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 108, et *Dyment*, p. 431-432. On peut facilement accepter cette thèse dans le contexte, par exemple, de la relation entre le médecin et son patient. Mais vouloir en étendre l'application à la relation entre l'éboueur et le propriétaire ou l'occupant d'une maison, comme c'est le cas en l'espèce, c'est pousser les choses un peu trop loin. Non seulement l'éboueur ne s'engage pas à préserver la confidentialité des renseignements que contiennent les ordures, mais toute attente en ce sens que pourrait avoir la personne déposant ses ordures pour le ramassage serait carrément déraisonnable.

[68] L'appelant et les intervenants qui l'appuient ont également cité le règlement de la ville de Calgary n° 20M2001 (*Waste Bylaw*) (mod.

38M2003), which provides that: “No person shall scavenge waste from a commercial bin, waste container or plastic garbage bag” (s. 4), and “Except as provided in section 26, the owner of a residential dwelling must ensure that waste generated at his residential dwelling is set out for collection in a waste container or a plastic garbage bag” (s. 19). This is not a bylaw enforcement proceeding. The fact that a City of Calgary bylaw says that only garbage collectors may collect garbage has little bearing, in my view, on the proper characterization of the appellant’s conduct in discarding to the municipal garbage system articles that proved to be of interest to the police. His conduct was plainly inconsistent with the retention of a privacy interest as, in my view, an independent observer would not regard such an expectation of privacy as reasonable in the totality of the circumstances.

(10) Was the Police Conduct Intrusive in Relation to the Privacy Interest?

[69] Given that the act of abandonment occurred prior to the police gathering the garbage bags, there was no privacy interest in existence at the time of the police intervention, which therefore did not constitute an intrusion into a subsisting privacy interest.

(11) Was the Policy Technique Objectively Unreasonable?

[70] Much has been written in the privacy cases about police techniques that undermine privacy and have the potential to make social life in this country intolerable (e.g. the use of electronic recordings of private conversations in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30). This is not one of those cases. There is always, as *Hunter v. Southam* established, a realistic balance that must be struck between privacy and the legitimate demands of law enforcement and criminal investigation. In this case, the appellant’s

6 octobre 2003, 38M2003), lequel prévoit ce qui suit : [TRADUCTION] « Il est interdit de récupérer des ordures qui se trouvent dans une benne à rebuts commerciale, un conteneur à déchets ou un sac poubelle en plastique » (art. 4) et « Sous réserve des dispositions de l’article 26, le propriétaire d’une maison d’habitation doit s’assurer que les ordures générées dans sa maison sont sorties, en vue du ramassage, dans un conteneur à déchets ou dans un sac poubelle en plastique » (art. 19). La présente instance n’est pas une procédure visant à faire respecter un règlement municipal. Le fait que, selon un règlement de la ville de Calgary, seuls les éboueurs sont autorisés à ramasser les ordures n’a guère d’incidence, à mon avis, sur la qualification du comportement de l’appelant qui a jeté aux ordures des articles qui se sont avérés intéressants pour la police. Sa conduite était tout simplement incompatible avec le maintien de l’affirmation d’un droit au respect de sa vie privée, car selon moi un observateur indépendant ne considérerait pas une telle attente raisonnable eu égard à l’ensemble des circonstances.

(10) La conduite de la police avait-elle un caractère envahissant par rapport au droit à la vie privée?

[69] Puisque l’acte d’abandon a eu lieu avant que la police s’empare des sacs d’ordures, il n’existait aucun droit au respect de la vie privée lors de l’intervention policière, laquelle ne constitue donc pas une atteinte à un droit subsistant au respect de la vie privée.

(11) La technique utilisée par la police était-elle objectivement déraisonnable?

[70] Il a beaucoup été question, dans les affaires portant sur le droit au respect de la vie privée, des techniques policières qui sapent ce droit et sont susceptibles de rendre intolérable la vie en société dans notre pays (mentionnons par exemple l’utilisation de l’enregistrement électronique de conversations privées dans *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30). Nous ne sommes pas en présence d’une telle affaire. Comme il a été établi dans *Hunter c. Southam*, il faut dans chaque cas trouver un équilibre réaliste

conduct was, in my view, inconsistent with preservation of the former and tipped the balance in favour of the latter.

(12) Whether the Gathering of This Evidence Exposed Intimate Details of the Appellant's Lifestyle or Information of a Biographical Nature

[71] Lifestyle and biographical information was exposed, but the effective cause of the exposure was the act of abandonment by the appellant, not an intrusion by the police into a subsisting privacy interest.

D. *If the Appellant Had a Reasonable Expectation of Privacy in This Case, Was It Violated by the Police Conduct?*

[72] In the absence of a subsisting privacy interest at the time the police gathered the bags, there was no violation.

V. Conclusion

[73] In summary, I agree with the trial judge and the Court of Appeal majority in this case that the appellant had abandoned his privacy interest in the contents of the garbage bags gathered up by the police when he placed them in the garbage alcove open to the laneway ready for collection. The taking by the police did not constitute a search and seizure within the scope of s. 8, and the evidence (as well as the fruits of the search warrant obtained in reliance on such evidence) was properly admissible.

[74] In the circumstances, there is no need to consider the admission of the evidence under s. 24(2).

entre le droit au respect de la vie privée et les besoins légitimes en matière d'application de la loi et d'enquêtes criminelles. En l'espèce, le comportement de l'appelant était selon moi incompatible avec la préservation du droit en cause, ce qui faisait pencher la balance en faveur des besoins susmentionnés.

(12) L'obtention de ces éléments de preuve a-t-elle révélé des détails intimes sur le mode de vie de l'appelant ou des renseignements d'ordre biographique le concernant?

[71] Des détails sur le mode de vie et des renseignements d'ordre biographique ont été révélés, mais la cause véritable de leur découverte réside dans l'acte d'abandon de l'appelant, et non dans une atteinte de la part des policiers à un droit subsistant au respect de la vie privée.

D. *Si l'appelant avait une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée en l'espèce, a-t-elle été violée par la conduite de la police?*

[72] Comme aucun droit au respect de la vie privée ne subsistait lorsque la police a pris les sacs, il faut répondre à cette question par la négative.

V. Conclusion

[73] En résumé, je souscris à la conclusion du juge du procès et des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle l'appelant avait renoncé à son droit au respect de sa vie privée à l'égard du contenu des sacs d'ordures recueillis par la police quand il a déposé ceux-ci dans le réceptacle accessible par la ruelle en vue de leur ramassage. La prise des sacs par les policiers ne constituait pas une perquisition et une saisie visées par l'art. 8, et les éléments de preuve (de même que les fruits du mandat de perquisition obtenu sur la base de ces éléments) étaient à juste titre admissibles.

[74] Dans les circonstances, il n'est pas nécessaire d'analyser la question de l'utilisation des éléments de preuve au regard du par. 24(2).

VI. Disposition

[75] The appeal is dismissed.

The following are the reasons delivered by

[76] ABELLA J. — What we inelegantly call “garbage” may contain the most intensely personal and private information about ourselves. Brennan J., in his dissent in *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988), illuminated the issue as follows:

A single bag of trash testifies eloquently to the eating, reading, and recreational habits of the person who produced it. A search of trash, like a search of the bedroom, can relate intimate details about sexual practices, health, and personal hygiene. Like rifling through desk drawers or intercepting phone calls, rummaging through trash can divulge the target’s financial and professional status, political affiliations and inclinations, private thoughts, personal relationships, and romantic interests. [p. 50]

[77] As Binnie J. emphasizes, the main question in this appeal is whether there exists an objectively reasonable expectation of privacy in household waste put out for collection near one’s home. While I agree with him that there is no violation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in this case, in my view, with respect, the privacy of personal information emanating from the home, which has been transformed into household waste and put out for disposal, is entitled to protection from indiscriminate state intrusion. Such information should not be seen to automatically lose its “private” character simply because it is put outside for garbage disposal. Before the state can rummage through the personal information from this ultimate zone of privacy, there should be, at the very least, a reasonable suspicion that a crime has been or is likely to be committed.

VI. Dispositif

[75] Le pourvoi est rejeté.

Version française des motifs rendus par

[76] LA JUGE ABELLA — Les choses que nous appelons, de manière peu élégante, des « ordures » peuvent contenir des renseignements éminemment personnels et privés nous concernant. Dans son opinion dissidente dans l’arrêt *California c. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988), le juge Brennan a donné les éclaircissements suivants à cet égard :

[TRADUCTION] Un seul sac à ordures témoigne de manière éloquente des habitudes de la personne qui le remplit en matière d’alimentation, de lecture et de loisirs. Fouiller les ordures, tout comme fouiller une chambre à coucher, peut révéler des détails intimes sur les pratiques sexuelles, la santé et l’hygiène d’une personne. Il est possible, en fouillant dans les ordures de la personne ciblée, de connaître sa situation financière et professionnelle, ses affiliations et orientations politiques, ses réflexions personnelles, ses relations personnelles et ses intérêts amoureux, tout comme le permettraient l’examen des tiroirs de son bureau ou l’interception de ses appels téléphoniques. [p. 50]

[77] Comme le souligne le juge Binnie, la question principale dans le présent pourvoi consiste à décider s’il existe une attente objectivement raisonnable en matière de respect de la vie privée à l’égard des ordures ménagères déposées près d’une maison en vue de leur collecte. Bien que je sois d’accord avec mon collègue pour dire qu’il n’y a aucune violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* en l’espèce, en toute déférence j’estime que le caractère privé de renseignements personnels provenant de la maison, renseignements devenus des ordures ménagères puis sortis en vue de leur collecte, doit être protégé contre les intrusions aléatoires de l’État. Il ne faudrait pas considérer que de tels renseignements perdent automatiquement leur caractère « privé » du seul fait qu’ils sont déposés à l’extérieur en vue de la collecte des ordures. Avant que l’État puisse être autorisé à fouiller dans l’information personnelle provenant de cet espace privé par excellence, il devrait exister, à tout le moins, des soupçons raisonnables qu’un crime a été commis ou le sera vraisemblablement.

[78] The protection of privacy is a central feature of the Canadian constitutional system. In *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, La Forest J. wrote:

Grounded in man's physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order. The restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state. [pp. 427-28]

[79] This Court has consistently observed that the home is the most private of places. In *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, Cory J. wrote: "There is no place on earth where persons can have a greater expectation of privacy than within their 'dwelling-house'" (para. 140). And in *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, Binnie J. referred to the home as "being the place where our most intimate and private activities are most likely to take place" (para. 22).

[80] Does the state have the right to appropriate what is otherwise intensely private information from the home when it is left out for collection and disposal? My concern with allowing such an invasion of privacy is that it permits unobstructed access to information most people would never expect to be publicly accessible.

[81] The protection against unreasonable state privacy intrusion is determined contextually by examining the "totality of the circumstances", as developed in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, and, more recently, in *Tessling*. The advantage of the contextual *Tessling* test is that it allows us to closely tailor the objectively reasonable expectation of privacy to the circumstances of a particular situation.

[78] La protection de la vie privée est un aspect fondamental du système constitutionnel canadien. Dans *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, le juge La Forest a écrit ce qui suit :

Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public. L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique. [p. 427-428]

[79] La Cour a affirmé de façon constante que la maison d'une personne est le lieu privé par excellence. Dans *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, le juge Cory a écrit : « Il n'existe aucun endroit au monde où une personne possède une attente plus grande en matière de vie privée que dans sa "maison d'habitation" » (par. 140). Et, dans *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, le juge Binnie a dit de la résidence qu'elle est « le lieu où nos activités les plus intimes et privées sont le plus susceptibles de se dérouler » (par. 22).

[80] L'État a-t-il le droit de s'emparer de ce qui constitue par ailleurs des renseignements éminemment privés provenant de la maison lorsqu'ils sont déposés en vue de leur collecte et de leur élimination? L'inquiétude que soulève chez moi le fait d'autoriser une telle atteinte à la vie privée est qu'elle permet un accès illimité à des renseignements que la plupart des gens ne s'attendraient jamais à ce qu'ils soient mis à la disposition du public.

[81] La protection dont jouit une personne contre les atteintes abusives de l'État au droit à la vie privée est déterminée contextuellement, en examinant l'« ensemble des circonstances », selon l'analyse élaborée dans *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, puis développée plus récemment dans *Tessling*. L'avantage de l'analyse contextuelle exposée dans cet arrêt est qu'elle nous permet d'adapter de façon précise l'attente objectivement raisonnable en matière de respect de la vie privée aux circonstances d'une situation particulière.

[82] In this case, the privacy interest is primarily informational. In *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293, Sopinka J. described an individual's informational privacy interest as "a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state". Further, "[t]his would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual" (p. 293).

[83] What, then, are the reasonable expectations of an individual regarding the information that emanates from the home? Do individuals knowingly and voluntarily choose to part with private information when it is left out for collection? I think that when one considers the kind of medical, financial or other personal information that is potentially exposed, the answer is that most people retain an intention that the information stay private.

[84] But as Binnie J. notes, a key countervailing factor in this appeal is the fact that the subject matter of the search, household waste, was technically "abandoned". Binnie J. acknowledges that except for this factor of the *Tessling* analysis, most indicators in this case point towards a reasonable expectation of privacy.

[85] Abandonment is merely one factor under the *Tessling* analysis. In my view, other factors, including whether the search exposed intimate details of an individual's life and the location of the search at or in close proximity to the property line, militate in favour of finding a reasonable expectation of privacy in such information. Abandonment can be seen more as relating to the *objects* contained in the waste, rather than to the information they reveal or to one's privacy interest in that information. It seems to me to be reasonable to infer that most individuals do not intend that that personal

[82] En l'espèce, l'aspect du droit au respect de la vie privée qui est en cause est principalement l'intimité informationnelle. Dans *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293, le juge Sopinka a décrit cet aspect comme étant « un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État ». Il a ajouté qu'« [i]l pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu » (p. 293).

[83] En conséquence, quelles sont les attentes raisonnables d'une personne à l'égard des renseignements qui proviennent de sa maison? Est-ce qu'une personne choisit sciemment et volontairement de se départir de renseignements confidentiels quand elle les dépose en vue du ramassage des ordures? Si l'on considère le genre de renseignements personnels — médicaux, financiers ou autres — qui sont susceptibles d'être révélés, je crois que la réponse à cette question est que la plupart des gens entendent que ces renseignements demeurent privés.

[84] Toutefois, comme le souligne le juge Binnie, un facteur important qui va à l'encontre de cette conclusion dans le présent pourvoi est le fait que l'objet de la fouille contestée, en l'occurrence les ordures ménagères, avait à proprement parler été « abandonné ». Le juge Binnie reconnaît que, exception faite de ce facteur de l'analyse établie dans *Tessling*, la plupart des faits de l'espèce tendent à indiquer l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

[85] L'abandon n'est qu'un des facteurs de l'analyse énoncée dans *Tessling*. À mon avis, d'autres facteurs — y compris la question de savoir si la fouille a révélé des détails intimes sur la vie de la personne, ainsi que l'endroit où a eu lieu cette fouille à la limite de la propriété ou à proximité de celle-ci — militent en faveur de la conclusion qu'il existe une attente raisonnable quant au respect du caractère privé de ces renseignements. L'abandon peut être considéré comme s'attachant davantage aux *objets* se trouvant dans les ordures, qu'aux renseignements révélés par ces objets ou au droit d'une

information will *ever* be disclosed without a countervailing legitimate state interest.

[86] The heat emanations at issue in *Tessling* provide a useful comparator to the information conveyed through an individual's household waste. These emanations were only involuntary to the extent that they reflected undesired by-products of activities voluntarily undertaken within the home. Yet, even though he found that there was no search in the police's use of FLIR technology because the information it revealed was too vague, Binnie J. acknowledged that, with the benefit of more advanced technology to decipher the informational content of the emanations, the conclusion with respect to the existence of a privacy interest could change (para. 55). In my view, this observation captures the case before us to a significant degree. Even without the benefit of advanced technology, rummaging through household waste allows the police to scrutinize private activities within the home.

[87] The City of Calgary *Waste Bylaw*, 20M2001, governs the disposal and collection of waste. Comparable bylaws exist in numerous Canadian cities. Among other things, this bylaw prohibits scavenging, dictates the location of the waste and controls what is to be placed in the receptacle.

[88] The municipal bylaw anticipates a system designed for hygienic waste disposal and reflects an objectively reasonable expectation that household waste will be gathered by the garbage collection system once it is left at the pickup site. While it does not oblige individuals to put certain waste out for disposal, common sense and hygienic imperatives dictate that people have no choice but to dispose incrementally of the waste in their home. However, the fact that someone has

personne au respect de sa vie privée à l'égard de ces renseignements. Il me semble raisonnable d'inférer que la plupart des gens n'entendent pas que ces renseignements personnels soient *jamais* révélés en l'absence d'un intérêt légitime de l'État justifiant d'écarter leur attente à cet égard.

[86] Les émanations de chaleur dont il était question dans *Tessling* représentent un élément de comparaison utile avec l'information que révèlent les ordures ménagères d'une personne. Ces émanations étaient involontaires dans la mesure seulement où elles étaient des conséquences non souhaitées des activités menées volontairement dans la maison. Pourtant, même s'il a conclu que l'utilisation par la police de la technique FLIR ne constituait pas une fouille, au motif que l'information révélée par celle-ci était trop vague, le juge Binnie a reconnu que la conclusion concernant l'existence du droit au respect de la vie privée pourrait changer si un moyen technique plus perfectionné permettait de décoder les renseignements que contiennent les émanations (par. 55). À mon avis, cette observation résume bien le présent pourvoi. Même sans avoir recours à une technique perfectionnée, le fait de fouiner dans les ordures ménagères permet *concrètement* aux policiers de scruter les activités privées se déroulant à l'intérieur de la maison.

[87] Le règlement de la ville de Calgary n° 20M2001, intitulé *Waste Bylaw*, régit la collecte et l'élimination des déchets. Il existe des règlements semblables dans plusieurs villes canadiennes. Entre autres choses, ce règlement interdit de récupérer ce qui se trouve dans les poubelles, en plus de préciser l'endroit de la collecte des ordures et ce qui peut être déposé dans les poubelles.

[88] Le règlement prévoit un système d'élimination hygiénique des ordures et reflète l'attente objectivement raisonnable que les ordures ménagères seront ramassées par le service chargé de leur cueillette une fois qu'elles ont été déposées à l'endroit prévu à cette fin. Bien qu'il n'oblige pas les gens à mettre certaines choses aux ordures, le bon sens et des impératifs d'hygiène publique dictent que les gens n'ont d'autre choix que de se débarrasser régulièrement de leurs déchets domestiques. Cependant, le

chosen to “abandon” their household waste for the specific purpose of disposal does not thereby mean that they “abandon” their informational privacy.

[89] Individuals who put out their household waste as “garbage” expect that it will reach the waste disposal system: nothing more, nothing less. No one would reasonably expect the personal information contained in their household waste to be publicly available for random scrutiny by anyone, let alone the state, before it reaches its intended destination. Household waste, it is true, is composed of abandoned items that the occupant of the household may no longer wish to keep in his or her home. In my view, however, it is a further and unwarranted step to conclude that these individuals have abandoned the expectation, reasonable in my view, that the personal information emanating from their home will remain private.

[90] While personal information may be obtained by searching through household waste that is left at or in close proximity to the property line for collection, on the other hand the individual disposing of the waste has indicated an intention to part with the objects contained in it. From a balancing of the *Tessling* factors, this leads to a conclusion that we are dealing with a diminished expectation of privacy, not unlike the reduced expectation at border crossings (see, for example, *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, and *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652). This does not mean that the state can arbitrarily search through the information. Barring exigent circumstances, there should at least be a threshold of reasonable suspicion about the possibility of a criminal offence before household waste left for collection is searched. (See *Litchfield v. State*, 824 N.E.2d 356 (Ind. 2005).)

[91] In this case, the police had ample evidence on which to base a reasonable suspicion that a crime

fait qu’une personne choisisse d’« abandonner » ses ordures précisément en vue de leur élimination ne signifie pas pour autant qu’elle « renonce » à son droit à l’intimité informationnelle.

[89] Les personnes qui sortent leurs ordures ménagères à l’extérieur, en tant que « déchets », s’attendent à ce qu’elles soient prises en charge par le système d’élimination des ordures : rien de plus, rien de moins. Aucune personne ne s’attendrait raisonnablement à ce que les renseignements personnels se trouvant dans ses ordures ménagères puissent être examinés par quiconque arbitrairement, et encore moins par l’État, avant qu’ils aient atteint la destination prévue. Il est vrai que les ordures ménagères sont composées d’objets abandonnés, que l’occupant de la maison peut ne plus vouloir conserver chez lui. À mon avis, toutefois, il n’est pas justifié de pousser ainsi l’analyse et de conclure que ces personnes ont renoncé à l’attente — à mon sens raisonnable — que les renseignements personnels provenant de leur foyer conserveront leur caractère privé.

[90] Bien que des renseignements personnels importants puissent être recueillis en fouillant dans les ordures ménagères déposées à la limite d’une propriété ou à proximité de celle-ci en vue de leur ramassage, il faut par ailleurs reconnaître que la personne qui se débarrasse des ordures en question a indiqué par là l’intention de se départir des objets qu’elles contiennent. La mise en balance des divers facteurs énoncés dans *Tessling* amènent à conclure que nous sommes en présence d’une attente réduite en matière de respect de la vie privée, analogue à celle qui existe aux frontières (voir, par exemple, *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, et *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652). Cela ne veut pas dire que l’État peut fouiller arbitrairement dans cette information. Cependant, sauf situations d’urgence, il devrait exister à tout le moins des soupçons raisonnables concernant une possible infraction criminelle avant que des ordures ménagères déposées pour la collecte puissent être fouillées. (Voir *Litchfield c. State*, 824 N.E.2d 356 (Ind. 2005).)

[91] En l’espèce, les policiers possédaient amplement d’éléments de preuve étayant leurs soupçons

had been committed by Mr. Patrick. They were therefore entitled to search the household waste left for disposal.

[92] I therefore agree with Binnie J. that there is no *Charter* violation and would, like him, dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Ruttan Bates, Calgary.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.

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

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

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Constance Baran-Gerez, Kingston.

raisonnables qu'un crime avait été commis par M. Patrick. Ils étaient par conséquent autorisés à fouiller les ordures ménagères déposées en vue de leur ramassage.

[92] Je souscris donc à la conclusion du juge Binnie selon laquelle il n'y a pas eu violation de la *Charte* et, tout comme lui, je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Ruttan Bates, Calgary.

Procureur de l'intimée: Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureur de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario): Constance Baran-Gerez, Kingston.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Joseph Wesley Laboucan *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LABOUCAN

Neutral citation: 2009 SCC 18.

File No.: 33010.

2009: April 14.

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

MOTION TO QUASH AN APPEAL AS OF RIGHT

APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL

Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Dissent on question of law — Application for leave to appeal — Curative proviso — Crown’s notice of appeal based on dissent in Court of Appeal on issue of whether trial judge erred in law in his assessment of accused’s credibility — Unnecessary for Crown to seek leave to appeal from refusal of majority of Court of Appeal to apply curative proviso — Error of law and application of curative proviso always intertwined issues.

Cases Cited

Applied: *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

MOTION to quash the appeal as of right and APPLICATION for leave to appeal from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Slatter and Rowbotham JJ.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. Motion to quash withdrawn and leave to appeal dismissed.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Joseph Wesley Laboucan *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. LABOUCAN

Référence neutre : 2009 CSC 18.

N° du greffe : 33010.

2009 : 14 avril.

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

REQUÊTE EN CASSATION D’UN APPEL DE PLEIN DROIT

DEMANDE D’AUTORISATION D’APPEL

Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Dissidence sur une question de droit — Demande d’autorisation d’appel — Disposition réparatrice — Avis d’appel du ministère public fondé sur la dissidence en Cour d’appel à l’égard de la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit dans l’évaluation de la crédibilité de l’accusé — Ministère public non tenu de demander l’autorisation d’appeler du refus de la majorité de la Cour d’appel d’appliquer la disposition réparatrice — Erreur de droit et application de la disposition réparatrice sont toujours des questions étroitement liées.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

REQUÊTE en cassation de l’appel de plein droit et DEMANDE d’autorisation d’appel 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. Requête en cassation retirée et demande d’autorisation d’appel rejetée.

James C. Robb, Q.C., for the appellant (applicant on the application for leave to appeal/respondent on motion to quash).

Laura K. Stevens, Q.C., for the respondent (respondent on application for leave to appeal/applicant on motion to quash).

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] BINNIE J. — The conviction of the respondent Joseph Wesley Laboucan of first degree murder, aggravated sexual assault, and kidnapping was overturned by a majority decision of the Alberta Court of Appeal, Rowbotham J.A. dissenting: 2009 ABCA 7, 1 Alta. L.R. (5th) 264 (*sub nom. R. v. Briscoe*). The Crown urged the Court of Appeal to apply the proviso contained in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The majority considered this not to be a proper case for its application. The dissenting judge concluded that no error of law had been committed and that it was unnecessary to address the proviso, although the appellant contends that she in fact applied it in characterizing the judge's impugned instruction as harmless. In either event it is clear that the proviso was in play before the Court of Appeal.

[2] The Crown has filed a notice of appeal to this Court based on Rowbotham J.A.'s dissent on "the question of law", namely whether the trial judge erred in law in his assessment of the credibility of the respondent when, in the context of his reasons as a whole, he noted that the respondent "has a very great motive to be untruthful given the consequences of being convicted of the offences charged". The dissenting judge held that "the trial judge's reference to motive" neither "reversed the burden of proof [n]or presumed the [accused's] guilt" (para. 63).

James C. Robb, c.r., pour l'appelante (demanderesse à la demande d'autorisation/intimée à la requête en cassation).

Laura K. Stevens, c.r., pour l'intimé (intimé à la demande d'autorisation/requérant à la requête en cassation).

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE BINNIE — La déclaration de culpabilité prononcée contre l'intimé Joseph Wesley Laboucan pour meurtre au premier degré, agression sexuelle grave et enlèvement a été infirmée par un arrêt majoritaire de la Cour d'appel de l'Alberta, la juge Rowbotham étant dissidente : 2009 ABCA 7, 1 Alta. L.R. (5th) 264 (*sub nom. R. c. Briscoe*). Le ministère public avait demandé à la Cour d'appel d'appliquer la disposition réparatrice figurant au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Pour les juges majoritaires, l'application de cette disposition n'était pas appropriée en l'espèce. La juge dissidente a conclu qu'aucune erreur de droit n'avait été commise et qu'il n'était pas nécessaire de tenir compte de la disposition réparatrice, bien que selon l'appelante la juge dissidente l'a dans les faits appliquée en qualifiant d'anodines les directives reprochées au juge. De toute façon, il est clair que la disposition réparatrice entrait en jeu devant la Cour d'appel.

[2] Le ministère public a déposé un avis d'appel auprès de notre Cour en se fondant sur la dissidence de la juge Rowbotham sur « la question de droit » suivante : le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit dans l'évaluation de la crédibilité de l'intimé lorsque, dans le contexte de l'ensemble de ses motifs, il a mentionné que l'intimé [TRADUCTION] « avait un très grand intérêt à ne pas dire la vérité, vu les conséquences d'une déclaration de culpabilité relativement aux accusations portées contre lui »? La juge dissidente a conclu pour sa part que [TRADUCTION] « la mention de l'intérêt par le juge de première instance » n'avait eu pour effet ni d'« inverser le fardeau de la preuve [ni de] présumer la culpabilité de l'[accusé] » (par. 63).

[3] The respondent, Mr. Laboucan, moved to quash the appeal on the basis that the dissent was not based on a question of law. The Crown brought a cross-motion to seek leave, if leave be necessary, to appeal the refusal of the majority to apply the proviso.

[4] After pre-hearing consultation between counsel for the respondent and counsel for the Crown, the Court was advised at the hearing that the respondent would ask to withdraw the motion to quash. We agree that the motion was not well founded. The appeal's status as an appeal as of right on the alleged error of law being now uncontested, the question arises as to whether it is necessary for the Crown to seek leave to appeal the refusal to apply the proviso.

[5] In *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381, Lamer C.J. provided a "clarification of which arguments may be raised by respondents in criminal appeals" (para. 30) and stated that "an appellant who has a narrow right of appeal based on a dissent, or who has been granted leave to appeal on restricted grounds, will be able to address all aspects of the question, even if the court of appeal treated the different aspects separately" (para. 31). One example of this intertwining of issues, he noted, is the question of whether a particular error of law (if established) is so serious that it justifies setting aside the trial verdict:

The provisions for taking account of the severity of errors (s. 686(1)(b)(iii) in the case of convictions, and the threshold set out in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, in the case of acquittals) will always be intertwined with any error of law considered by this Court. [Emphasis added; para. 31.]

[6] Accordingly, at the hearing of an appeal the Court will determine, if an error of law is found, whether (assuming that the Crown has invoked the proviso) the error is so serious that it justifies setting aside the trial verdict or whether it can be saved under the provisions of s. 686(1)(b)(iii). It is

[3] L'intimé, M. Laboucan, a présenté une requête en cassation de l'appel au motif que la dissidence n'était pas fondée sur une question de droit. Le ministère public a présenté une demande incidente d'autorisation d'appel, pour le cas où une autorisation serait nécessaire, à l'encontre du refus de la majorité d'appliquer la disposition réparatrice.

[4] À la suite de discussions qu'ont eues les avocats de l'intimé et du ministère public avant l'audience, la Cour a été informée, à l'audience, que l'intimé allait demander le retrait de la requête en cassation. Nous estimons nous aussi que la requête n'était pas bien fondée. Comme il n'est plus contesté que l'appel est un appel de plein droit relatif à l'erreur de droit reprochée, la question se pose de savoir si le ministère public est tenu de demander l'autorisation d'appeler du refus d'appliquer la disposition réparatrice.

[5] Dans *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, le juge en chef Lamer a précisé « les arguments que des parties intimées peuvent avancer dans des pourvois en matière criminelle » (par. 30) et a indiqué que « la partie appelante qui jouit d'un droit d'appel restreint fondé sur une dissidence, ou qui a obtenu l'autorisation de se pourvoir relativement à certains moyens seulement, pourra aborder tous les aspects de la question, même si la cour d'appel les a traités séparément » (par. 31). À titre d'exemple, il a cité la question de savoir si une erreur de droit donnée (lorsqu'elle a été établie) est suffisamment sérieuse pour justifier l'annulation du verdict prononcé au procès :

Les dispositions relatives à la prise en compte de la gravité des erreurs (le sous-al. 686(1)(b)(iii) dans le cas de déclarations de culpabilité, et le critère établi dans *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, dans le cas d'acquittements) seront toujours étroitement liées à toute erreur de droit considérée par notre Cour. [Je souligne; par. 31.]

[6] Par conséquent, lors de l'audition d'un pourvoi la Cour décidera, si elle conclut à une erreur de droit (et à supposer que le ministère public ait invoqué la disposition réparatrice) si la gravité de cette erreur justifie l'annulation du verdict rendu à l'issue du procès, ou si ce verdict peut être préservé par

unnecessary for the Crown to seek leave on the issue of the application of s. 686(1)(b)(iii).

[7] In the result, the motion to quash not being pursued, and the motion for leave to appeal the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* being unnecessary, the Court permits the withdrawal of the motion to quash and dismisses the application for leave to appeal the application of the proviso as unnecessary.

Judgment accordingly.

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

Solicitors for the respondent: Dawson Stevens & Shaigec, Edmonton.

les dispositions du sous-al. 686(1)(b)(iii). Le ministère public n'est pas tenu de demander une autorisation quant à la question de l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii).

[7] En définitive, comme la requête en cassation est abandonnée et que la requête en autorisation d'appel relativement à l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* n'est pas nécessaire, la Cour permet le retrait de la requête en cassation et rejette, au motif qu'elle n'est pas requise, la demande d'autorisation d'appel à l'égard de l'application de la disposition réparatrice.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimé : Dawson Stevens & Shaigec, Edmonton.

Robin Chatterjee *Appellant*

v.

Attorney General of Ontario *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Civil Liberties Association and British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: CHATTERJEE v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2009 SCC 19.

File No.: 32204.

2008: November 12; 2009: April 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Division of powers — Property and civil rights — Criminal law — Provincial law providing for forfeiture of proceeds of unlawful activity — Whether provincial law in pith and substance criminal law and ultra vires province — Whether provincial law inoperative by reason of operational conflict with forfeiture or sentencing provisions of Criminal Code — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13) — Remedies for Organized Crime and Other Unlawful Activities Act, 2001, S.O. 2001, c. 28, ss. 1, 2, 3, 6 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.37.

The police arrested C for breach of probation and, in a search of his car incidental to the arrest, discovered

Robin Chatterjee *Appelant*

c.

Procureur général de l'Ontario *Intimé*

et

Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association canadienne des libertés civiles et British Columbia Civil Liberties Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CHATTERJEE c. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2009 CSC 19.

N° du greffe : 32204.

2008 : 12 novembre; 2009 : 17 avril.

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

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

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Propriété et droits civils — Droit criminel — Loi provinciale prévoyant la confiscation du produit d'activité illégale — La loi provinciale est-elle, par son caractère véritable, une loi criminelle ultra vires? — La loi provinciale est-elle inopérante en raison d'un conflit d'application avec les dispositions du Code criminel relatives à la confiscation ou à la détermination de la peine? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13) — Loi de 2001 sur les recours pour crime organisé et autres activités illégales, L.O. 2001, ch. 28, art. 1, 2, 3, 6 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.37.

Des policiers ont arrêté C pour violation d'une ordonnance de probation et, en fouillant son véhicule

cash and items that not only were associated with the illicit drug trade but also smelled of marijuana but found no drugs. C was never charged with any offence in relation to the money, items, or with any drug related activity. The Attorney General of Ontario was granted an order under the *Civil Remedies Act, 2001* (“CRA”) preserving the seized money and equipment. He then applied under ss. 3 and 8 of the CRA for forfeiture of the seized money as proceeds of unlawful activity. In response, C challenged the CRA’s constitutionality, arguing that the CRA’s forfeiture provisions were *ultra vires* the province because they encroach on the federal criminal law power. Both the applications judge and the Court of Appeal concluded that the CRA is a valid provincial legislation.

Held: The appeal should be dismissed. The CRA’s forfeiture provisions are constitutional.

The argument that the CRA is *ultra vires* is based on an exaggerated view of the immunity of federal jurisdiction in relation to matters of criminal law that may, in another aspect, be the subject of provincial legislation. Resort to a federalist concept of proliferating jurisdictional enclaves (or “interjurisdictional immunities”) was recently discouraged by this Court’s decisions in *Canadian Western Bank v. Alberta* and *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.* and should not now be given a new lease on life. A court should favour, where possible, the ordinary operation of statutes enacted by both levels of government. [2]

The evident purposes of the CRA are to make crime in general unprofitable, to capture resources tainted by crime so as to make them unavailable to fund future crime and to help compensate private individuals and public institutions for the costs of past crime. The practical (and intended) effect is to take the profit out of crime and to deter its present and would-be perpetrators. These are valid provincial objects. Crime creates costs to victims and to the public that would otherwise fall on the provincial treasury including health, policing resources, community stability and family welfare. It would be out of step with modern realities to conclude that a province must shoulder the costs to the community of criminal behaviour but cannot take legislative steps to suppress it. [3-4] [18] [23]

accessoirement à l’arrestation, ils ont trouvé une somme d’argent comptant ainsi que des articles liés au trafic de drogue; le tout dégageait une odeur de marijuana, mais aucune drogue n’a été trouvée. Aucune infraction se rapportant à l’argent, aux articles ou à quelque activité liée à la drogue n’a été déposée contre C. Le procureur général de l’Ontario a obtenu, en vertu de la *Loi de 2001 sur les recours civils* (« LRC »), une ordonnance de conservation de l’argent et du matériel saisis. Il a alors demandé, en application des art. 3 et 8 de la LRC, la confiscation de l’argent saisi constituant un produit d’activité illégale. En réponse, C a contesté la constitutionnalité de la LRC, plaidant que les dispositions de la LRC relatives à la confiscation outrepassent les pouvoirs de la province, parce qu’elles empiètent sur le pouvoir fédéral en matière de droit criminel. Tant le juge saisi de la demande que la Cour d’appel ont conclu que la LRC est une loi provinciale valide.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Les dispositions de la LRC relatives à la confiscation sont constitutionnelles.

L’argument suivant lequel la LRC est *ultra vires* repose sur une conception exagérée de l’exclusivité de la compétence fédérale relative à des matières qui peuvent, sous un autre aspect, être visées par la législation provinciale. Dans les arrêts *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta* et *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, notre Cour a découragé le recours au concept fédéraliste de la prolifération des enclaves en matière de compétence (ou de « l’exclusivité des compétences »), et il ne faudrait pas maintenant lui donner un nouveau souffle. Les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l’application régulière des lois édictées par les deux ordres de gouvernement. [2]

La LRC a manifestement pour objet d’empêcher que le crime en général soit profitable, de confisquer les biens associés à la criminalité afin d’empêcher leur utilisation dans d’autres activités criminelles et d’aider à indemniser les personnes et les organismes publics qui ont supporté les coûts des activités criminelles. L’effet pratique (et recherché) est de faire en sorte que le crime ne paie pas et de dissuader, actuellement et pour l’avenir, les auteurs d’infractions de commettre des délits. Il s’agit là d’objets provinciaux valides. Le crime impose aux victimes et à la population des coûts qui doivent être supportés par le Trésor provincial, notamment en matière de santé, de ressources policières, de stabilité des collectivités et d’aide sociale aux familles. Ce serait faire fi des réalités d’aujourd’hui que de conclure que les provinces doivent assumer les coûts sociaux du comportement criminel, mais qu’elles ne peuvent pas prendre de mesures législatives pour l’enrayer. [3-4] [18] [23]

Where there is a degree of overlap between measures enacted pursuant to the provincial power and measures taken pursuant to the federal power, it is necessary to identify the “dominant feature” of an impugned measure. If the dominant feature of the provincial enactment is in relation to provincial objects, as it is here, the law will be valid, and if the enactments of both levels of government can generally function without operational conflict they will be permitted to do so. In factual situations where operational conflict does occur, the conflict will be resolved by the doctrine of federal paramountcy. [29] [36]

The *CRA* is an enactment “in relation to” property and civil rights, and as such its provisions may incidentally “affect” criminal law and procedure without doing violence to the division of powers. The fact the *CRA* aims to deter federal offences as well as provincial offences and indeed offences committed outside Canada, is not fatal to its validity. On the contrary, the very generality of the *CRA* shows that the province is concerned about the effects of crime as a generic source of social ill and provincial expense, and not with supplementing federal criminal law as part of the sentencing process. While it is true that forfeiture may have *de facto* punitive effects in some cases, the *CRA* does not require an allegation or proof that any particular person committed any particular crime. Property may be forfeited under the *CRA* if, on a balance of probabilities, it is demonstrated that the property constituted the proceeds of crime in general without further specificity. [4] [30] [41] [46-47]

C argues that the provisions of the *CRA* introduce an interference with the administration of the *Criminal Code* forfeiture provisions. If such operational interference were demonstrated, or if it were shown that the *CRA* frustrated the federal purpose underlying the forfeiture provisions of the *Criminal Code*, the doctrine of federal paramountcy would render inoperative the *CRA* to the extent of the conflict or interference. However, this is not the case. Where forfeiture is sought and refused in the criminal process, the various doctrines of *res judicata*, the issue estoppel and abuse of process are available to prevent the Crown from re-litigating the sentencing issue. Given the flexibility of these remedies there is no necessary operational conflict between the *Criminal Code* and the *CRA* such as to render the latter inoperative in relation to federal offences generally. If in particular circumstances there arises a conflict between the forfeiture provisions of the *Criminal Code*

Lorsqu’il existe un certain chevauchement entre les mesures adoptées en vertu du pouvoir provincial et celles prises en vertu du pouvoir fédéral, il est nécessaire d’identifier la « caractéristique dominante » de la mesure contestée. Si la caractéristique dominante du texte législatif provincial se rapporte à des objets provinciaux, comme c’est le cas en l’espèce, la loi sera valide, et si les textes législatifs des deux niveaux de gouvernement peuvent généralement être appliqués sans soulever de conflit, il n’y aura pas lieu d’intervenir. Dans les cas où il existe effectivement un conflit d’application, celui-ci sera résolu par l’application de la doctrine de la prépondérance du fédéral. [29] [36]

La *LRC* a été adoptée « relativement » au chef de compétence portant sur la propriété et les droits civils et, en tant que telles, ses dispositions peuvent accessoirement « toucher » la loi criminelle et la procédure criminelle sans porter atteinte au partage des pouvoirs. Le fait que la *LRC* vise à dissuader la commission à la fois d’infractions fédérales, d’infractions provinciales et même d’infractions perpétrées à l’extérieur du Canada, n’est pas fatal à sa validité. Au contraire, le caractère général lui-même de la *LRC* montre que la province se préoccupe des effets du crime en tant que source générale de maux sociaux et de dépenses provinciales, et ne cherche pas à compléter le processus de détermination de la peine que prévoit le droit criminel fédéral. Bien que la confiscation puisse de fait avoir des effets punitifs dans certains cas, la *LRC* n’exige pas une allégation ou une preuve qu’une personne donnée a commis un crime en particulier. Des biens peuvent être confisqués en application de la *LRC* s’il est démontré, selon la prépondérance des probabilités, que l’argent constituait un produit de la criminalité en général, sans davantage de précision. [4] [30] [41] [46-47]

C a fait valoir que les dispositions de la *LRC* constituent une ingérence dans l’administration des dispositions du *Code criminel* relatives à la confiscation. Si une telle ingérence dans l’application du *Code criminel* était établie, ou si l’on démontrait que la *LRC* va à l’encontre de l’objectif fédéral qui sous-tend les dispositions du *Code criminel* relatives à la confiscation, la doctrine de la prépondérance des lois fédérales rendrait la *LRC* inopérante dans la mesure du conflit ou de l’ingérence. Toutefois, tel n’est pas le cas en l’espèce. Si la confiscation est sollicitée et refusée dans le processus criminel, les diverses doctrines de la chose jugée, de la préclusion et de l’abus de procédure peuvent être invoquées pour empêcher la poursuite de remettre en litige la question de la détermination de la peine. Vu la souplesse de ces recours, il n’existe pas, entre le *Code criminel* et la *LRC*, un conflit d’application qui oblige à invalider cette dernière loi relativement aux infractions

and the *CRA* then to the extent that dual compliance is impossible the doctrine of paramountcy would render the *CRA* inoperable to the extent of that conflict, but only to that extent. [42] [49-53]

Cases Cited

Applied: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86; **distinguished:** *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127; **considered:** *Bédard v. Dawson*, [1923] S.C.R. 681; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Industrial Acceptance Corp. v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 273; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940 rev'g in part (1976), 73 D.L.R. (3d) 596; **referred to:** *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Martineau v. M.R.N.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Reference re Validity of the Combines Investigation Act and of s. 498 of the Criminal Code*, [1929] S.C.R. 409; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; *Ontario (Attorney General) v. Cole-Watson*, [2007] O.J. No. 1742 (QL); *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms. Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13), (14), (15), (16), 93, 94A, 95.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 11, 462.37, Part XII.2.
Remedies for Organized Crime and Other Unlawful Activities Act, 2001, S.O. 2001, c. 28 (now *Civil Remedies Act, 2001*), ss. 1, 2 “legitimate owner”, “proceeds of unlawful activity”, “property”, “unlawful activity”, 3, 4, 6, 8, 9, 15.5, 15.6.

fédérales en général. Si, dans des circonstances particulières, les dispositions relatives à la confiscation du *Code criminel* entrent en conflit avec la *LRC*, de sorte qu'il devient impossible de se conformer aux deux textes législatifs, la doctrine de la prépondérance des lois fédérales rendra la *LRC* inapplicable, mais uniquement dans la mesure du conflit. [42] [49-53]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86; **distinction d'avec l'arrêt :** *Johnson c. Attorney General of Alberta*, [1954] R.C.S. 127; **arrêts examinés :** *Bédard c. Dawson*, [1923] R.C.S. 681; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *Industrial Acceptance Corp. c. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 273; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, inf. en partie (1976), 73 D.L.R. (3d) 596; **arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Di Iorio c. Gardien de la prison commune de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Martineau c. M.R.N.*, 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Reference re Validity of the Combines Investigation Act and of s. 498 of the Criminal Code*, [1929] R.C.S. 409; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1978] 2 R.C.S. 59; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *Ontario (Attorney General) c. Cole-Watson*, [2007] O.J. No. 1742 (QL); *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 11, 462.37, partie XII.2.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13), (14), (15), (16), 93, 94A, 95.
Loi de 2001 sur les recours pour crime organisé et autres activités illégales, L.O. 2001, ch. 28 (maintenant *Loi de 2001 sur les recours civils*), art. 1, 2 « activité illégale », « bien », « produit d'activité illégale », « propriétaire légitime », 3, 4, 6, 8, 9, 15.5, 15.6.

Authors Cited

Gallant, Michelle. “*Ontario (Attorney General) v. \$29,020 in Canadian Currency: A Comment on Proceeds of Crime and Provincial Forfeiture Laws*” (2006), 52 *Crim. L.Q.* 64.

Ontario. Ministry of the Attorney General. *Civil Forfeiture in Ontario 2007: An Update on the Civil Remedies Act, 2001*, 2007.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Labrosse, Sharpe and Rouleau J.J.A.), 2007 ONCA 406, 86 O.R. (3d) 168, 282 D.L.R. (4th) 298, 225 O.A.C. 40, 221 C.C.C. (3d) 350, 156 C.R.R. (2d) 94, [2007] O.J. No. 2102 (QL), 2007 CarswellOnt 3290, upholding a decision by Loukidelis J. (2005), 138 C.R.R. (2d) 1, [2005] O.J. No. 2820 (QL) (both *sub nom. Ontario (Attorney General) v. \$29,020 in Canada Currency*), 2005 CarswellOnt 3008. Appeal dismissed.

Richard Macklin and James F. Diamond, for the appellant.

Robin K. Basu and James McKeachie, for the respondent.

Cheryl J. Tobias and Ginette Gobeil, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jean-Vincent Lacroix, 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.

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

J. Gareth Morley and Bryant A. Mackey, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Graeme G. Mitchell, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Roderick Wiltshire and Donald Padget, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Thomas G. Mills, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Doctrine citée

Gallant, Michelle. « *Ontario (Attorney General) v. \$29,020 in Canadian Currency: A Comment on Proceeds of Crime and Provincial Forfeiture Laws* » (2006), 52 *Crim. L.Q.* 64.

Ontario. Ministère du Procureur général. *La confiscation de biens au civil en Ontario – 2007 : Le point sur la Loi de 2001 sur les recours civils*, 2007.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Labrosse, Sharpe et Rouleau), 2007 ONCA 406, 86 O.R. (3d) 168, 282 D.L.R. (4th) 298, 225 O.A.C. 40, 221 C.C.C. (3d) 350, 156 C.R.R. (2d) 94, [2007] O.J. No. 2102 (QL), 2007 CarswellOnt 3290, qui a confirmé la décision du juge Loukidelis (2005), 138 C.R.R. (2d) 1, [2005] O.J. No. 2820 (QL) (dans les deux cas *sub nom. Ontario (Attorney General) c. \$29,020 in Canada Currency*), 2005 CarswellOnt 3008. Pourvoi rejeté.

Richard Macklin et James F. Diamond, pour l’appellant.

Robin K. Basu et James McKeachie, pour l’intimé.

Cheryl J. Tobias et Ginette Gobeil, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Jean-Vincent Lacroix, 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.

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

J. Gareth Morley et Bryant A. Mackey, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graeme G. Mitchell, c.r., pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Roderick Wiltshire et Donald Padget, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Thomas G. Mills, pour l’intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Paul Burstein and Louis P. Strezos, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Bradley E. Berg and Allison A. Thornton, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

David G. Butcher and Anthony D. Price, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — The question raised on this appeal is whether the Ontario *Remedies for Organized Crime and Other Unlawful Activities Act, 2001*, S.O. 2001, c. 28 (otherwise known as *Civil Remedies Act, 2001* or *CRA*), which authorizes the forfeiture of proceeds of unlawful activity, is *ultra vires* Ontario because it encroaches on the federal criminal law power. In my view, the *CRA* is valid provincial legislation.

[2] The argument that the *CRA* is *ultra vires* is based in this case on an exaggerated view of the immunity of federal jurisdiction in relation to matters that may, in another aspect, be the subject of provincial legislation. Resort to a federalist concept of proliferating jurisdictional enclaves (or “inter-jurisdictional immunities”) was discouraged by this Court’s decisions in *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, and *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86, and should not now be given a new lease on life. As stated in *Canadian Western Bank*, “a court should favour, where possible, the ordinary operation of statutes enacted by both levels of government” (para. 37 (emphasis in original)).

[3] The present appeal provides an opportunity to apply the principles of federalism affirmed in those recent cases. The *CRA* was enacted to deter crime

Paul Burstein et Louis P. Strezos, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Bradley E. Berg et Allison A. Thornton, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

David G. Butcher et Anthony D. Price, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si la *Loi de 2001 sur les recours pour crime organisé et autres activités illégales*, L.O. 2001, ch. 28, de l’Ontario (aussi appelée *Loi de 2001 sur les recours civils* ou « *LRC* »), qui autorise la confiscation du produit d’activité illégale, outrepassé les pouvoirs de l’Ontario parce qu’elle empiète sur la compétence fédérale en droit criminel. À mon avis, la *LRC* est une loi provinciale valide.

[2] L’argument suivant lequel la *LRC* est *ultra vires* repose en l’espèce sur une conception exagérée de l’exclusivité de la compétence fédérale relative à des matières qui peuvent, sous un autre aspect, être visées par la législation provinciale. Dans les arrêts *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, et *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86, notre Cour a découragé le recours au concept fédéraliste de la prolifération des enclaves en matière de compétence (ou de « l’exclusivité des compétences »), et il ne faudrait pas maintenant lui donner un nouveau souffle. Comme notre Cour l’a dit dans *Banque canadienne de l’Ouest*, « les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l’application régulière des lois édictées par les deux ordres de gouvernement » (par. 37 (en italique dans l’original)).

[3] Le présent pourvoi nous donne l’occasion d’appliquer les principes du fédéralisme affirmés dans ces décisions récentes. L’adoption de la *LRC* visait

and to compensate its victims. The former purpose is broad enough that both the federal government (in relation to criminal law) and the provincial governments (in relation to property and civil rights) can validly pursue it. The latter purpose falls squarely within provincial competence. Crime imposes substantial costs on provincial treasuries. Those costs impact many provincial interests, including health, policing resources, community stability and family welfare. It would be out of step with modern realities to conclude that a province must shoulder the costs to the community of criminal behaviour but cannot use deterrence to suppress it.

[4] Moreover, the *CRA* method of attack on crime is to authorize *in rem* forfeiture of its proceeds and differs from both the traditional criminal law which ordinarily couples a prohibition with a penalty (see *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783) and criminal procedure which in general refers to the means by which an allegation of a particular criminal offence is proven against a particular offender. The appellant's answer, however, is that the effect of the *CRA in rem* remedy just adds to the penalties available in the criminal process, and as such the *CRA* invalidly interferes with the sentencing regime established by Parliament. It is true that forfeiture may have *de facto* punitive effects in some cases, but its dominant purpose is to make crime in general unprofitable, to capture resources tainted by crime so as to make them unavailable to fund future crime and to help compensate private individuals and public institutions for the costs of past crime. These are valid provincial objects. There is no operational conflict between the forfeiture provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and the *CRA*. It cannot reasonably be said that the *CRA* amounts to colourable criminal legislation. Accordingly, I would dismiss the appeal.

à dissuader la commission de crimes et à indemniser les victimes d'actes criminels. Le premier objet de cette loi est suffisamment large pour permettre au gouvernement fédéral (en ce qui a trait au droit criminel) et aux gouvernements provinciaux (pour ce qui est de la propriété et des droits civils) de le poursuivre légitimement. Le deuxième objet est directement visé par la sphère de compétence provinciale. Les crimes coûtent très cher aux gouvernements provinciaux. Ces coûts ont une incidence sur de nombreux intérêts provinciaux, dont la santé, les ressources policières, la stabilité des collectivités et l'aide sociale aux familles. Ce serait faire fi des réalités d'aujourd'hui que de conclure que les provinces doivent assumer les coûts sociaux du comportement criminel, mais qu'elles ne peuvent pas recourir à des moyens dissuasifs pour enrayer la criminalité.

[4] De plus, la *LRC* lutte contre le crime en autorisant la confiscation *in rem* du produit de la criminalité, une approche différente du droit criminel traditionnel qui prévoit généralement une interdiction assortie d'une peine (voir *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783) et de la procédure en matière criminelle qui porte, de façon générale, sur les moyens de prouver une infraction particulière alléguée à l'égard d'un contrevenant en particulier. L'appelant répond toutefois à cela que le recours *in rem* de la *LRC* a pour effet d'ajouter aux peines que prévoit le processus pénal et qu'en ce sens, la *LRC* empiète illégitimement sur le régime de détermination de la peine établi par le législateur fédéral. S'il est vrai que la confiscation peut de fait avoir des effets punitifs dans certains cas, ses principaux objets sont de faire en sorte que la criminalité en général ne soit pas une activité profitable, de saisir des ressources associées à la criminalité afin qu'elles ne puissent pas servir à financer d'autres crimes et d'aider à indemniser des particuliers et des institutions publiques qui doivent supporter les coûts de la criminalité. Il s'agit là d'objectifs provinciaux légitimes. Il n'y a pas de conflit d'application entre les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, relatives à la confiscation et celles de la *LRC*. On ne peut raisonnablement affirmer que la *LRC* équivaut à une loi criminelle déguisée. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Facts

[5] The appellant was stopped by York Regional Police on March 27, 2003, because his car had no front licence plate. A computer search showed the police that he was in breach of his recognizance, which required him to reside in Ottawa, some 400 kilometres away. When the appellant acknowledged that he was then living in Thornhill, just north of Toronto, the officers arrested him and, incidental to the arrest, searched his car. They discovered \$29,020 in cash, as well as an exhaust fan, a light ballast and a light socket. According to police, all of these items smelled of marijuana, although no marijuana was found.

[6] The appellant was never charged with any offence in relation to the money, items, or any drug related activity. However, on May 13, 2003, the Attorney General of Ontario brought an interlocutory motion under ss. 4 and 9 of the *CRA* to preserve the seized money and equipment. A preservation order was granted.

[7] On May 16, 2003, the Attorney General brought an application under ss. 3 and 8 of the *CRA* for forfeiture of the seized money as proceeds of unlawful activity and of the items as instruments of unlawful activity. In response, the appellant challenged the *CRA*'s constitutionality: that challenge eventually led to this appeal.

II. Relevant Statutory Provisions

[8] *Remedies for Organized Crime and Other Unlawful Activities Act, 2001*, S.O. 2001, c. 28 (now *Civil Remedies Act, 2001*)

PART I PURPOSE

Purpose

1. The purpose of this Act is to provide civil remedies that will assist in,

I. Faits

[5] L'appelant a été intercepté par la police régionale de York le 27 mars 2003, parce que sa voiture n'avait pas de plaque d'immatriculation frontale. Une recherche informatique a permis aux policiers de constater qu'il violait un engagement aux termes duquel il devait résider à Ottawa, soit à quelque 400 kilomètres de l'endroit où il se trouvait. Lorsque l'appelant a reconnu vivre à Thornhill, au nord de Toronto, les policiers l'ont arrêté. Accessoirement à l'arrestation, ils ont fouillé la voiture de l'appelant et ont découvert 29 020 \$ en argent comptant ainsi qu'un ventilateur d'extraction, un ballast et une douille de lampe. Selon les policiers, tous ces objets dégageaient une odeur de marijuana, quoiqu'aucune marijuana n'ait été trouvée.

[6] L'appelant n'a jamais été accusé relativement à une infraction en rapport avec l'argent, avec les articles trouvés ou avec une activité liée à la drogue. Toutefois, le 13 mai 2003, le procureur général de l'Ontario a présenté, en vertu des art. 4 et 9 de la *LRC*, une motion visant l'obtention d'une ordonnance interlocutoire en vue de la conservation de l'argent et du matériel saisis. L'ordonnance de conservation a été accordée.

[7] Le 16 mai 2003, le procureur général a présenté, sur le fondement des art. 3 et 8 de la *LRC*, une demande en vue d'obtenir la confiscation de l'argent et des articles saisis, alléguant qu'il s'agissait respectivement d'un produit d'activité illégale et d'instruments d'activité illégale. En réponse, l'appelant a contesté la constitutionnalité de la *LRC*, contestation qui a finalement mené au présent pourvoi.

II. Dispositions législatives pertinentes

[8] *Loi de 2001 sur les recours pour crime organisé et autres activités illégales*, L.O. 2001, ch. 28 (maintenant *Loi de 2001 sur les recours civils*)

PARTIE I OBJET

Objet

1. La présente loi a pour objet de prévoir des recours civils qui aident à faire ce qui suit :

- | | |
|---|---|
| <p>(a) compensating persons who suffer pecuniary or non-pecuniary losses as a result of unlawful activities;</p> <p>(b) preventing persons who engage in unlawful activities and others from keeping property that was acquired as a result of unlawful activities;</p> <p>(c) preventing property, including vehicles as defined in Part III.1, from being used to engage in certain unlawful activities [added S.O. 2007, c. 13, s. 26]; and</p> <p>(d) preventing injury to the public that may result from conspiracies to engage in unlawful activities.</p> | <p>a) indemniser les personnes qui ont subi des pertes pécuniaires ou extrapécuniaires par suite d'activités illégales;</p> <p>b) empêcher les personnes qui se livrent à des activités illégales et d'autres personnes de conserver les biens qu'elles ont acquis par suite de ces activités;</p> <p>c) empêcher que des biens, y compris des véhicules au sens de la partie III.1, servent à certaines activités illégales [ajouté par L.O. 2007, ch. 13, art. 26];</p> <p>d) prévenir tout préjudice susceptible d'être causé au public par suite de complots en vue de se livrer à des activités illégales.</p> |
|---|---|

**PART II
PROCEEDS OF UNLAWFUL ACTIVITY**

Definitions

2. In this Part,

. . .

“legitimate owner” means, with respect to property that is proceeds of unlawful activity, a person who did not, directly or indirectly, acquire the property as a result of unlawful activity committed by the person, and who,

- (a) was the rightful owner of the property before the unlawful activity occurred and was deprived of possession or control of the property by means of the unlawful activity,
- (b) acquired the property for fair value after the unlawful activity occurred and did not know and could not reasonably have known at the time of the acquisition that the property was proceeds of unlawful activity, or
- (c) acquired the property from a person mentioned in clause (a) or (b);

“proceeds of unlawful activity” means property acquired, directly or indirectly, in whole or in part, as a result of unlawful activity, whether the property was acquired before or after this Act came into force, but does not include proceeds of a contract for recounting crime within the meaning of the *Prohibiting Profiting from Recounting Crimes Act, 2002*;

**PARTIE II
PRODUITS D'ACTIVITÉS ILLÉGALES**

Définitions

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

« activité illégale » Tout acte ou toute omission, commis avant ou après l'entrée en vigueur de la présente partie, qui, selon le cas :

- a) constitue une infraction à une loi du Canada, de l'Ontario, d'une autre province ou d'un territoire du Canada;
- b) constitue une infraction à une loi d'une autorité législative de l'extérieur du Canada, si un acte ou une omission semblable constituait une infraction à une loi du Canada ou de l'Ontario s'il était commis en Ontario.

« bien » Bien meuble ou immeuble. S'entend en outre de tout intérêt sur le bien

. . .

« produit d'activité illégale » Bien acquis, directement ou indirectement, en tout ou en partie, par suite d'une activité illégale, que ce soit avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi. Est toutefois exclu le produit d'un contrat d'utilisation du récit d'un acte criminel au sens de la *Loi de 2002 interdisant les gains tirés du récit d'actes criminels*.

“property” means real or personal property, and includes any interest in property;

“unlawful activity” means an act or omission that,

- (a) is an offence under an Act of Canada, Ontario or another province or territory of Canada, or
- (b) is an offence under an Act of a jurisdiction outside Canada, if a similar act or omission would be an offence under an Act of Canada or Ontario if it were committed in Ontario,

whether the act or omission occurred before or after this Part came into force.

Forfeiture order

3. (1) In a proceeding commenced by the Attorney General, the Superior Court of Justice shall, subject to subsection (3) and except where it would clearly not be in the interests of justice, make an order forfeiting property that is in Ontario to the Crown in right of Ontario if the court finds that the property is proceeds of unlawful activity.

. . . .

Legitimate owners

(3) If the court finds that property is proceeds of unlawful activity and a party to the proceeding proves that he, she or it is a legitimate owner of the property, the court, except where it would clearly not be in the interests of justice, shall make such order as it considers necessary to protect the legitimate owner’s interest in the property.

. . . .

Special purpose account

6. . . .

Other payments out of account

(3) Subject to the regulations made under this Act and after making the payments, if any, out of the account under subsection (2.1) [regarding payments for the Crown’s costs], the Minister of Finance may make payments out of the account described in subsection (1) for the following purposes:

« propriétaire légitime » Relativement à un bien qui constitue un produit d’activité illégale, s’entend de la personne qui n’a pas acquis, directement ou indirectement, le bien par suite d’une activité illégale à laquelle elle s’est livrée et qui, selon le cas :

- a) était le propriétaire véritable du bien avant que l’activité illégale ait lieu et a été privée de la possession ou du contrôle de ce bien en raison de cette activité illégale;
- b) a acquis le bien pour une juste valeur après que l’activité illégale a eu lieu et ne savait pas et ne pouvait raisonnablement pas savoir au moment de l’acquisition que le bien constituait un produit d’activité illégale;
- c) a acquis le bien d’une personne visée à l’alinéa a) ou b).

Ordonnance de confiscation

3. (1) Dans le cadre d’une instance introduite par le procureur général, la Cour supérieure de justice rend, sous réserve du paragraphe (3) et sauf s’il est clair que cela ne serait pas dans l’intérêt de la justice, une ordonnance de confiscation d’un bien qui se trouve en Ontario au profit de la Couronne du chef de l’Ontario si elle conclut que le bien constitue un produit d’activité illégale.

. . . .

Propriétaires légitimes

(3) S’il conclut que le bien constitue un produit d’activité illégale et qu’une partie à l’instance prouve qu’elle est le propriétaire légitime du bien, le tribunal rend, sauf s’il est clair que cela ne serait pas dans l’intérêt de la justice, l’ordonnance qu’il juge nécessaire en vue de protéger l’intérêt du propriétaire sur le bien.

. . . .

Compte spécial

6. . . .

Autres paiements prélevés sur le compte

(3) Sous réserve des règlements pris en application de la présente loi et après avoir prélevé les paiements éventuels sur le compte aux termes du paragraphe (2.1) [paiements des frais de la Couronne], le ministre des Finances peut prélever des paiements sur le compte visé au paragraphe (1) aux fins suivantes :

- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. To compensate persons who suffered pecuniary or non-pecuniary losses, including losses recoverable under Part V of the <i>Family Law Act</i>, as a result of the unlawful activity. 2. To assist victims of unlawful activities or to prevent unlawful activities that result in victimization. 3. To compensate the Crown in right of Ontario for pecuniary losses suffered as a result of the unlawful activity, other than the costs described in subsection (2.1), but including costs incurred in remedying the effects of the unlawful activity. 4. To compensate a municipal corporation or a public body that belongs to a class prescribed by the regulations made under this Act for pecuniary losses that were suffered as a result of the unlawful activity and that are costs incurred in remedying the effects of the unlawful activity. 5. If, according to the criteria prescribed by the regulations made under this Act, the amount of money in the account is more than is required for the purposes referred to in paragraphs 1 to 4, such other purposes as are prescribed by the regulations. | <ol style="list-style-type: none"> 1. L'indemnisation des personnes qui ont subi des pertes pécuniaires ou extrapécuniaires, y compris les pertes recouvrables en vertu de la partie V de la <i>Loi sur le droit de la famille</i>, par suite de l'activité illégale. 2. L'aide aux victimes d'activités illégales ou la prévention des activités illégales qui entraînent la victimisation. 3. L'indemnisation de la Couronne du chef de l'Ontario pour les pertes pécuniaires subies par suite des activités illégales, autres que les frais visés au paragraphe (2.1), mais y compris les frais engagés pour remédier aux effets de l'activité illégale. 4. L'indemnisation d'une municipalité ou d'un organisme public qui fait partie d'une catégorie que prescrivent les règlements pris en application de la présente loi pour les pertes pécuniaires qui ont été subies par suite de l'activité illégale et qui constituent des frais engagés pour remédier aux effets de cette activité. 5. Si, selon les critères que prescrivent les règlements pris en application de la présente loi, le solde du compte est supérieur à ce qui est nécessaire aux fins énoncées aux dispositions 1 à 4, les autres fins que prescrivent les règlements. |
|--|--|

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

Forfeiture of Proceeds of Crime

462.37 (1) [Order of forfeiture of property on conviction] Subject to this section and sections 462.39 to 462.41, where an offender is convicted, or discharged under section 730, of a designated offence and the court imposing sentence on the offender, on application of the Attorney General, is satisfied, on a balance of probabilities, that any property is proceeds of crime and that the designated offence was committed in relation to that property, the court shall order that the property be forfeited to Her Majesty to be disposed of as the Attorney General directs or otherwise dealt with in accordance with the law.

(2) [Proceeds of crime derived from other offences] Where the evidence does not establish to the satisfaction of the court that the designated offence of which the offender is convicted, or discharged under section

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

Confiscation des produits de la criminalité

462.37 (1) [Confiscation lors de la déclaration de culpabilité] Sur demande du procureur général, le tribunal qui détermine la peine à infliger à un accusé coupable d'une infraction désignée — ou absous en vertu de l'article 730 à l'égard de cette infraction — est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article et des articles 462.39 à 462.41, d'ordonner la confiscation au profit de Sa Majesté des biens dont il est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils constituent des produits de la criminalité obtenus en rapport avec cette infraction désignée; l'ordonnance prévoit qu'il est disposé de ces biens selon les instructions du procureur général ou autrement en conformité avec la loi.

(2) [Produits de la criminalité obtenus par la perpétration d'une autre infraction] Le tribunal peut rendre une ordonnance de confiscation au titre du paragraphe (1) à l'égard des biens d'un contrevenant dont il n'est

730, was committed in relation to property in respect of which an order of forfeiture would otherwise be made under subsection (1) but the court is satisfied, beyond a reasonable doubt, that that property is proceeds of crime, the court may make an order of forfeiture under subsection (1) in relation to that property.

pas prouvé qu'ils ont été obtenus par la perpétration de l'infraction désignée dont il a été déclaré coupable — ou à l'égard de laquelle il a été absous sous le régime de l'article 730 — à la condition d'être convaincu, hors de tout doute raisonnable, qu'il s'agit de produits de la criminalité.

. . .

. . .

(2.1) [Property outside Canada] An order may be issued under this section in respect of property situated outside Canada, with any modifications that the circumstances require.

(2.1) [Biens à l'étranger] Les ordonnances visées au présent article peuvent être rendues à l'égard de biens situés à l'étranger, avec les adaptations nécessaires.

Constitution Act, 1867

Loi constitutionnelle de 1867

91. . . . [T]he exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

91. . . . [L]'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

. . .

. . .

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

27. La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle.

. . .

. . .

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

. . .

. . .

13. Property and Civil Rights in the Province.

13. La propriété et les droits civils dans la province;

14. The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts.

14. L'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux;

15. The Imposition of Punishment by Fine, Penalty, or Imprisonment for enforcing any Law of the Province made in relation to any Matter coming within any of the Classes of Subjects enumerated in this Section.

15. L'infliction de punitions par voie d'amende, pénalité, ou emprisonnement, dans le but de faire exécuter toute loi de la province décrétée au sujet des matières tombant dans aucune des catégories de sujets énumérés dans le présent article;

16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

16. Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

III. Judicial History

A. *Superior Court of Justice* (2005), 138 C.R.R. (2d) 1

[9] The application judge declined to permit the appellant to challenge Part III of the *CRA* dealing with *instruments of crime* because, although some of the seized items were alleged to be instruments of crime, Mr. Chatterjee disclaimed ownership of them. Loukidelis J. also rejected a challenge under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Neither issue is pursued in this Court.

[10] Loukidelis J. concluded that the *CRA* had two purposes, namely, compensating the victims of unlawful activities and suppressing the conditions that lead to unlawful activities by removing incentives. The *in rem* nature of *CRA* proceedings distinguished them from criminal proceedings. The *CRA* does not *create* any criminal prohibitions, it simply refers to prohibitions created by other legislation. Further, he rejected the argument of a conflict between the *CRA* and the *Criminal Code* forfeiture provisions. The latter require a conviction and are part of the sentencing process. In his view, it would be *ultra vires* the federal Parliament to enact a forfeiture regime *not* tied to conviction and sentencing. Accordingly, the *CRA* relates almost entirely to property and civil rights in the province. To the extent that any of the impugned provisions fall outside the heading of property and civil rights, they fall under the administration of justice in the province, or are matters of local or private concern. The *CRA*, in his view, was accordingly *intra vires* and valid.

B. *Court of Appeal (Labrosse, Sharpe and Rouleau J.J.A.)*, 2007 ONCA 406, 86 O.R. (3d) 168

[11] In joint reasons the court upheld the judgment below including the exercise of the applications

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice* (2005), 138 C.R.R. (2d) 1

[9] Le juge des requêtes a refusé d'autoriser l'appelant à contester la partie III de la *LRC*, qui porte sur les *instruments* du crime, au motif que, bien qu'on ait soutenu que certains des articles saisis étaient des instruments du crime, M. Chatterjee a nié en être le propriétaire. Le juge Loukidelis a aussi rejeté une contestation fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ni l'une ni l'autre de ces questions n'a été débattue devant notre Cour.

[10] Le juge Loukidelis a conclu que la *LRC* avait deux objets : l'indemnisation des victimes d'activités illégales et la suppression des conditions menant à des activités illégales par l'élimination des incitations. Le caractère *in rem* des instances introduites sous le régime de la *LRC* distingue celles-ci des instances criminelles. La *LRC* ne crée aucune interdiction criminelle; elle renvoie simplement aux interdictions créées par d'autres textes législatifs. Le juge a en outre rejeté l'argument selon lequel il existe un conflit entre les dispositions relatives à la confiscation de la *LRC* et celles du *Code criminel*. Ces dernières requièrent une déclaration de culpabilité et s'inscrivent dans le processus de détermination de la peine. De l'avis du juge, le législateur fédéral excéderait sa compétence s'il adoptait un régime de confiscation *non* lié à une déclaration de culpabilité et à une détermination de la peine. Par conséquent, la *LRC* se rapporte presque entièrement à la propriété et aux droits civils dans la province. Dans la mesure où certaines des dispositions contestées ne sont pas visées par la rubrique de la propriété et des droits civils, elles relèvent de l'administration de la justice dans la province ou sont des matières d'une nature purement locale ou privée. La *LRC* est donc, selon lui, *intra vires* et valide.

B. *Cour d'appel (les juges Labrosse, Sharpe et Rouleau)*, 2007 ONCA 406, 86 O.R. (3d) 168

[11] Dans des motifs conjoints, la cour a maintenu le jugement de première instance, y compris

judge's discretion not to deal with Part III of the *CRA* ("instruments of unlawful activity"). The court noted that civil forfeiture schemes appear in several Canadian provinces as well as foreign states. Such schemes often co-exist with conviction-based forfeiture regimes within the criminal law. *CRA* proceedings do not involve an allegation that a named individual has committed an offence. The *CRA* does not define or create any offence. It is not tied to the identification, charging, prosecution, conviction, or punishment of an offender. It does not seek to impose a penalty, fine, or other punishment, and does not provide for imprisonment.

[12] In the court's view, the pith and substance of the *CRA* is to require the disgorgement of financial gains from unlawful activity, to compensate victims, and to suppress conditions leading to unlawful activity by removing financial incentives. The *CRA* therefore falls within the province's power to legislate in relation to property and civil rights in the province and matters of a merely local or private nature in the province. Provincial civil remedies for criminal offences do not conflict with the *Criminal Code*, because Parliament expressly preserved such remedies in s. 11 of the *Criminal Code*. Further, suppression of conditions likely to favour the commission of crimes falls within provincial competence.

[13] The subject of forfeiture of the proceeds of crime has both a federal criminal aspect and a provincial aspect. The *CRA* approaches that subject from an area of valid provincial competence — disgorgement of wrongful gains, compensation and crime suppression. The *CRA* is valid provincial legislation. The appeal was therefore dismissed.

IV. Issue

[14] The Chief Justice stated the following constitutional question:

l'exercice, par le juge des requêtes, du pouvoir discrétionnaire de ne pas traiter de la partie III de la *LRC* (relative aux « instruments d'activité illégale »). La cour a signalé l'existence de régimes de confiscation civils dans plusieurs provinces canadiennes ainsi que dans des États étrangers. De tels régimes coexistent souvent avec des régimes de confiscation liés à des déclarations de culpabilité relevant du droit criminel. Dans les instances introduites sous le régime de la *LRC* il n'est pas allégué qu'une personne désignée a commis une infraction. La *LRC* ne définit ni ne crée aucune infraction. Elle n'est pas associée à l'identification, l'inculpation, la poursuite, la déclaration de culpabilité ou la peine d'un contrevenant et elle ne vise pas l'imposition d'une peine, d'une amende ou d'une autre sanction ni ne prévoit l'emprisonnement.

[12] La cour a estimé que l'objet véritable de la *LRC* visait la restitution des gains financiers provenant d'activités illégales, l'indemnisation des victimes et la suppression des conditions menant à des activités illégales par l'élimination des incitatifs financiers. En conséquence, la *LRC* relève du pouvoir de la province de légiférer sur la propriété et les droits civils dans la province et sur les matières de nature purement locale ou privée dans la province. Les recours civils provinciaux relatifs aux infractions criminelles n'entrent pas en conflit avec le *Code criminel* parce que le législateur fédéral a expressément préservé l'exercice de tels recours à l'art. 11 du *Code criminel*. En outre, la suppression de conditions susceptibles de favoriser la commission de crimes relève de la compétence provinciale.

[13] La question de la confiscation des produits de la criminalité comporte à la fois un aspect criminel fédéral et un aspect provincial. La *LRC* aborde la question sous l'angle d'une compétence provinciale valide — la restitution de gains illicites, l'indemnisation et la suppression de la criminalité. La *LRC* est une loi provinciale valide. L'appel a par conséquent été rejeté.

IV. Question

[14] La Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante :

Are ss. 1 to 6 and ss. 16 to 17 of the *Remedies for Organized Crime and Other Unlawful Activities Act, 2001*, S.O. 2001, c. 28, *ultra vires* the Province of Ontario on the ground that they relate to a subject matter which is within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

On the hearing of the appeal the appellant narrowed his challenge to argue that the *CRA* is *ultra vires* to the extent it provides for forfeiture of the proceeds of *federal offences* because to that extent the *CRA* is in pith and substance criminal law.

V. Analysis

[15] Crime imposes significant costs at every level of government: federal, provincial and municipal. Impaired driving is a *Criminal Code* offence but carnage on the roads touches numerous matters within provincial jurisdiction including health, highways, automobile insurance and property damage. The cost associated with drug abuse is another example. Each level of government bears a portion of the costs of criminality and each level of government therefore has an interest in its suppression. The appellant's argument is, however, that the *CRA* adopts a method of fighting crime and compensating its victims that is not constitutionally permissible in relation to federal offences. The forfeiture of property tainted by crime in relation to *federal* offences, he says, "encroaches directly on the federal government's exclusive jurisdiction over criminal law and is *ultra vires*" (A.F., at para. 4). It is apparent that provincial objectives *can* become so entangled in the enforcement of criminal law as to be declared *ultra vires*. In *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366 (the Patti Starr Inquiry), for example, it was held that provincial terms of reference for a judicial inquiry into a provincial fundraising scandal were *ultra vires* as constituting a substitute police investigation and preliminary inquiry in which the targets were made compellable witnesses. See also *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226. The appellant's contention that the *CRA* is an invalid attempt to increase the penalty

Les articles 1 à 6, 16 et 17 de la *Loi de 2001 sur les recours pour crime organisé et autres activités illégales*, L.O. 2001, ch. 28, outrepassent-ils les pouvoirs de la province d'Ontario du fait qu'ils portent sur un sujet relevant de la compétence exclusive du Parlement du Canada selon le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Lors de l'audition du pourvoi, l'appelant a circonscrit sa contestation pour soutenir que la *LRC* est *ultra vires* dans la mesure où elle prévoit la confiscation du produit d'*infractions fédérales* parce que le caractère véritable de cette loi se rapporte au droit criminel.

V. Analyse

[15] Chacun des niveaux de gouvernement — fédéral, provincial et municipal — doit supporter des coûts importants en raison de la criminalité. La conduite avec facultés affaiblies est une infraction prévue au *Code criminel*, mais les hécatombes sur les routes ont des conséquences sur de nombreuses matières relevant de la compétence provinciale, comme la santé, les routes, l'assurance automobile et les dommages matériels. Les coûts associés à la consommation de drogues constituent un autre exemple. Chaque ordre de gouvernement supporte une portion des coûts de la criminalité et a par conséquent intérêt à ce que la criminalité soit supprimée. L'appelant prétend cependant que la *LRC* adopte une méthode de lutte contre le crime et d'indemnisation des victimes de la criminalité qui est inconstitutionnelle à l'égard d'*infractions fédérales*. Selon lui, la confiscation de biens associés à des activités criminelles constituant des *infractions fédérales* [TRADUCTION] « empiète directement sur la compétence exclusive du gouvernement fédéral sur le droit criminel et est *ultra vires* » (m.a., par. 4). Il est évident que les objectifs provinciaux *peuvent* s'enchevêtrer dans l'application du droit criminel au point d'être déclarés *ultra vires*. Dans *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366 (l'enquête Patti Starr), par exemple, la Cour a statué qu'une enquête judiciaire provinciale dont le mandat visait un scandale provincial en matière de levées de fonds outrepassait les pouvoirs de la province étant donné que l'enquête, dans laquelle les personnes visées étaient

for federal offences therefore requires careful scrutiny.

A. *Determination of the Pith and Substance*

[16] The first step in a constitutional challenge is to determine “the matter” (to track the language of the *Constitution Act, 1867*) in relation to which the impugned law is enacted. What is the essence of what the law does and how does it do it? “[T]wo aspects of the law must be examined: the purpose of the enacting body, and the legal effect of the law” (*Reference re Firearms Act*, at para. 16). This exercise is traditionally known as determining the law’s “pith and substance”. It may include not only the impugned Act but also external material surrounding its passage, including Hansard. In principle this assessment should be made without regard to the head(s) of legislative competence, which are to be looked at only once the “pith and substance” of the impugned law is determined. Unless the two steps are kept distinct there is a danger that the whole exercise will become blurred and overly oriented towards results.

[17] As its name suggests, the *Civil Remedies Act, 2001*, enacts civil remedies in relation to property tainted by crime. Its purpose, as stated in s. 1:

The purpose of this Act is to provide civil remedies that will assist in,

- (a) compensating persons who suffer pecuniary or non-pecuniary losses as a result of unlawful activities;
- (b) preventing persons who engage in unlawful activities and others from keeping property that was acquired as a result of unlawful activities;

contraignables, remplaçait une enquête policière et une enquête préliminaire. Voir aussi *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226. Par conséquent, il faut procéder à un examen minutieux de la prétention de l’appelant suivant laquelle la *LRC* constitue une tentative illégitime d’accroître les peines liées à des infractions fédérales.

A. *Détermination du caractère véritable*

[16] Lors d’une contestation constitutionnelle, il faut tout d’abord déterminer « la matière » (pour reprendre les termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*) à l’égard de laquelle a été adoptée la loi contestée. Quel est le caractère essentiel de l’objectif recherché par la loi et de quelle façon cet objectif est-il atteint? Cela « doit être déterminé sous deux aspects : le but visé par le législateur qui l’a adoptée et l’effet juridique de la loi » (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 16). C’est l’exercice que l’on appelle traditionnellement la détermination du « caractère véritable » de la loi. Cet exercice peut comporter non seulement l’examen de la loi contestée, mais également l’examen des documents externes entourant son adoption, y compris le Hansard. En principe, cet examen devrait être effectué sans égard aux chefs de compétence législative, dont on ne doit tenir compte qu’une fois déterminé le « caractère véritable » de la loi contestée. Si les deux étapes ne sont pas abordées de façon distincte, l’exercice tout entier risque d’être confus et indûment axé sur les résultats.

[17] Comme son titre tend à l’indiquer, la *Loi de 2001 sur les recours civils* prévoit des recours civils à l’égard de biens associés à des activités criminelles. Voici son objet, tel qu’il est énoncé à l’art. 1 :

La présente loi a pour objet de prévoir des recours civils qui aident à faire ce qui suit :

- a) indemniser les personnes qui ont subi des pertes pécuniaires ou extrapécuniaires par suite d’activités illégales;
- b) empêcher les personnes qui se livrent à des activités illégales et d’autres personnes de conserver les biens qu’elles ont acquis par suite de ces activités;

- | | |
|---|--|
| <p>(c) preventing property, including vehicles as defined in Part III.1, from being used to <u>engage in certain unlawful activities</u> [added in 2007, c. 13, s. 26]; and</p> <p>(d) <u>preventing injury to the public</u> that may result from conspiracies to engage in unlawful activities.</p> | <p>c) empêcher que des biens, y compris des véhicules au sens de la partie III.1, <u>servent</u> à certaines activités illégales [ajouté en 2007, ch. 13, art. 26];</p> <p>d) <u>prévenir tout préjudice susceptible d'être causé au public</u> par suite de complots en vue de se livrer à des activités illégales.</p> |
|---|--|

While the Court is not bound by a purpose clause when considering the constitutional validity of an enactment, a statement of legislative intent is often a useful tool, particularly where it is apparent, as in this case, that the machinery created by the *CRA* corresponds to what is required to achieve the stated purposes. Purposes (a) and (b) contemplate the re-distribution of property tainted by crime. (Purpose (c) relates to the instruments of crime and is not before us.) Purpose (d) is directed to the prevention of crime-related injuries. It is suggested that the reference to “conspiracies” in (d) indicates a focus on combatting organized crime, and the appellant cites some extracts from *Hansard* to that effect. This, he says, entangles the *CRA* in criminal law. However, the province has good reason to deter organized crime, provided it stays within areas of provincial competence. There is nothing in the provisions of the *CRA* that are before us on this appeal that go beyond the redistribution of property tainted by crime, including federal crimes of all descriptions.

[18] The internal evidence of purpose thus suggests a credible intent to recover from the proceeds of crime found in Ontario the costs to victims and to the public of criminality that would otherwise fall on the provincial treasury. Forfeiture is the transfer of property from the owner to the Crown. Forfeiture does not result in the conviction of anybody for any offence. On its face, therefore, the *CRA* targets property rights.

[19] In terms of the *effects* of the *CRA*, the Court in determining its pith and substance will look at “how the legislation as a whole affects the rights

La Cour n'est pas liée par une disposition relative à l'objet lorsqu'elle examine la constitutionnalité d'un texte législatif, mais une déclaration de l'intention législative constitue souvent un outil utile, en particulier lorsqu'il appert, comme en l'espèce, que les mécanismes créés par la *LRC* correspondent à ce qui est requis pour réaliser les objets énoncés. Les objets visés aux al. a) et b) ont trait à la redistribution des biens associés à des activités criminelles. (L'objet dont fait état l'al. c) concerne les instruments du crime et la Cour n'est pas saisie de cette question.) L'objet énoncé à l'al. d) est la prévention des préjudices liés à des activités criminelles. L'appelant a avancé que la mention de « complots » à l'al. d) indique un objectif de lutte contre le crime organisé, et il cite à l'appui quelques extraits du *Hansard*. Il affirme qu'en raison de cet objectif, la *LRC* et le droit criminel se confondent. La province a cependant de bonnes raisons de réprimer le crime organisé, pourvu qu'elle reste à l'intérieur des sphères de compétence provinciale. Les dispositions de la *LRC* examinées dans le présent pourvoi ne font rien de plus que permettre la redistribution de biens associés à des activités criminelles, dont des crimes fédéraux de toutes sortes.

[18] La preuve interne de l'objet tend ainsi à indiquer une intention vraisemblable de recouvrer, sur les produits du crime trouvés en Ontario, les coûts de la criminalité pour les victimes et le public que devrait autrement supporter le gouvernement provincial. La confiscation opère le transfert à l'État du bien du propriétaire. Elle ne donne pas lieu à une déclaration de culpabilité d'une personne à l'égard d'une infraction. À première vue, donc, la *LRC* vise des droits de propriété.

[19] En ce qui concerne les *effets* de la *LRC*, la Cour examinera, pour déterminer le caractère véritable de cette loi, « la manière dont le texte législatif

and liabilities of those subject to its terms” (*R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 482). When appropriate, as well, a reviewing court will look beyond the legal effect — beyond the statute’s “four corners” — to examine “the actual or predicted practical effect of the legislation in operation” (*Morgentaler*, at p. 483). The record shows that as of August 2007 approximately \$3.6 million in property has been ordered forfeited under the *CRA* of which approximately \$1 million had been paid out to direct victims, \$900,000 had been paid in grants to various bodies on victims’ issues, including the Peel Police Internet Child Exploitation Unit, leaving \$1.7 million in special *CRA* accounts. Forfeited property included approximately \$500,000 in property involved in marijuana grow operations, a Hamilton crack house (the ownership of which was then transferred to the City), vehicles involved in street racing contrary to the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8, and approximately \$1 million in cash involved in fraud or money laundering: *Civil Forfeiture in Ontario 2007: An Update on the Civil Remedies Act, 2001* (2007).

[20] Criminal “taint” of property has many sources. Section 2 of the *CRA* defines “unlawful activity” as “an act or omission that . . . is an offence under an Act of Canada, Ontario or another province or territory”. The definition also extends to offences in jurisdictions outside Canada provided the conduct there would be an offence if committed in Ontario. It is significant that the *CRA* throws its “crime” net so widely. There is no singling out of offences in any particular jurisdiction, including federal offences in Canada. This suggests the province was concerned with the deleterious effects of crime in general rather than attempting in a colourable way to tack a penalty onto the federal criminal sentencing process.

dans son ensemble influe sur les droits et les obligations de ceux qui sont assujettis à ses dispositions » (*R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 482). Au besoin, la cour de révision ne tiendra pas seulement compte des effets juridiques — elle ne se tiendra pas à la seule teneur du texte — pour prendre en considération « l’effet pratique, réel ou prévu, de l’application du texte législatif » (*Morgentaler*, p. 483). Le dossier indique qu’en date d’août 2007, des biens d’environ 3,6 millions de dollars avaient été confisqués aux termes de la *LRC* et de cette somme, environ un million de dollars avaient été versés à des victimes directes et 900 000 \$ avaient été remis en subventions à divers organismes d’aide aux victimes, notamment le Peel Police Internet Child Exploitation Unit, ce qui laissait 1,7 million de dollars dans les comptes spéciaux prévus par la *LRC*. Les biens confisqués comprenaient des biens servant à la culture de marijuana, d’une valeur d’environ 500 000 \$, une fumerie de crack à Hamilton (dont la propriété a ensuite été transférée à la ville), des véhicules impliqués dans une course de rue contrairement au *Code de la route*, L.R.O. 1990, ch. H.8, et environ un million de dollars en argent comptant ayant servi à des activités de fraude ou de blanchiment d’argent : *La confiscation de biens au civil en Ontario – 2007 : Le point sur la Loi de 2001 sur les recours civils* (2007).

[20] Les biens « associés » à des activités criminelles proviennent de diverses sources. L’article 2 de la *LRC* définit l’« activité illégale » comme étant « [t]out acte ou toute omission [. . .] qui [. . .] constitue une infraction à une loi du Canada, de l’Ontario, d’une autre province ou d’un territoire du Canada ». La définition englobe aussi les infractions commises à l’étranger si l’activité en cause constitue une infraction en Ontario. La grande diversité des « crimes » visés par la *LRC* a de l’importance. Celle-ci ne vise pas les infractions d’une autorité en particulier, notamment les infractions fédérales au Canada. Cela tend à indiquer que la province se préoccupait des effets nuisibles de la criminalité en général; elle ne cherchait pas un moyen déguisé d’infliger une pénalité s’ajoutant au processus fédéral de détermination de la peine.

[21] Proceeds of crime are defined as “property acquired, directly or indirectly, in whole or in part, as a result of unlawful activity” (s. 2). The forfeiture proceedings are initiated by an application or action under the ordinary civil rules of the province. Proceedings are taken *in rem* against the property itself and can be initiated without joining the owners or possessors as defendants (who of course may be added as parties at a later date — see now ss. 15.5 and 15.6). The Attorney General as applicant is not required to prove any particular offence against any particular offender. Initially these proceedings were styled *Attorney General of Ontario v. \$29,020 in Canada Currency, Exhaust Fan, Light Ballast, Light Socket (in Rem) and Robin Chatterjee*, but Mr. Chatterjee was before the court as a property claimant, not as an accused.

[22] The rest of the statutory machinery may be briefly described. Forfeiture “shall” be ordered unless it is not in the interest of justice to do so or a legitimate owner comes forward (s. 3(3)). Legitimate owners may bring any claims to the property within a 15-year limitation period (s. 3(5)). The proceeds of the forfeiture are deposited into a separate provincial revenue account (s. 6(1)), out of which a court may order Crown’s costs to be paid (s. 6(2.1)). The money left in the account may be directed to compensate persons who have suffered losses as a result of the unlawful activity, victims of general unlawful activity, the Crown in right of Ontario, municipal corporations or other public bodies *in respect of their losses flowing from the unlawful activity* or (if there is money left over) for such other purpose as may be prescribed by regulation (s. 6(3)).

[23] In essence, therefore, the CRA creates a property-based authority to seize money and other things shown on a balance of probabilities to be tainted by crime and thereafter to allocate the

[21] Le produit d’activité criminelle est défini comme étant un « [b]ien acquis, directement ou indirectement, en tout ou en partie, par suite d’une activité illégale » (art. 2). Les instances de confiscation sont introduites par une demande ou une action conformément aux règles civiles habituelles de la province. Il s’agit d’instances *in rem* contre les biens eux-mêmes et ces procédures peuvent être introduites sans que les propriétaires ou possesseurs des biens soient appelés comme défendeurs (lesquels peuvent bien sûr être ultérieurement ajoutés comme parties — voir les nouveaux art. 15.5 et 15.6). Le procureur général, en tant que demandeur, n’a pas à faire la preuve d’une infraction particulière à l’égard d’un contrevenant en particulier. L’intitulé initial de la présente instance était [TRADUCTION] *Procureur général de l’Ontario c. 29 020 \$ en dollars canadiens, ventilateur d’extraction, ballast, douille de lampe (in Rem) et Robin Chatterjee*, mais M. Chatterjee comparaisait devant la cour en tant que personne revendiquant les biens et non à titre d’accusé.

[22] Le reste du mécanisme prévu par la loi peut être brièvement décrit. Le tribunal « rend » l’ordonnance de confiscation à moins que cela ne soit pas dans l’intérêt de la justice ou que le propriétaire légitime ne se fasse connaître (par. 3(3)). Les propriétaires légitimes ont un délai de 15 ans pour introduire une instance relative à un bien (par. 3(5)). Le produit de la confiscation est déposé dans un compte distinct du Trésor provincial (par. 6(1)). Le tribunal peut ordonner que soit prélevé de ce compte un montant pour couvrir les frais engagés par la Couronne (par. 6(2.1)). L’argent restant peut servir à l’indemnisation des personnes qui ont subi des pertes par suite de l’activité illégale, des victimes d’activités illégales en général, de la Couronne du chef de l’Ontario, des municipalités ou d’autres organismes publics *pour les pertes qu’ils ont subies par suite de l’activité illégale* ou (s’il reste de l’argent) les autres fins que prescrivent les règlements (par. 6(3)).

[23] La LRC crée donc essentiellement, à l’égard des biens, un pouvoir de saisir de l’argent et d’autres articles dont la preuve démontre selon la prépondérance des probabilités qu’ils sont associés à des

proceeds to compensating victims of and remedying the societal effects of criminality. The practical (and intended) effect is also to take the profit out of crime and to deter its present and would-be perpetrators.

B. *Assignment to Heads of Legislative Power*

[24] Once the “pith and substance” is ascertained, it is necessary to classify that essential character of the law by reference to the provincial and federal “classes of subjects” listed in ss. 91 and 92 (or, in an appropriate case, ss. 93, 94A and 95) to determine if the law comes within the jurisdiction of the enacting legislature. Clearly, the *CRA* relates to property but, of course, much of the *Criminal Code* is dedicated to offences involving property. To characterize a provincial law as being in pith and substance related to property is therefore just a starting point. A good deal of overlap in measures taken to suppress crime is inevitable:

Moreover, while, as subject matter of legislation, the criminal law is entrusted to the Dominion Parliament, responsibility for the administration of justice and, broadly speaking, for the policing of the country, the execution of the criminal law, the suppression of crime and disorder, has from the beginning of Confederation been recognized as the responsibility of the provinces [Emphasis added.]

(*Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, at p. 403 (per Duff C.J.). See also *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, at pp. 207 and 213 (per Dickson J.).)

C. *The Provincial Aspect*

[25] As stated, the *CRA* fits neatly into the provincial competence in relation to Property and Civil Rights in the Province (*Constitution Act, 1867*, s. 92(13)) or Matters of a merely local or private Nature in the Province (s. 92(16)). The Attorneys General rely on *Martineau v. M.N.R.*, 2004 SCC 81, [2004] 3 S.C.R. 737, for the proposition that

activités criminelles, et de répartir ensuite le produit pour indemniser les victimes et remédier aux effets sociaux de la criminalité. L'effet pratique (et recherché) est aussi de faire en sorte que le crime ne paie pas et de dissuader, actuellement et pour l'avenir, les auteurs d'infractions de commettre des délits.

B. *Attribution des matières aux chefs de compétence législative*

[24] Dès lors que le « caractère véritable » est déterminé, il est nécessaire de classer ce caractère essentiel de la loi en fonction des « catégories de sujets » provinciaux et fédéraux énumérées aux art. 91 et 92 (ou, dans les cas appropriés, aux art. 93, 94A et 95) pour décider si la loi relève de la compétence du législateur qui l'a adoptée. Manifestement, la *LRC* se rapporte à la propriété, mais une grande partie du *Code criminel* traite évidemment d'infractions mettant en cause la propriété. Par conséquent, déterminer que le caractère véritable d'une loi provinciale se rapporte à la propriété ne constitue qu'un point de départ. Il est inévitable qu'il existe beaucoup de chevauchements dans les mesures prises pour enrayer la criminalité :

[TRADUCTION] De plus, bien que le droit criminel soit, sous l'aspect législatif, assigné au parlement du Canada, on a depuis le début de la Confédération reconnu que l'administration de la justice et, généralement, le maintien de l'ordre dans le pays, l'application du droit criminel ainsi que la suppression des crimes et désordres, sont la responsabilité des provinces . . . [Je souligne.]

(*Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, p. 403 (le juge en chef Duff). Voir aussi *Di Iorio c. Gardien de la prison commune de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, p. 207 et 213 (le juge Dickson).)

C. *L'aspect provincial*

[25] Tel qu'il a été indiqué précédemment, la *LRC* correspond parfaitement à la compétence provinciale relative à la propriété et aux droits civils dans la province (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(13)) ou aux matières d'une nature purement locale ou privée dans la province (par. 92(16)). Les procureurs généraux s'appuient sur l'arrêt *Martineau c.*

“civil mechanisms include the seizure as forfeit of goods and conveyances” (para. 27).

[26] Our jurisprudence offers many examples of the interplay between provincial legislative jurisdiction over property and civil rights and federal legislative jurisdiction over criminal law and procedure. In *Bédard v. Dawson*, [1923] S.C.R. 681, for example, the Court upheld the validity of a provincial law that authorized a judge to close a “disorderly hous[e]” for up to one year. The Court held that the law was directed to the enjoyment of property rights not criminal law. Duff J. (later C.J.C.) held that “[t]he legislation impugned seems to be aimed at suppressing conditions calculated to favour the development of crime rather than at the punishment of crime” (p. 684). Idington J., in words relevant to the disposition of the present appeal, said that:

As to the argument addressed to us that the local legislatures cannot legislate to prevent crime, I cannot assent thereto for in a very wide sense it is the duty of the legislature to do the utmost it can within its power to anticipate and remove, so far as practicable, whatever is likely to tend to produce crime; . . . [Emphasis added; p. 684.]

[27] In *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, this Court struck down a Quebec law providing for the closure of houses in which socialism or bolshevism were said to be propagated (known popularly as the “Padlock law”). Kerwin C.J. and Nolan and Cartwright JJ. distinguished *Bédard*. Unlike in *Bédard*, the impugned statute in *Switzman* was only superficially concerned with the control and enjoyment of property; in their view its dominant purpose was to criminalize and punish the propagation of communism. By contrast, the *CRA* does not define a new offence or clearly take aim at any particular category of criminal conduct. (Rand and Abbott JJ. held in *Switzman* that the Padlock Law’s dominant purpose was to suppress the dissemination of political views, an issue which,

M.R.N., 2004 CSC 81, [2004] 3 R.C.S. 737, pour soutenir que les « mécanismes civils comprennent la saisie à titre de confiscation de marchandises et de moyens de transport » (par. 27).

[26] Notre jurisprudence offre de nombreux exemples de l’interaction entre la compétence législative provinciale en matière de propriété et de droits civils et la compétence législative fédérale en ce qui a trait et à la loi criminelle et à la procédure criminelle. Par exemple, dans *Bédard c. Dawson*, [1923] R.C.S. 681, la Cour a confirmé la validité d’une loi provinciale qui autorisait un juge à fermer une « maison de désordre » pour une période n’excédant pas un an. La Cour a statué que l’objet de la loi était la jouissance des droits de propriété et non le droit criminel. Selon le juge Duff (plus tard juge en chef du Canada), [TRADUCTION] « [l]a loi contestée semble viser la suppression de conditions propres à favoriser la criminalité plutôt que la sanction du crime » (p. 684). Dans des termes pertinents pour trancher le présent pourvoi, le juge Idington a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] En ce qui concerne l’argument qu’on nous a présenté suivant lequel les législatures locales ne peuvent légiférer pour prévenir le crime, je ne peux y souscrire parce que, dans un sens très large, il est du devoir de la législature de faire tout ce qui est en son pouvoir pour prévoir et supprimer, dans la mesure du possible, tout ce qui est susceptible de conduire à la criminalité; . . . [Je souligne; p. 684.]

[27] Dans l’arrêt *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, notre Cour a annulé une loi du Québec prévoyant la fermeture des maisons qui servaient, prétendait-on, à la propagation du socialisme et du bolchevisme (communément appelée la « loi du cadenas »). Le juge en chef Kerwin et les juges Nolan et Cartwright ont fait une distinction d’avec l’affaire *Bédard*. Contrairement aux circonstances de l’affaire *Bédard*, la loi contestée dans *Switzman* ne portait qu’en apparence sur le contrôle et la jouissance des biens; de l’avis des juges, la province visait principalement à criminaliser et à punir la propagation du communisme. Par contre, la *LRC* ne définit aucune infraction nouvelle et ne s’attache pas clairement à réprimer une catégorie en particulier de conduite criminelle. (Dans *Switzman*,

however important, has no role in the *CRA vires* debate.)

[28] In *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, the Court upheld a municipal ordinance regulating public demonstrations with a view to the prevention of “conditions conducive to breaches of the peace and detrimental to the administration of justice” (p. 791). The Court held the municipal law to be in relation to “Matters of a merely local or private Nature” under s. 92(16) and stated at p. 792 that “[i]t is now well established that the suppression of conditions likely to favour the commission of crimes falls within provincial competence”, citing *Bédard* and *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*. The Attorney General of Ontario also argues that the *CRA* in a sense operates as a substitute for civil litigation by victims against criminal offenders, a notoriously difficult and costly exercise.

[29] The question, however, is at what point does a provincial measure designed to “suppress” crime become itself “criminal law”? There will often be a degree of overlap between measures enacted pursuant to the provincial power (property and civil rights) and measures taken pursuant to the federal power (criminal law and procedure). In such cases it is necessary for the Court to identify the “dominant feature” of an impugned measure. If, as is argued by the Attorneys General here, the dominant feature of the *CRA* is property and civil rights, it will not be invalidated because of an “incidental” intrusion into the field of criminal law.

[30] For the reasons that follow I agree that the *CRA* was enacted “in relation to” property and civil rights and may incidentally “affect” criminal law and procedure without doing violence to the division of powers. As noted by Dickson C.J. in *General Motors of Canada Ltd. v. City National*

les juges Rand et Abbott ont conclu que la loi du cadenas visait principalement à empêcher la propagation d’opinions politiques, une question certes importante, mais étrangère au débat sur la validité de la *LRC*.)

[28] Dans *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, la Cour a maintenu une ordonnance municipale réglant les manifestations publiques en vue de prévenir des « conditions susceptibles d’entraîner des violations de la paix et de nuire à l’administration de la justice » (p. 791). La Cour a statué que le règlement municipal se rapportait aux « matières d’une nature purement locale ou privée » prévues au par. 92(16) et a affirmé à la p. 792, en citant les arrêts *Bédard* et *Di Iorio c. Gardien de la prison commune de Montréal*, qu’« [i]l est maintenant bien établi que la suppression des conditions susceptibles de favoriser le crime relève de la compétence provinciale ». Le procureur général de l’Ontario soutient aussi que la *LRC* offre en quelque sorte une solution de rechange aux procès civils que les victimes peuvent tenter aux criminels, un exercice notoirement difficile et coûteux.

[29] Toutefois, la question est de savoir à quel moment une mesure provinciale visant la « suppression » de la criminalité devient elle-même une « loi criminelle ». Il y aura souvent un certain chevauchement entre les mesures adoptées en vertu du pouvoir provincial (propriété et droits civils) et celles prises en vertu du pouvoir fédéral (loi criminelle et procédure criminelle). Dans de tels cas, il est nécessaire que la Cour identifie la « caractéristique dominante » de la mesure contestée. Si, comme le font valoir les procureurs généraux en l’espèce, la *LRC* a pour caractéristique dominante la propriété et les droits civils, elle ne sera pas invalidée en raison d’une ingérence « accessoire » dans le domaine du droit criminel.

[30] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que la *LRC* a été adoptée « relativement » à la propriété et aux droits civils et peut accessoirement « toucher » la loi criminelle et la procédure criminelle sans porter atteinte au partage des pouvoirs. Comme l’a fait remarquer le juge en chef

Leasing, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 670, “[b]oth provincial and federal governments have equal ability to legislate in ways that may incidentally affect the other government’s sphere of power.”

D. *The Federal Aspect*

[31] The appellant’s argument is that the *CRA*, properly analyzed, is in pith and substance an enactment in relation to the criminal law. It imposes an additional penal regime in relation to federal offences that supplements, and may on occasion, conflict with the federal forfeiture provisions of Part XII.2 of the *Criminal Code*. The first argument leads to a conclusion that the *CRA* is *ultra vires*. The second argument would lead to the conclusion that the *CRA* is rendered inoperative in relation to federal offences only by reason of operational conflict which must be resolved in favour of the federal law by virtue of the doctrine of paramourty.

[32] The appellant argues that *Bédard* must be read in light of the Court’s later decisions in *Industrial Acceptance Corp. v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 273, and *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127. In the *Industrial Acceptance* case the Court upheld the federal forfeiture provisions contained in the *Opium and Narcotic Drug Act, 1929*, S.C. 1929, c. 49, on the ground that it “provides for the forfeiture of property used in the commission of a criminal offence and is, therefore, legislation in relation to criminal law” (p. 275). This decision is of limited interest in the present appeal as no one contests the validity of the federal law. Co-operative federalism recognizes that overlaps between provincial and federal laws are inevitable:

Matters, however, which in one aspect and for one purpose fall within the jurisdiction of a province over the subjects designated by one or more of the heads of s. 92, may in another aspect and for another purpose, be

Dickson dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 670, « [I]es gouvernements fédéral et provinciaux partagent la même capacité de légiférer de façons qui peuvent accessoirement toucher au domaine de compétence de l’autre. »

D. *L’aspect fédéral*

[31] Selon l’argument de l’appelant, une analyse appropriée de la *LRC* révèle que son caractère véritable se rapporte au droit criminel. La *LRC* impose à l’égard des infractions fédérales un régime pénal additionnel qui complète les dispositions fédérales relatives à la confiscation, prévues à la partie XII.2 du *Code criminel*, et qui peut à l’occasion entrer en conflit avec celles-ci. Le premier argument mène à la conclusion que la *LRC* est *ultra vires*. Selon le deuxième argument, la *LRC* deviendrait inopérante à l’égard des infractions fédérales uniquement à cause d’un conflit d’application devant être tranché en faveur de la loi fédérale en raison de la doctrine de la prépondérance.

[32] L’appelant prétend que l’arrêt *Bédard* doit être interprété à la lumière de deux arrêts subséquents de la Cour, *Industrial Acceptance Corp. c. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 273, et *Johnson c. Attorney General of Alberta*, [1954] R.C.S. 127. Dans l’affaire *Industrial Acceptance*, la Cour a confirmé la validité des dispositions fédérales relatives à la confiscation contenues dans la *Loi de l’opium et des drogues narcotiques, 1929*, S.C. 1929, ch. 49, au motif que cette loi [TRADUCTION] « prescrit la confiscation de biens utilisés dans la perpétration d’une infraction criminelle et est donc une législation relative au droit criminel » (p. 275). Cette décision présente un intérêt limité pour le présent pourvoi étant donné que personne ne conteste la validité de la loi fédérale. Le fédéralisme coopératif reconnaît que les chevauchements des lois provinciales et fédérales sont inévitables :

[TRADUCTION] Toutefois, les matières dont un des aspects ou un des buts relève de la compétence provinciale relative aux sujets indiqués dans un ou plusieurs chefs de compétence de l’art. 92 peuvent, eu égard à un

proper subjects of legislation under s. 91, and in particular under head 27.

(*Reference re Validity of the Combines Investigation Act and of s. 498 of the Criminal Code*, [1929] S.C.R. 409, at p. 413)

The mere existence of a valid federal law bearing some similarities to the challenged provincial law does not, without more, demonstrate the invalidity of the latter.

[33] *Johnson*, on the other hand, did involve an attack on the *vires* of a provincial statute on the basis that it trenched on the federal criminal law power. In that case, the Court (in a 4-3 split) declared invalid the Alberta *Slot Machine Act*, R.S.A. 1942, c. 333, which had laid down that “[n]o slot machine shall be capable of ownership, nor shall the same be subject of property rights within the Province”. The Alberta definition of a slot machine included devices which, under the *Criminal Code*, were deemed to be the means for playing a game of chance. The police were authorized to cause a summons to be issued to the occupant to appear before a justice of the peace to show cause (if possible) why the machine should not be considered a slot machine. Failing to do so resulted in the forfeiture of the slot machine to the provincial Crown.

[34] *Johnson* is distinguishable on a number of grounds. The deciding vote was cast by Rand J., whose main reason for striking down the legislation was that it conflicted with the gaming house provisions in the *Criminal Code*. In the alternative, the provisions — though dealing on their face with property in the province — were in reality directed against gambling, a “public or community evil” (p. 137) and as such must perforce be criminal law.

[35] As to the main argument, Rand J. wrote that the field of slot machines was “already occupied by the *Criminal Code*” (p. 135). “An additional process

autre aspect ou un autre but, être abordées à juste titre dans une loi permise à l’art. 91 et, en particulier, à la rubrique 27.

(*Reference re Validity of the Combines Investigation Act and of s. 498 of the Criminal Code*, [1929] R.C.S. 409, p. 413)

La simple existence d’une loi fédérale valide comportant certaines similitudes avec la loi provinciale attaquée ne démontre pas, à elle seule, l’invalidité de la loi provinciale.

[33] Dans l’affaire *Johnson* par contre, on contestait la validité d’une loi provinciale au motif qu’elle empiétait sur la compétence fédérale en matière de droit criminel. Dans cette affaire, la Cour (partagée à quatre juges contre trois) a invalidé la *Slot Machine Act*, R.S.A. 1942, ch. 333, de l’Alberta qui prévoyait que [TRADUCTION] « [n]ulle machine à sous n’est susceptible d’appropriation ni ne peut être l’objet de droits de propriété dans la province ». La définition que donnait l’Alberta à la machine à sous incluait des appareils qui, selon le *Code criminel*, étaient réputés constituer du matériel de jeu de hasard. Les policiers étaient autorisés à demander à la Cour de délivrer une sommation à l’occupant l’enjoignant de comparaître devant un juge de paix pour expliquer (si possible) pourquoi la machine ne devrait pas être considérée comme une machine à sous, à défaut de quoi la machine à sous était confisquée au profit de la Couronne provinciale.

[34] Il faut établir une distinction avec l’arrêt *Johnson* pour un certain nombre de motifs. C’est le juge Rand qui a fait pencher la balance en faveur de l’annulation de la loi, principalement parce que cette loi entraînait en conflit avec les dispositions relatives aux maisons de jeux du *Code criminel*. Il a indiqué subsidiairement que, même si elles traitaient à première vue de la propriété dans la province, les dispositions en cause visaient en réalité à contrer le jeu, un [TRADUCTION] « mal public ou collectif » (p. 137) et elles devaient donc forcément relever du droit criminel.

[35] En ce qui concerne l’argument principal, le juge Rand a écrit que la sphère de compétence relative aux machines à sous était [TRADUCTION]

of forfeiture by the province”, he continued, “would both duplicate the sanctions of the *Code* and introduce an interference with the administration of its provisions” (p. 138). Rand J.’s “occupying the field” reasoning has been rendered obsolete by subsequent case law which makes it clear that a federal law touching on a “matter” does not in general create a negative inference ousting the operation of a provincial law otherwise valid in relation to provincial objects. On the contrary, s. 11 of the *Criminal Code* provides that “[n]o civil remedy for an act or omission is suspended or affected by reason that the act or omission is a criminal offence.”

[36] If the dominant purpose of the provincial enactment is in relation to provincial objects, the law will be valid, and if the enactments of both levels of government can generally function without operational conflict they will be permitted to do so. In factual situations where operational conflict does occur, the conflict will be resolved by the restrained view of federal paramountcy established by *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, where it was said at p. 191:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says “yes” and the other says “no”; “the same citizens are being told to do inconsistent things”; compliance with one is defiance of the other.

See also *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961, at paras. 40-41; *Lafarge Canada*, at paras. 75-77. To the extent Rand J. considered dominant the criminal law aspect of the Alberta *Slot Machine Act*, it should be remembered that the person suffering forfeiture — the keeper of the slot machine — had also committed the gaming house offence. This “match” helped the Court conclude in *Johnson* that the provincial forfeiture, in pith and

« déjà occupée par le *Code criminel* » (p. 135). Il a ajouté qu’[TRADUCTION] « [u]n processus additionnel de confiscation par la province doublerait les sanctions du *Code* et constituerait une ingérence dans l’administration de ses dispositions » (p. 138). Le raisonnement du juge Rand fondé sur la « sphère de compétence occupée » est devenu désuet en raison de la jurisprudence subséquente établissant clairement qu’une loi fédérale relative à une « matière » ne crée pas en général une inférence négative qui écarte l’application d’une loi provinciale par ailleurs valide quant à ses objets provinciaux. Au contraire, l’art. 11 du *Code criminel* prévoit maintenant qu’« [a]ucun recours civil pour un acte ou une omission n’est suspendu ou atteint du fait que l’acte ou omission constitue une infraction criminelle. »

[36] Si l’objectif dominant du texte législatif provincial se rapporte à des objets provinciaux, la loi sera valide, et si les textes législatifs des deux niveaux de gouvernement peuvent généralement être appliqués sans soulever de conflit, il n’y aura pas lieu d’intervenir. Dans les cas où il existe effectivement un conflit d’application, celui-ci sera résolu par la doctrine de l’application étroite de la prépondérance des lois fédérales établie dans l’arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, où la Cour a dit ce qui suit à la p. 191 :

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d’exclusion sauf lorsqu’il y a un conflit véritable, comme lorsqu’une loi dit « oui » et que l’autre dit « non »; « on demande aux mêmes citoyens d’accomplir des actes incompatibles »; l’observance de l’une entraîne l’inobservance de l’autre.

Voir aussi *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d’alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 40-41; *Lafarge Canada*, par. 75-77. Dans la mesure où le juge Rand a considéré que l’aspect criminel de la *Slot Machine Act* de l’Alberta était dominant, il convient de rappeler que la personne qui subissait la confiscation — le gardien de la machine à sous — avait aussi commis l’infraction relative à la tenue d’une maison de jeu. Cette « association »

substance, was punishment for a crime. The same is not true of CRA forfeiture.

[37] The other judges in the *Johnson* majority agreed that the forfeiture was designed to supplement punishment, and that this made it criminal law in pith and substance. They also felt that legislation in relation to gaming was classic criminal law, because of the relation to public morality. The three dissenting judges would have upheld the provincial law, citing *Bédard*.

[38] The appellant and the interveners supporting him invoke *Industrial Acceptance* and *Johnson* as authorities for the proposition that “[f]orfeiture, in the context of property tainted by crime, is punishment” (A.F., at para. 44) but, in my view, neither case read in light of our subsequent jurisprudence supports such a broad proposition.

[39] Indeed *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940, shows that it is the federal provisions purporting to attach property consequences to the sentencing process, not the provincial forfeiture provisions, that push the boundary of legislative competence. The Manitoba Court of Appeal in *Zelensky* had invalidated what was then s. 653 of the *Criminal Code* on the basis that compensation orders constituted an “unwarranted invasion of provincial jurisdiction”, and did “not become valid because of the objective in preventing a criminal from profiting from his crime” ((1976), 73 D.L.R. (3d) 596, at p. 618). On appeal to this Court, however, Laskin C.J. was prepared to uphold the validity of the *Criminal Code* compensation provisions because he considered them to be part of the sentencing process:

I wish to dwell further on the course of proceedings in this case in order to provide some guidance to trial

de ces deux conditions a aidé la Cour à conclure, dans *Johnson*, que, de par son caractère véritable, la confiscation provinciale constituait une punition pour un crime. Il n’en est pas de même pour la confiscation prévue dans la *LRC*.

[37] Les autres juges de la majorité dans *Johnson* ont convenu que la confiscation visait à compléter la punition et que cela indiquait que le caractère véritable de cette loi se rapportait au droit criminel. Ils ont également estimé que la loi relative au jeu était une loi criminelle classique, parce qu’elle avait trait à la moralité publique. Citant l’arrêt *Bédard*, les trois juges dissidents étaient d’avis de confirmer la validité de la loi provinciale.

[38] L’appelant et les intervenants qui l’appuient invoquent les arrêts *Industrial Acceptance* et *Johnson* à l’appui de la proposition selon laquelle [TRADUCTION] « [l]a confiscation, dans le contexte d’un bien associé à des activités criminelles, constitue une peine » (m.a., par. 44), mais, à mon avis, lorsqu’on les interprète à la lumière de la jurisprudence subséquente, aucun de ces deux arrêts n’appuie une affirmation aussi large.

[39] En fait, suivant l’arrêt *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, ce sont les dispositions fédérales censées assortir le processus de détermination de la peine de conséquences en matière de propriété qui repoussent la frontière de la compétence législative, pas les dispositions provinciales relatives à la confiscation. Dans *Zelensky*, la Cour d’appel du Manitoba avait invalidé l’art. 653 du *Code criminel*, tel que formulé à l’époque, au motif qu’une ordonnance de dédommagement qui [TRADUCTION] « empiète sur un domaine de compétence provinciale, ne devient pas valide parce qu’elle vise à empêcher un criminel de profiter de son crime » ((1976), 73 D.L.R. (3d) 596, p. 618). Toutefois, en appel devant notre Cour, le juge en chef Laskin était disposé à confirmer la validité des dispositions relatives au dédommagement prévues au *Code criminel*, parce qu’il considérait qu’elles faisaient partie du processus de détermination de la peine :

Je vais insister sur le déroulement des procédures en l’espèce afin de donner aux juges de première

judges on the proper application of s. 653 and in order to make clear that s. 653 is not to be used *in terrorem* as a substitute for or a reinforcement for civil proceedings. Its validity is based, as I have already said, on its association with the sentencing process, and its administration in particular cases must be limited by that consideration. [Emphasis added; p. 962.]

Pigeon J., writing for three judges in dissent, would have struck down the *Criminal Code* provisions on the basis that a “compensation order is nothing but a civil judgment” (p. 984). There is nothing in the judgment to deny that a forfeiture measure which is independent of the sentencing process would be squarely within the provincial competence.

E. *Overlapping Effects*

[40] The Constitution permits a province to enact measures to deter criminality and to deal with its financial consequences so long as those measures are taken in relation to a head of provincial competence and do not compromise the proper functioning of the *Criminal Code* including the sentencing provisions. In *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396, it was held that a province could validly impose automatic suspension of a provincial driver’s licence after conviction for impaired driving under the *Criminal Code*. In *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5, the Court upheld the automatic provincial licence suspension following a conviction for impaired driving even though the sentencing judge in the criminal case had purported to allow Ross to continue to drive on an intermittent basis. There is no general bar to a province’s enacting civil consequences to criminal acts provided the province does so for its own purposes in relation to provincial heads of legislative power.

[41] In *Egan* and *Ross*, the provincial laws were clearly aimed at deterring impaired driving, notwithstanding its status as a federal offence, and with

instance des indications sur l’application de l’art. 653 et leur rappeler qu’on ne doit pas y recourir *in terrorem* ni pour remplacer ou renforcer des procédures civiles. Sa validité se fonde, comme je l’ai dit plus haut, sur son association au processus de sentence, et il faut limiter à cette considération son application aux cas particuliers. [Je souligne; p. 962.]

Le juge Pigeon, au nom des trois juges dissidents, aurait invalidé les dispositions du *Code criminel*, au motif qu’une « ordonnance de dédommagement n’est rien d’autre qu’un jugement civil » (p. 984). Le jugement ne nie aucunement qu’une confiscation sans lien avec le processus de détermination de la peine relèverait parfaitement de la compétence provinciale.

E. *Chevauchement des effets*

[40] La Constitution permet aux provinces d’adopter des mesures visant la prévention de la criminalité et traitant des conséquences financières de la criminalité, pour autant que ces mesures soient permises sous un chef de compétence provincial et ne portent pas atteinte à l’application du *Code criminel*, y compris des dispositions relatives à la détermination de la peine. Dans *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396, la Cour a statué qu’une province pourrait valablement imposer une suspension automatique d’un permis de conduire provincial par suite d’une déclaration de culpabilité pour conduite avec facultés affaiblies en vertu du *Code criminel*. Dans *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5, la Cour a maintenu la suspension automatique par la province du permis de conduire dans ces circonstances, même si le juge qui avait imposé la peine dans le procès criminel était censé autoriser M. Ross à continuer de conduire durant certaines périodes. Il n’existe pas d’interdiction générale pour une province de prévoir des conséquences civiles pour des actes criminels, du moment que la province le fait à l’égard de ses propres objectifs relativement aux chefs de compétence législative provinciaux.

[41] Dans *Egan* et *Ross*, les lois provinciales visaient manifestement à dissuader la conduite avec facultés affaiblies, malgré le fait qu’il s’agit d’une

good reason. Drunk drivers create public safety hazards on provincial highways and their accidents impose costs by way of examples on the provincial health system and provincial police and highway services. Similarly, the fact the *CRA* aims to deter *federal* offences as well as provincial offences and indeed offences committed outside Canada, is not fatal to its validity. On the contrary, its very generality shows that the province is concerned about the *effects* of crime as a generic source of social ill and provincial expense, and not with supplementing federal criminal law as part of the sentencing process.

F. *Interference With the Criminal Code Forfeiture Provisions*

[42] The argument arises in this case, as it did in *Johnson*, that the provisions of the provincial Act should be set aside as they “introduce an interference with the administration of [the *Criminal Code* forfeiture] provisions” (p. 138). If such operational interference were demonstrated, of course, or if it were shown that the *CRA* frustrated the federal purpose underlying the forfeiture provisions of the *Criminal Code*, the doctrine of federal paramountcy would render inoperative the *CRA* to the extent of the conflict or interference (*Canadian Western Bank*, at paras. 98-102).

[43] Consideration must therefore be given to Part XII.2 of the *Criminal Code* which in s. 462.37(1) provides as follows:

. . . where an offender is convicted, . . . of a designated offence and the court imposing sentence on the offender, on application of the Attorney General, is satisfied, on a balance of probabilities, that any property is proceeds of crime and that the designated offence was committed in relation to that property, the court shall order that the property be forfeited to Her Majesty to be disposed of as the Attorney General directs or otherwise dealt with in accordance with the law.

infraction fédérale, et ce, pour des raisons valables. Les conducteurs en état d'ébriété sont des dangers pour la sécurité publique sur les routes provinciales, et leurs accidents entraînent des coûts, par exemple pour les systèmes de santé provinciaux, la police provinciale et les services routiers. De même, le fait que la *LRC* vise à dissuader la commission à la fois d'infractions *fédérales*, d'infractions provinciales et même des infractions perpétrées à l'extérieur du Canada, n'est pas fatal à sa validité. Au contraire, son caractère général lui-même montre que la province se préoccupe des *effets* du crime en tant que source générale de maux sociaux et de dépenses provinciales, et ne cherche pas à compléter le processus de détermination de la peine que prévoit la loi criminelle fédérale.

F. *Ingérence dans les dispositions relatives à la confiscation du Code criminel*

[42] Comme dans l'affaire *Johnson*, on a fait valoir en l'espèce que les dispositions de la loi provinciale devraient être annulées, car elles [TRADUCTION] « constitue[nt] une ingérence dans l'administration [des] dispositions [du *Code criminel* relatives à la confiscation] » (p. 138). Si une telle ingérence dans l'application du *Code criminel* était établie, bien sûr, ou si l'on démontrait que la *LRC* va à l'encontre de l'objectif fédéral qui soutient les dispositions du *Code criminel* relatives à la confiscation, la doctrine de la prépondérance des lois fédérales rendrait la *LRC* inopérante dans la mesure du conflit ou de l'ingérence (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 98-102).

[43] Il faut par conséquent examiner la partie XII.2 du *Code criminel*, où le par. 462.37(1) prévoit ce qui suit :

Sur demande du procureur général, le tribunal qui détermine la peine à infliger à un accusé coupable d'une infraction désignée [. . .] est tenu [. . .] d'ordonner la confiscation au profit de Sa Majesté des biens dont il est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils constituent des produits de la criminalité obtenus en rapport avec cette infraction désignée; l'ordonnance prévoit qu'il est disposé de ces biens selon les instructions du procureur général ou autrement en conformité avec la loi.

[44] The *Criminal Code* also provided that if the court is satisfied *beyond a reasonable doubt* that the property in question represents the proceeds of crime, the court may order forfeiture even without a showing that the offence was committed in relation to that property (s. 462.37(2)).

[45] Parliament's legislative authority to bring about property consequences that are *not* directly connected with the offence for which an accused is being sentenced is not before the Court. I do not suggest any infirmity with any aspect of *Criminal Code* forfeiture. I say only that we have heard no argument on these provisions.

[46] On the other hand, we have had the benefit of ample argument on the *vires* of the *CRA* and it is clear that its provisions are not part of any "sentencing process". The *CRA* does not require an allegation or proof that a particular person committed a particular crime. For example, a drug dealer might, in a fit of conscience, gift the proceeds of a drug sale to a charity. Under the *CRA*, the money would constitute the proceeds of unlawful activity, and the charity would not be a "legitimate owner" within the scope of s. 2 because the charity would have acquired the property *after* the unlawful activity occurred and would not have given "fair value" for it. The money would, thus, be subject to forfeiture. In the present case, the *CRA* judge could have accepted wholeheartedly the appellant's claim that he was entirely innocent of any involvement with marijuana cultivation, yet still ordered forfeiture.

[47] Even when the owner has gained the property by means of crime, the *CRA* forfeiture proceeding does not require, and may not involve, identifying the owner with a particular offence. This would be the case, for example, if cash were seized from a gang safe house. In such a case, the Attorney General may be able to show on a balance

[44] Le *Code criminel* prévoit également que s'il est convaincu, *hors de tout doute raisonnable*, qu'il s'agit de produits de la criminalité, le tribunal peut rendre une ordonnance de confiscation à l'égard de biens d'un contrevenant dont il n'est pas prouvé qu'ils ont été obtenus par la perpétration de l'infraction désignée (par. 462.37(2)).

[45] On n'a pas demandé à la Cour de se prononcer sur la compétence législative du Parlement de prévoir des conséquences à l'égard de biens qui *ne* sont *pas* directement liés à l'infraction pour laquelle l'accusé se voit infliger une peine. Je ne laisse aucunement entendre que les dispositions du *Code criminel* relatives à la confiscation présentent un quelconque vice. Je dis seulement qu'aucun argument ne nous a été présenté au sujet de ces dispositions.

[46] Par ailleurs, nous avons pu profiter d'une argumentation détaillée au sujet de la validité de la *LRC* et il ne fait aucun doute que les dispositions de cette loi ne font pas partie d'un « processus de détermination de la peine ». La *LRC* n'exige pas une allégation ou une preuve qu'une personne donnée a commis un crime en particulier. Par exemple, un narcotrafiquant pourrait, en proie aux remords, faire don du produit de la vente de drogues à une organisation caritative. Aux termes de la *LRC*, l'argent serait considéré être le produit d'une activité illégale et l'organisation ne serait pas considérée comme un « propriétaire légitime » au sens de l'art. 2, parce qu'elle aurait acquis le bien *après* que l'acte illégal a été commis et qu'elle ne l'aurait pas acquis pour une « juste valeur ». L'argent pourrait donc être confisqué. En l'espèce, le juge saisi de la demande fondée sur la *LRC* aurait pu accepter sans réserve la prétention de l'appelant selon laquelle ce dernier n'avait jamais cultivé de marijuana, mais ordonner malgré tout la confiscation.

[47] Même lorsque le propriétaire a obtenu le bien par des moyens criminels, l'instance en confiscation fondée sur la *LRC* ne requiert pas, et peut ne pas comporter, l'identification du propriétaire au regard d'une infraction en particulier. Tel serait le cas, par exemple, si de l'argent était saisi dans une maison secrète d'un gang. Dans un tel cas, le

of probabilities that money constituted the proceeds of crime *in general* without identifying any particular crime or criminal.

G. *Interference in the Sentencing Process*

[48] Nevertheless the appellant argues that the CRA does in some situations couple a *de facto* penalty to *Criminal Code* prohibition. Often, he says, the owner of the forfeited property will indeed be the person suspected (even if not convicted) of committing the crime which taints the property. Nevertheless, as pointed out in *Martineau*, it may not be punishment to deprive a person of illegally obtained property — “[i]f the offender were not the actual owner of the seized property, he or she would not, in principle, be punished by the forfeiture thereof” (para. 36).

[49] The concern has been that the federal forfeiture provisions will be displaced by the CRA with its lower threshold of proof: see M. Gallant, “*Ontario (Attorney General) v. \$29,020 in Canadian Currency: A Comment on Proceeds of Crime and Provincial Forfeiture Laws*” (2006), 52 *Crim. L.Q.* 64, at p. 83. This may be true, but where no forfeiture is sought in the sentencing process, I see no reason why the Attorney General cannot make an application under the CRA. Where forfeiture is sought and refused in the criminal process, a different issue arises.

[50] The appellant points to *Ontario (Attorney General) v. Cole-Watson*, [2007] O.J. No. 1742 (QL) (S.C.J.), where an accused who had \$20,000 in cash in his possession when arrested was acquitted of knowing possession of the proceeds of crime (*Criminal Code*, s. 354). During sentencing on other offences, the trial judge made an order under s. 490 of the *Criminal Code* that the money be returned to the mother of the accused for whom the accused claimed he had received the money for deposit.

procureur général peut être en mesure de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que l’argent constituait un produit de la criminalité *en général* sans identifier un crime ou un criminel en particulier.

G. *Ingérence dans le processus de détermination de la peine*

[48] L’appelant plaide toutefois que la LRC associe effectivement dans certaines situations une pénalité de fait à l’interdiction prévue au *Code criminel*. Selon l’appelant, le propriétaire du bien confisqué sera en effet souvent la personne soupçonnée (même si elle n’est pas reconnue coupable) d’avoir commis le crime qui entache le bien. Néanmoins, comme on l’a souligné dans l’arrêt *Martineau*, priver une personne d’un bien illégalement obtenu pourrait ne pas constituer une punition — « si le contrevenant n’était pas lui-même propriétaire des biens saisis, il ne serait pas, en principe, puni par leur confiscation » (par. 36).

[49] Le fait que les dispositions fédérales relatives à la confiscation puissent être supplantées par celles de la LRC, dont le seuil de preuve est moins exigeant, a soulevé des préoccupations : voir M. Gallant, « *Ontario (Attorney General) v. \$29,020 in Canadian Currency: A Comment on Proceeds of Crime and Provincial Forfeiture Laws* » (2006), 52 *Crim. L.Q.* 64, p. 83. C’est peut-être le cas, mais si la confiscation n’est pas demandée dans le cadre du processus de détermination de la peine, je ne vois pas ce qui empêcherait le procureur général de présenter une demande aux termes de la LRC. Si la confiscation est sollicitée et refusée dans le processus criminel, une question différente se pose.

[50] L’appelant signale l’affaire *Ontario (Attorney General) c. Cole-Watson*, [2007] O.J. No. 1742 (QL) (C.S.J.), où un accusé, qui avait en sa possession 20 000 \$ en argent comptant lors de son arrestation, a été acquitté de l’accusation d’avoir eu cet argent en sa possession en sachant qu’il s’agissait d’un produit de la criminalité (*Code criminel*, art. 354). Lors de la détermination de la peine relativement à d’autres infractions, le juge du procès a ordonné, en vertu de l’art. 490 du *Code criminel*,

The Crown declined to return the money or appeal the order, and instead brought a *CRA* application for forfeiture of the money as criminal proceeds. The *CRA* court considered the Attorney General's claim to be a collateral attack on the criminal court judge's order and dismissed the *CRA* application.

[51] I believe the various doctrines of *res judicata*, issue estoppel and abuse of process are adequate to prevent the prosecution from re-litigating the sentencing issue. Detailed consideration must await a case where the clash of remedies is truly in issue. Reference may be made, however, to *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77. In that case, in the context of civil proceedings launched in the wake of a criminal conviction, the Court said that it is an abuse of process "where the litigation before the court is found to be in essence an attempt to relitigate a claim which the [criminal] court has already determined" (para. 37).

[52] Accordingly, procedural options are available where a *CRA* judge considers that the conduct of the Attorney General is abusive of the processes of the Court. Furthermore, if in particular circumstances a conflict arises with the *CRA* to the extent that dual compliance is impossible, then the doctrine of paramountcy would render the *CRA* inoperable to the extent of the conflict.

VI. Disposition

[53] In summary, the *CRA* is valid provincial legislation. It does not "introduce an interference with the administration of [the *Criminal Code*] provisions" within the scope of the mischief identified by Rand J. in *Johnson*. Given the flexibility of the remedies potentially available where *CRA* proceedings are initiated by the Crown after an unsuccessful claim for forfeiture under s. 462.37, I conclude that there is no necessary operational conflict

que l'argent soit rendu à la mère de l'accusé, de qui l'accusé prétendait avoir reçu l'argent en dépôt. Le ministère public a refusé de rendre l'argent ou d'interjeter appel de l'ordonnance et a plutôt présenté, en vertu de la *LRC*, une demande de confiscation de l'argent à titre de produit d'activité criminelle. Le tribunal saisi de la demande fondée sur la *LRC* a estimé que la demande du procureur général constituait une contestation indirecte de l'ordonnance du juge en matière criminelle et a rejeté la demande.

[51] Je crois que les diverses doctrines de la chose jugée, de la préclusion et de l'abus de procédure sont adéquates pour empêcher la poursuite de remettre en litige la question de la détermination de la peine. Cette question ne sera examinée que lorsque la Cour sera saisie d'un véritable conflit quant aux recours. Je mentionne toutefois que dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, dans le contexte d'une instance civile intentée à la suite d'une déclaration de culpabilité, la Cour a dit qu'il y a abus de procédure [TRADUCTION] « lorsque le tribunal est convaincu que le litige a essentiellement pour but de rouvrir une question qu'il a déjà tranchée » (par. 37).

[52] Par conséquent, la procédure offre des solutions si un juge saisi d'une demande fondée sur la *LRC* considère que la conduite du procureur général constitue un abus de procédure. En outre, si, dans des circonstances particulières, un conflit avec la *LRC* entraîne l'impossibilité de se conformer aux deux textes législatifs, la doctrine de la prépondérance rendra la *LRC* inapplicable dans la mesure du conflit.

VI. Dispositif

[53] En résumé, la *LRC* est une loi provinciale valide. Elle ne constitue pas [TRADUCTION] « une ingérence dans l'administration [des] dispositions [du *Code criminel*] », un des méfaits dont a fait état le juge Rand dans l'arrêt *Johnson*. Étant donné la souplesse des recours potentiels dans les cas où des instances en vertu de la *LRC* sont introduites par la Couronne à la suite d'une demande de confiscation infructueuse fondée sur l'art. 462.37, je conclus

between the *Criminal Code* and the *CRA* such as to invalidate the latter.

[54] In my opinion the *CRA* is valid. I would dismiss the appeal. The application judge found that this was a test case and that, as a result, there should be no order as to costs. The Court of Appeal agreed. We are of a similar view and make no order as to costs.

[55] The constitutional question should be answered as follows:

Are ss. 1 to 6 and ss. 16 to 17 of the *Remedies for Organized Crime and Other Unlawful Activities Act, 2001*, S.O. 2001, c. 28, *ultra vires* the Province of Ontario on the ground that they relate to a subject matter which is within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Levine, Sherkin, Boussidan, Toronto; Stevensons, Vaughan, Ontario.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Department of Justice, Halifax.

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

qu'il n'existe pas, entre le *Code criminel* et la *LRC*, un conflit d'application qui nous oblige à invalider cette dernière loi.

[54] J'estime que la *LRC* est valide et je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Le juge saisi de la demande a considéré que, s'agissant d'une cause type, il n'y aurait pas d'ordonnance concernant les dépens. La Cour d'appel a fait de même. Comme nous sommes aussi de cet avis, aucune ordonnance n'est rendue concernant les dépens.

[55] La question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante :

Les articles 1 à 6, 16 et 17 de la *Loi de 2001 sur les recours pour crime organisé et autres activités illégales*, L.O. 2001, ch. 28, outrepassent-ils les pouvoirs de la province d'Ontario du fait qu'ils portent sur un sujet relevant de la compétence exclusive du Parlement du Canada selon le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Levine, Sherkin, Boussidan, Toronto; Stevensons, Vaughan, Ontario.

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

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Ministère de la Justice, Halifax.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Department of Justice, St. John's.

Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Louis P. Strezos, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Wilson, Buck, Butcher & Sears, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Ministère de la Justice, St. John's.

Procureur de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Louis P. Strezos, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Wilson, Buck, Butcher & Sears, Vancouver.

**United Parcel Service Canada
Ltd. Appellant**

v.

Her Majesty The Queen Respondent

**INDEXED AS: UNITED PARCEL SERVICE CANADA
LTD. v. CANADA**

Neutral citation: 2009 SCC 20.

File No.: 32546.

2009: January 15; 2009: April 23.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Taxation — Goods and Services Tax — Rebate of payment made in error — Overpayments made by courier acting as licensed customs broker — Courier crediting consignees for overpayments and deducting overpayments from its own GST liability as supplier of goods and services — Deductions disallowed — Whether courier entitled to rebate of overpayments — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, ss. 215.1, 216(6), 225(1), 261(1), (2), (3), 296(2.1).

UPS, in its capacity as a licensed customs broker, overpaid \$2,937,123 in GST from February 1, 1996 to December 31, 1997. The overpayments were due to errors attributable either to UPS or to its customers. They were not collected by UPS from its customers. Instead, UPS reported the overpayments in its monthly GST returns by deducting the amount of the overpayments from its own GST liability as a supplier of goods and services. The Minister of National Revenue reassessed UPS for the period of February 1, 1996 until December 31, 1997 and disallowed the deductions. UPS successfully appealed to the Tax Court. The Federal Court of Appeal overturned the Tax Court's decision and dismissed UPS's appeal from the Minister's reassessment.

**United Parcel Service du Canada
Ltée Appelante**

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

**RÉPERTORIÉ : UNITED PARCEL SERVICE DU
CANADA LTÉE c. CANADA**

Référence neutre : 2009 CSC 20.

N° du greffe : 32546.

2009 : 15 janvier; 2009 : 23 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 FÉDÉRALE

Droit fiscal — Taxe sur les produits et services — Remboursement de paiements effectués par erreur — Paiements en trop effectués par une entreprise de messageries agissant comme courtier en douane agréé — Crédits accordés par l'entreprise aux consignataires à l'égard des paiements en trop et déduction de ces paiements par l'entreprise du montant de TPS qu'elle devait elle-même à titre de fournisseur de produits et services — Déductions refusées — L'entreprise de messageries avait-elle droit au remboursement des paiements en trop? — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 215.1, 216(6), 225(1), 261(1), (2), (3), 296(2.1).

En sa qualité de courtier en douane agréé, UPS a payé en trop la somme de 2 937 123 \$ au titre de la TPS du 1^{er} février 1996 au 31 décembre 1997. Ces paiements en trop étaient attribuables à des erreurs de UPS ou de ses clients. UPS n'a pas perçu de ses clients ces paiements en trop. Elle les a plutôt inscrits dans ses déclarations mensuelles de TPS et les a déduits du montant de TPS qu'elle devait elle-même à titre de fournisseur de biens et services. Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l'égard de UPS pour la période du 1^{er} février 1996 au 31 décembre 1997 et a refusé les déductions demandées. UPS a interjeté appel avec succès devant la Cour canadienne de l'impôt. La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt et rejeté l'appel formé par UPS à l'encontre de la nouvelle cotisation établie par le ministre.

Held: The apcal should be allowed.

UPS was entitled to a rebate of the overpayment. While UPS was not the person liable for the GST, it was the person that paid an amount on account of GST within the meaning of s. 261(1) of the *Excise Tax Act*. That provision does not require an inquiry into liability for payment. The consignees of UPS may well have the liability to pay the GST on the imported goods, but s. 261(1) is worded broadly and it would not be in accordance with the ordinary and grammatical meaning of the provision to read it in such a way as to preclude persons who have actually paid or overpaid GST in error from obtaining a rebate. [14] [16-17] [20]

Section 261(2)(c) of the *Excise Tax Act* does not preclude payment of rebates under s. 261(1) just because a rebate could have been claimed under s. 215.1(1) or 216(6). Section 261(2)(c) was intended to avoid the double payment of rebates and only says that a rebate under s. 261(1) is not to be paid where a rebate is payable under s. 215.1 or 216(6). No rebate is payable under those provisions because UPS did not seek a rebate under either of them. Further, since no application for a rebate was made under s. 215.1(1), s. 216(6) or within the two-year time limit provided by s. 261(3), s. 261(1) and s. 296(2.1) were applicable. Section 296(2.1)(c) expressly relieves against the limitation period in s. 261(3). The Minister has agreed that \$2,900,858 (after adjustment) is an overpayment and was not payable, and that UPS did not collect the overpayment from its customers. By necessary implication, these concessions must mean that had the appropriate procedures been followed, the rebate would have been allowable. In these circumstances, the Minister was obliged to apply the rebate to the net tax assessed against UPS pursuant to s. 261(1) and s. 296(2.1). [27-28] [31-33]

Lastly, the intermingling of rebates under s. 261(1) for overpaid GST on imported goods and for tax collected and remittable by UPS under Division II as a remitting supplier is authorized by the *Excise Tax Act* itself. The definition of “net tax” in s. 225(1) provides that “an amount that may be deducted by the person under this Part” (namely, Part IX of the Act which includes both Division II “Goods and Services Tax” and Division III

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

UPS avait droit au remboursement des paiements en trop. Même si UPS n'était pas la personne responsable de payer la TPS, elle est celle qui a payé un montant au titre de cette taxe au sens du par. 261(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*. Cette disposition ne requiert pas que l'on s'interroge sur la responsabilité à l'égard du paiement. Il se peut fort bien que ce soient les consignataires de UPS qui soient responsables de payer la TPS sur les marchandises importées, mais le par. 261(1) est libellé en termes généraux et il ne serait pas conforme au sens ordinaire et grammatical du texte de cette disposition de l'interpréter d'une façon qui empêcherait des personnes ayant dans les faits, par erreur, payé la TPS ou versé des sommes en trop à cet égard de se faire rembourser par le ministre. [14] [16-17] [20]

L'alinéa 261(2)c) de la *Loi sur la taxe d'accise* ne fait pas obstacle à un remboursement fondé sur le par. 261(1) du seul fait qu'il aurait été possible de réclamer un remboursement en application du par. 215.1(1) ou 216(6). L'alinéa 261(2)c) vise à éviter les remboursements en double et il dit seulement qu'un montant ne peut être remboursé en vertu du par. 261(1) lorsqu'un remboursement de cette somme est accordé en application du par. 215.1(1) ou 216(6). Aucun remboursement n'est accordé en application de ces dispositions, puisque UPS n'a pas réclamé de remboursement en vertu de l'une ou l'autre de celles-ci. En outre, comme aucune demande de remboursement n'a été présentée aux termes du par. 215.1(1) ou 216(6) ou dans le délai de deux ans prévu au par. 261(3), les par. 261(1) et 296(2.1) s'appliquaient. L'alinéa 296(2.1)c) écarte expressément le délai prévu au par. 261(3) pour la présentation d'une demande. Le ministre a reconnu que le montant de 2 900 858 \$ (après redressement) constitue un paiement en trop, qu'il n'avait pas à être payé et que UPS n'a pas perçu de ses clients le montant payé en trop. Il faut nécessairement déduire de ces concessions que, si les procédures appropriées avaient été respectées, le remboursement aurait été accordé. Dans les circonstances, le ministre était tenu d'appliquer le montant du remboursement en réduction de la taxe nette imposée à UPS, conformément aux par. 261(1) et 296(2.1). [27-28] [31-33]

Enfin, la *Loi sur la taxe d'accise* elle-même autorise la confusion des montants à rembourser en application du par. 261(1) au titre de la TPS payée en trop à l'égard de produits importés et des taxes que UPS a perçues et doit verser en vertu de la section II à titre de fournisseur. La définition de l'expression « taxe nette » au par. 225(1) prévoit qu'« un montant que la personne peut déduire en application de la présente partie » (soit la partie IX

“Tax on Importation of Goods”) may be set off against tax collected by a person as a remitting supplier under Division II. Rebates under s. 261(1) are amounts that may be deducted under Division III in Part IX of the *Excise Tax Act*. [35]

Cases Cited

Referred to: *West Windsor Urgent Care Centre Inc. v. R.*, 2005 TCC 405, [2005] G.S.T.C. 179, aff'd 2008 FCA 11, [2008] G.S.T.C. 5.

Statutes and Regulations Cited

Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 58(5), (6), 60 to 65.
Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, ss. 215.1(1), (2), 216(2), (6), 225(1), 261(1), (2), (3), 296(2.1), Part IX.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, Nadon and Sexton J.J.A.), 2008 FCA 48, 372 N.R. 347, [2008] G.S.T.C. 34, 2008 G.T.C. 1182, [2008] F.C.J. No. 178 (QL), 2008 CarswellNat 248, reversing a judgment of Bowman C.J.T.C., 2006 TCC 450, [2006] G.S.T.C. 146, 2007 G.T.C. 660, [2006] T.C.J. No. 516 (QL), 2006 CarswellNat 3980. Appeal allowed.

Jeff W. Galway and David E. Spiro, for the appellant.

Wendy Burnham, David Jacyk and Bonnie F. Moon, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Overview

[1] From February 1, 1996 to December 31, 1997, United Parcel Service Canada Ltd. (“UPS”), in its capacity as a licensed customs broker, over-paid \$2,937,123 in GST to the Minister of National Revenue on goods brought into Canada on behalf of persons to whom it had delivered shipments from

de la Loi, qui comprend tant la section II « Taxe sur les produits et services » que la section III « Taxe sur l'importation de produits ») peut être déduit de la taxe perçue par une personne en tant que fournisseur tenu de la verser en application de la section II. Les remboursements visés au par. 261(1) sont des sommes qui peuvent être déduites en application de la section III de la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*. [35]

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *West Windsor Urgent Care Centre Inc. c. Canada*, 2005 CCI 405, [2005] A.C.I. n° 564 (QL), conf. par 2008 CAF 11, [2008] A.C.F. n° 24 (QL).

Lois et règlements cités

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 215.1(1), (2), 216(2), (6), 225(1), 261(1), (2), (3), 296(2.1), partie IX.
Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 58(5), (6), 60 à 65.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Pelletier, Nadon et Sexton), 2008 CAF 48, 372 N.R. 347, [2008] G.S.T.C. 34, 2008 G.T.C. 1182, [2008] A.C.F. n° 178 (QL), 2008 CarswellNat 2307, qui a rejeté une décision du juge en chef Bowman, 2006 CCI 450, [2006] G.S.T.C. 146, 2007 G.T.C. 660, [2006] A.C.I. n° 516 (QL), 2006 CarswellNat 6558. Pourvoi accueilli.

Jeff W. Galway et David E. Spiro, pour l'appelante.

Wendy Burnham, David Jacyk et Bonnie F. Moon, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Aperçu

[1] Du 1^{er} février 1996 au 31 décembre 1997, United Parcel Service du Canada Ltée (« UPS »), en sa qualité de courtier en douane agréé, a payé au ministre du Revenu national 2 937 123 \$ en trop au titre de la TPS relativement à des marchandises provenant de l'étranger qu'elle a fait entrer au Canada

outside of Canada. UPS reported the overpayments in its monthly GST returns by deducting the amount of the overpayments from its own GST liability as a supplier of goods and services. On reassessment, in March 2000, the Minister disallowed these deductions. UPS was out of pocket for the overpayments and did not seek reimbursement from its customers. The issue is whether, in the circumstances of this case, UPS is entitled to a rebate of the overpayments. In my opinion, UPS is entitled to the rebate and I would allow the appeal.

II. Facts

[2] UPS provides delivery services to among others: (i) persons outside of Canada who request a shipment be picked up outside of Canada and delivered to an address within Canada (“shippers”) and (ii) persons in Canada who have received delivery of a shipment that is located outside of Canada at an address that is within Canada (“consignees”). The term “customers” includes both shippers and consignees of delivered goods.

[3] In carrying on its business as a courier, UPS acts as a licenced customs broker for goods entering Canada from a foreign country. With some regular consignees, UPS acted as a broker under the authority of a general agency agreement with these consignees. With other consignees, UPS acted as a broker through a one-time power of attorney from these consignees. Acting as a broker, UPS was authorized to take all steps necessary to clear Canadian customs and to pay or remit duties and taxes on behalf of its customers. Only the overpayment of GST is at issue in this appeal.

[4] It was not uncommon for there to be errors that resulted in the overpayment of GST. According to the statement of agreed facts, there were many reasons for these overpayments, including wrong value for duty, returned shipments, Canadian goods

pour le compte des personnes auxquelles elle a livré ces marchandises. UPS a inscrit les paiements en trop dans ses déclarations mensuelles de TPS et a déduit le montant payé en trop du montant de TPS qu'elle devait elle-même à titre de fournisseur de biens et services. Dans une nouvelle cotisation, en mars 2000, le ministre a refusé ces déductions. UPS n'a pu recouvrer les paiements en trop et n'a pas demandé à ses clients de les lui rembourser. Il s'agit de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, UPS a droit à un remboursement des paiements en trop. À mon avis, UPS a droit au remboursement et j'accueillerais le pourvoi.

II. Faits

[2] UPS offre des services de messageries, notamment (i) à des personnes à l'étranger (les « expéditeurs ») qui lui demandent de prendre un envoi à l'étranger et de le livrer à une adresse au Canada, et (ii) à des personnes au Canada (les « consignataires ») qui reçoivent à une adresse au Canada la livraison d'un envoi provenant de l'étranger. Le terme « clients » englobe tant les expéditeurs que les consignataires des marchandises livrées.

[3] Dans le cadre de son entreprise de messageries, UPS agit comme courtier en douane agréé à l'égard des marchandises qu'elle fait entrer au Canada. Pour ce qui concerne certains consignataires réguliers, UPS agissait comme courtier en vertu d'une entente générale de représentation signée par ces consignataires. Pour d'autres consignataires, UPS agissait comme courtier en vertu d'une procuration spéciale donnée par ces consignataires. À titre de courtier, UPS était autorisée à prendre toutes les mesures nécessaires pour faciliter le dédouanement des marchandises aux douanes canadiennes et pour payer ou verser les droits et taxes au nom de ses clients. Seul le paiement en trop de TPS est en litige dans le présent pourvoi.

[4] Il n'était pas rare que des erreurs soient commises, lesquelles donnaient lieu à des paiements en trop de TPS. Selon l'exposé conjoint des faits, de nombreuses raisons expliquent ces paiements en trop, notamment une valeur en douane inexacte, des

returning to Canada, GST free goods and others. The errors were attributable either to UPS or to its customers.

[5] Until late 1996, UPS used two different methods to recover overpaid GST. Where the consignee was not a GST registrant, UPS would credit the consignee's account for the amount of the overpayment after the error was discovered so that, as between UPS and the consignee, the consignee was only charged the correct GST. UPS would then deduct the same amount against its own GST liability as a supplier of goods and services.

[6] When there was an error pertaining to a consignee who was a GST registrant, UPS would credit the consignee's account with the amount of the overpayment as it did for consignees who were not GST registrants. However, instead of deducting the amount of the overpayment from its own GST liability, UPS would file documentation with the Minister to recover the amount of the overpayment. The time between the date the rebate application was made and the time when UPS would receive the rebate varied from 30 days to one year.

[7] Commencing in late December 1996, UPS began treating GST registrants and non-registrants alike. When an overpayment was discovered, UPS credited the consignee's account for the amount of the overpayment so that all consignees would be charged only the correct amount of GST. In all cases, UPS would then deduct the overpayment of GST from its own GST liability. Under this procedure, UPS no longer filed GST rebate claims on behalf of any of the consignees. It simply deducted all of the overpayments from its own GST liability in its monthly GST returns.

[8] During the period of February 1, 1996 to December 31, 1997, the GST paid in error amounted to \$2,937,123.

envois retournés, des produits canadiens retournés au Canada et des produits exonérés de TPS. Ces erreurs étaient attribuables à UPS ou à ses clients.

[5] Jusqu'à la fin de 1996, UPS se servait de deux méthodes différentes pour recouvrer la TPS payée en trop. Si le consignataire n'était pas un inscrit aux fins de la TPS, UPS créditaient le compte du consignataire du montant payé en trop une fois l'erreur constatée de sorte que, en ce qui concerne les rapports entre UPS et le consignataire, ce dernier se voyait facturer uniquement le montant de TPS exact. UPS déduisait ensuite le même montant du montant de TPS qu'elle devait elle-même à titre de fournisseur de produits et services.

[6] S'il s'agissait d'une erreur reliée à un consignataire inscrit aux fins de la TPS, UPS créditaient le compte du consignataire du montant payé en trop comme elle le faisait pour les consignataires qui n'étaient pas des inscrits. Cependant, au lieu de déduire le montant payé en trop du montant de TPS qu'elle devait elle-même, UPS présentait des documents au ministre en vue de recouvrer les paiements en trop. Le délai entre la date de présentation de la demande de remboursement et le moment où UPS recevait le remboursement pouvait varier de 30 jours à un an.

[7] Dès la fin de décembre 1996, UPS a commencé à traiter de la même façon les consignataires inscrits et les consignataires non-inscrits aux fins de la TPS. Lorsqu'un paiement en trop était constaté, UPS créditaient le compte du consignataire du montant payé en trop de sorte que tous les consignataires se voyaient facturer uniquement le montant de TPS exact. Dans tous les cas, UPS déduisait ensuite le montant de TPS payé en trop du montant de TPS qu'elle devait elle-même. Ainsi, UPS ne présentait plus de demandes de remboursement de TPS pour le compte de l'un ou l'autre des consignataires. Dans ses déclarations mensuelles de TPS, elle déduisait tout simplement les montants payés en trop du montant de TPS qu'elle devait elle-même.

[8] La TPS payée par erreur au cours de la période du 1^{er} février 1996 au 31 décembre 1997 s'élève à 2 937 123 \$.

III. Decisions Below

[9] The Minister assessed UPS for the period of February 1, 1996 until December 31, 1997 and disallowed the amount of \$2,937,123 which UPS had deducted from its own GST liability. By Notice of Decision, the Minister allowed an adjustment of \$36,265, leaving a reassessed balance of \$2,900,858. In addition, the Minister assessed interest of \$456,606.20 and a penalty of \$632,229.77.

[10] UPS appealed to the Tax Court. Chief Justice Bowman allowed the appeal (2006 TCC 450, [2006] G.S.T.C. 146). The Federal Court of Appeal overturned Chief Justice Bowman's decision and dismissed UPS's appeal from the Minister's reassessment (2008 FCA 48, [2008] G.S.T.C. 34).

IV. Issue

[11] The issue is whether UPS is entitled to a rebate of \$2,900,858 for the period February 1, 1996 to December 31, 1997.

V. Analysis

[12] The Statement of Agreed Facts states in its preamble and at para. 27:

The parties also agree that the word "overpayment" as used below [in the statement of agreed facts] reflects an amount of GST that would not have been payable had the errors described in paragraph 19 below [in the statement of agreed facts] not been made. The Respondent does not agree that the word "overpayment" as used below implies any right to the repayment of that amount to UPS or to anyone else.

27. The amount of the GST overpayments for the 1996/1997 period that was offset against the amount of GST reported by UPS as shown on line 105 of its GST return was \$2,937,120.00 [after adjustment \$2,900,858]. UPS did not collect those overpayments as GST from its customers.

III. Décisions des juridictions inférieures

[9] Le ministre a établi une cotisation à l'égard de UPS pour la période du 1^{er} février 1996 au 31 décembre 1997 et a refusé la déduction de 2 937 123 \$ réclamée par UPS à l'égard de la somme qu'elle devait elle-même au titre de la TPS. Par un avis de décision, le ministre a accordé un redressement de 36 265 \$, ce qui laissait un solde de 2 900 858 \$ pour la nouvelle cotisation. De plus, le ministre a réclamé des intérêts de 456 606,20 \$ et infligé une pénalité de 632 229,77 \$.

[10] UPS a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt. Le juge en chef Bowman a accueilli l'appel (2006 CCI 450, [2006] A.C.I. n° 516 (QL)). La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision du juge en chef Bowman et a rejeté l'appel interjeté par UPS à l'encontre de la nouvelle cotisation établie par le ministre (2008 CAF 48, [2008] A.C.F. n° 178 (QL)).

IV. Question en litige

[11] Il s'agit de déterminer si UPS a droit à un remboursement de 2 900 858 \$ pour la période du 1^{er} février 1996 au 31 décembre 1997.

V. Analyse

[12] L'exposé conjoint des faits indique ce qui suit dans son préambule et au par. 27 :

[TRADUCTION] Les parties conviennent également que le terme « trop-payé » utilisé ci-dessous [dans l'exposé conjoint des faits] fait référence à un montant de TPS qui n'aurait pas dû être payé si les erreurs décrites au paragraphe 19 ci-dessous [dans l'exposé conjoint des faits] n'avaient pas été commises. L'intimée ne reconnaît pas que le terme « trop-payé », utilisé ci-dessous, implique un droit quelconque au remboursement de ce montant à UPS ou à qui que ce soit d'autre.

27. Le montant des trop-payés de TPS pour la période 1996/1997 qui a été compensé au regard des montants de TPS déclarés par UPS, comme l'indique la ligne 105 de sa déclaration de TPS, était de 2 937 120 \$ [2 900 858 \$ après redressement]. UPS n'a pas perçu de ses clients ces trop-payés à titre de TPS.

[13] From these agreed facts, four conclusions may be drawn. First, there were overpayments of GST in the 1996-1997 period amounting to \$2,937,123. Second, it was UPS that paid the overpayments to the Minister. Third, UPS did not collect these overpayments of GST from its customers and it was “out of pocket” for these overpayments. And fourth, the Minister did not agree that the word “overpayment” implied any right of repayment. However, this does not detract from the Minister’s factual concession that there was an overpayment. In a statement of agreed facts, it is the facts that are agreed upon, not the legal consequences of those agreed facts.

[14] The first question, then, is whether UPS was entitled to a rebate of the overpayment of \$2,900,858 (after adjustment by the Minister) under the provisions of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15. Section 261(1) of the *Excise Tax Act* provides that:

261. (1) Where a person has paid an amount

- (a) as or on account of, or
- (b) that was taken into account as,

tax, net tax, penalty, interest or other obligation under this Part in circumstances where the amount was not payable or remittable by the person, whether the amount was paid by mistake or otherwise, the Minister shall, subject to subsections (2) and (3), pay a rebate of that amount to the person.

[15] On its face, subject to subss. (2) and (3), s. 261(1) would appear to support UPS’s claim that it was entitled to a rebate of the GST overpayment. UPS paid an amount on account of GST on imported goods in circumstances where the amount was not payable or remittable because it was an overpayment. The overpayment resulted from mistakes by UPS and its customers. In these circumstances, s. 261(1) provides that the Minister shall pay a rebate of the amount of the overpayment.

[16] However, the Minister says that s. 261(1) cannot be interpreted in a contextual vacuum. The Minister’s first argument is that UPS was not the person who paid the amount on account of GST.

[13] Il est possible de tirer quatre conclusions de ces faits admis. Premièrement, pendant la période de 1996-1997, les paiements en trop de TPS se sont élevés à 2 937 123 \$. Deuxièmement, c’est UPS qui a payé ces sommes au ministre. Troisièmement, UPS n’a pas perçu de ses clients ces paiements en trop de TPS, qu’elle a acquittés « de ses propres deniers ». Enfin, quatrièmement, le ministre n’a pas reconnu que le mot « trop-payé » supposait un quelconque droit à remboursement. Toutefois, cela ne change rien au fait admis par le ministre qu’il y a eu paiement en trop. Dans un exposé conjoint des faits, ce sont les faits qui sont admis, non leurs conséquences juridiques.

[14] Par conséquent, il s’agit en premier lieu de déterminer si UPS avait droit au remboursement du paiement en trop de 2 900 858 \$ (après redressement par le ministre) en vertu des dispositions de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15. Le paragraphe 261(1) de cette loi prévoit ce qui suit :

261. (1) Dans le cas où une personne paie un montant au titre de la taxe, de la taxe nette, des pénalités, des intérêts ou d’une autre obligation selon la présente partie alors qu’elle n’avait pas à le payer ou à le verser, ou paie un tel montant qui est pris en compte à ce titre, le ministre lui rembourse le montant, indépendamment du fait qu’il ait été payé par erreur ou autrement.

[15] Sous réserve des par. (2) et (3), le par. 261(1) semble à première vue appuyer l’allégation de UPS selon laquelle elle avait droit au remboursement du montant de TPS payé en trop. UPS a payé, à l’égard de marchandises importées, un montant au titre de la TPS qu’elle n’avait pas à payer ou à verser puisqu’il s’agissait d’un paiement en trop. Ce paiement en trop résultait d’erreurs commises par UPS et ses clients. Dans de telles circonstances, le par. 261(1) prévoit que le ministre doit rembourser le montant du paiement en trop.

[16] Toutefois, le ministre affirme que l’interprétation du par. 261(1) ne saurait se faire dans un vide contextuel. Selon le premier argument invoqué par le ministre, UPS n’est pas la personne

He says UPS as customs broker acted as an agent for the consignees and that it was the consignees who were liable to pay the GST and not UPS. The Minister says that, for the purposes of s. 261(1), the person who “has paid an amount” is the person who has the legal liability to pay, not the person who simply transmitted the money to the Minister.

[17] I cannot agree. This argument would impose an inquiry into liability for payment instead of actual payment where no such inquiry is mandated by the statute. It may well be that it was the consignees of UPS who had the liability to pay the GST on the imported goods. But that does not detract from the fact that in actuality it was UPS — and UPS alone — who paid and was out of pocket for the GST. At first blush, the words “or other obligation” in s. 261(1) might be thought to import the notion of liability to pay. However, the words “other obligation” must be read in the context of the provision as a whole. Section 261(1) applies where a person pays an amount as or on account of “tax, net tax, penalty, [or] interest”. These terms refer to categories of amounts that are to be paid as or on account of obligations established by the *Excise Tax Act*. In this context, “other obligation” simply refers to an obligation under Part IX of the *Excise Tax Act* that is not specifically enumerated in s. 261(1). Actual liability is not relevant in this context since there is no liability to pay tax that was paid in error. If the Minister’s argument were correct, a stranger who mistakenly paid GST on goods imported by someone else (perhaps because the names of two importers were similar) could not obtain a rebate. It cannot have been the intention of Parliament that persons who were not liable for GST but paid GST in error could not obtain a rebate.

qui a payé le montant au titre de la TPS. Selon lui, en sa qualité de courtier en douane, UPS agissait à titre de mandataire des consignataires et ce sont les consignataires, et non UPS, qui étaient tenus de payer la TPS. Le ministre affirme que, pour l’application du par. 261(1), la personne qui « paie un montant » est celle qui a la responsabilité légale de payer, et non celle qui a tout simplement transmis l’argent au ministre.

[17] Je ne puis souscrire à cet argument, qui obligerait que l’on s’interroge sur la responsabilité à l’égard du paiement plutôt que sur le paiement lui-même, alors que la loi ne requiert nullement l’examen de cette question. Il se peut fort bien que ce soient les consignataires de UPS qui étaient responsables de payer la TPS sur les marchandises importées. Cependant, cela ne change rien au fait que, en réalité, c’est UPS — et UPS seule — qui a payé la TPS de ses propres deniers. À première vue, on pourrait croire que les mots « ou d’une autre obligation » au par. 261(1) introduisent la notion d’obligation de payer. Toutefois les mots « autre obligation » doivent être interprétés dans le contexte de l’ensemble de la disposition. Le paragraphe 261(1) s’applique si une personne paye un montant au titre « de la taxe, de la taxe nette, des pénalités, [ou] des intérêts ». Ces termes renvoient à des catégories de montants qui doivent être payés au titre des obligations créées par la *Loi sur la taxe d’accise*. Dans ce contexte, l’expression « autre obligation » s’entend simplement d’une obligation visée par la partie IX de la *Loi sur la taxe d’accise* qui n’est pas mentionnée spécifiquement au par. 261(1). La responsabilité elle-même n’est pas pertinente dans ce contexte, puisqu’il n’existe aucune obligation de payer une taxe qui a été acquittée par erreur. Si l’argument avancé par le ministre était fondé, un étranger qui aurait payé par erreur la TPS sur des marchandises importées par quelqu’un d’autre (peut-être parce que les noms de deux importateurs se ressemblent) ne pourrait se faire rembourser. Le législateur ne peut avoir eu l’intention d’empêcher des personnes qui n’étaient pas tenues de payer certaines sommes au titre de la TPS mais l’ont fait par erreur d’obtenir le remboursement des sommes en question.

[18] The Minister relies on *West Windsor Urgent Care Centre Inc. v. R.*, 2005 TCC 405, [2005] G.S.T.C. 179, aff'd 2008 FCA 11, [2008] G.S.T.C. 5, to argue that the only person entitled to a rebate is the person who was liable to pay the GST. *West Windsor* does not stand for that proposition. Rather, it stands for the proposition that the person who in fact paid and was out of pocket for the GST is the person that can claim a rebate under s. 261(1).

[19] In *West Windsor*, Hershfield J. found that the appellant — a remitting supplier who sought a rebate under s. 261(1) — had collected GST and remitted it to the Minister, but had not in fact paid it. The appellant was a clinic that supplied infrastructure to physicians who in turn provided medical services paid by their patients or, more commonly, by insurers such as the Ontario Health Insurance Plan. The physicians, as recipients of the clinic's services, paid a fee to the clinic including GST and the clinic remitted these GST payments to the Minister. Hershfield J. found that it was the physicians, not the clinic, who in fact paid the GST (*West Windsor*, at para. 49). The clinic therefore lacked standing to seek a rebate under s. 261(1) since it had simply collected and remitted the GST. In this case, there is no doubt that it was UPS and UPS only who in fact overpaid the GST in error. The overpayments were not collected by UPS from its customers.

[20] Section 261(1) is worded broadly. There is no limitation of the kind argued for by the Minister in the language of the provision. Nothing in the context of s. 261(1) supports such a limitation, nor has the Minister pointed to any other provision of the *Excise Tax Act* or *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), to support such a limitation. It would not be in accordance with the ordinary and grammatical meaning of the provision to read s. 261(1) in such a way as to preclude persons who have paid

[18] Invoquant la décision *West Windsor Urgent Care Centre Inc. c. Canada*, 2005 CCI 405, [2005] A.C.I. n° 564 (QL), conf. par 2008 CAF 11, [2008] A.C.F. n° 24 (QL), le ministre soutient que la seule personne qui a droit à un remboursement est celle qui était responsable de payer la TPS. L'arrêt *West Windsor* n'appuie pas cet argument. Il étaye plutôt la thèse selon laquelle la personne qui a effectivement payé la TPS de ses propres deniers est celle qui peut demander un remboursement en vertu du par. 261(1).

[19] Dans l'affaire *West Windsor*, le juge Hershfield a conclu que l'appelante — un fournisseur ayant demandé un remboursement en application du par. 261(1) — avait perçu la TPS et l'avait versée au ministre, mais qu'en fait elle ne l'avait pas payée. L'appelante était une clinique qui fournissait l'infrastructure nécessaire aux médecins, lesquels fournissaient à leur tour des services médicaux payés par leurs patients ou, de façon plus courante, par des assureurs tels que le Régime d'assurance-maladie de l'Ontario. En tant qu'acquéreurs des services fournis par la clinique, les médecins payaient des frais à la clinique, y compris la TPS, et la clinique versait au ministre ces montants payés au titre de la TPS. Le juge Hershfield a conclu que ce sont les médecins, et non la clinique, qui ont en réalité payé la TPS (*West Windsor*, par. 49). En conséquence, la clinique n'avait pas qualité pour réclamer un remboursement en vertu du par. 261(1), puisqu'elle avait tout simplement perçu et versé la TPS. En l'espèce, il ne fait aucun doute que c'est UPS, et UPS seule, qui a dans les faits payé la TPS en trop par erreur. UPS n'a pas perçu de ses clients ces paiements en trop.

[20] Le paragraphe 261(1) est libellé en termes généraux. Il ne contient aucune restriction semblable à celle alléguée par le ministre. Le contexte du par. 261(1) n'étaye nullement une telle restriction, et le ministre n'a invoqué aucune autre disposition de la *Loi sur la taxe d'accise* ou de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), à l'appui d'une telle restriction. Il ne serait pas conforme au sens ordinaire et grammatical du texte de la disposition d'interpréter le par. 261(1) d'une façon

or overpaid GST in error from obtaining a rebate from the Minister.

[21] I would therefore conclude that UPS was the person that paid an amount on account of GST within the meaning of s. 261(1) of the *Excise Tax Act*.

[22] The Minister's second argument is that, in order to invoke s. 261(1), the amount paid must be an amount that was "not payable". The Minister says that until a designated customs officer has revised the amount of GST owing as the result of a reappraisal of the value of the goods or a redetermination of their tax status, the amount reported by UPS, even if incorrect, is deemed to be correct and is not subject to review except through the processes provided for in the *Customs Act* (s. 58(5) and (6)) and the *Excise Tax Act* (s. 216(2) and (6)).

[23] Putting aside for a moment the issue of the procedure to obtain a rebate under the *Excise Tax Act* and *Customs Act*, which I deal with as a third argument by the Minister, I would only observe at this point that the Minister's position is contradicted by the facts in the record. The Minister has agreed that the sum of \$2,900,858 constituted overpayment of GST and that this amount would not have been payable had errors not been made. The facts agreed to by the Minister come squarely within s. 261(1) (subject to subss. (2) and (3)). UPS paid \$2,900,858 which was not payable due to mistakes. In these circumstances, s. 261(1) requires the Minister to rebate that amount to UPS.

[24] I turn to the Minister's third argument which is that UPS did not follow the required procedure for obtaining a rebate and therefore was not entitled to a rebate under s. 261(1). Payment of a rebate under s. 261(1) is "subject to subsections (2) and (3)". Under s. 261(2)(c), no rebate is to be paid under

qui empêcherait des personnes ayant par erreur payé la TPS ou versé des sommes en trop à cet égard de se faire rembourser par le ministre.

[21] Par conséquent, je conclus que UPS est la personne qui a payé un montant au titre de la TPS au sens du par. 261(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*.

[22] Selon le deuxième argument avancé par le ministre, une personne ne peut invoquer le par. 261(1) à l'égard d'un montant qu'elle a payé que si « elle n'avait pas à le payer ». Le ministre affirme que, jusqu'à ce qu'un agent des douanes désigné ait révisé le montant de la TPS dû à la suite d'une nouvelle appréciation de la valeur en douane des marchandises ou d'une révision du classement tarifaire des marchandises, le montant déclaré par UPS, même s'il est erroné, est réputé exact et n'est pas susceptible de révision, sauf suivant les modalités prévues par la *Loi sur les douanes* (par. 58(5) et (6)) et la *Loi sur la taxe d'accise* (par. 216(2) et (6)).

[23] Je vais laisser momentanément de côté la question de la procédure à suivre pour obtenir un remboursement en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur les douanes*, que j'examine dans le cadre du troisième argument du ministre. Je tiens simplement à souligner ici que les faits au dossier réfutent la thèse du ministre. Ce dernier a reconnu que la somme de 2 900 858 \$ constituait un paiement en trop de TPS et que cette somme n'aurait pas été payable si des erreurs n'avaient pas été commises. Les faits admis par le ministre sont clairement visés au par. 261(1) (sous réserve des par. (2) et (3)). En raison d'erreurs qui ont été commises, UPS a payé un montant de 2 900 858 \$ qu'elle n'avait pas à payer. Compte tenu de ces circonstances, le par. 261(1) oblige le ministre à rembourser cette somme à UPS.

[24] J'aborde maintenant le troisième argument avancé par le ministre, à savoir que UPS n'a pas suivi la procédure requise pour obtenir un remboursement et n'a donc pas droit à un remboursement en vertu du par. 261(1). Le remboursement prévu à ce paragraphe est accordé sous réserve des par. (2)

s. 261(1) to the extent it is payable under s. 215.1(1) or (2) or s. 216(6). Section 261(2)(c) provides that:

261. . . .

(2) A rebate in respect of an amount shall not be paid under subsection (1) to a person to the extent that

. . . .

(c) a rebate of the amount is payable under subsection 215.1(1) or (2) or 216(6)

[25] Under s. 261(3) an application for rebate must be made within two years after the day the overpayment was made. Section 261(3) provides:

261. . . .

(3) A rebate in respect of an amount shall not be paid under subsection (1) to a person unless the person files an application for the rebate within two years after the day the amount was paid or remitted by the person.

[26] The Minister says s. 215.1(1) and s. 216(6) could have applied had the importers made a claim under these provisions. He submits that a rebate would have been payable under s. 216(6) in a number of categories (e.g. incorrect value for duty, incorrect tariff classification, non-taxable goods, goods returned to Canada) or possibly under s. 215.1(1) (e.g. goods imported on consignment, approval, sale or return basis or other similar terms) had UPS followed the procedures provided in ss. 60 to 65 of the *Customs Act* or s. 215.1 of the *Excise Tax Act*. He says a reappraisal or a redetermination would have been conducted by a designated customs officer had an application for a reappraisal or a redetermination been made by the importer within the time specified. The Minister further submits that since a reappraisal or a redetermination of the goods was available under the regime prescribed in the *Customs Act*, recourse for seeking a rebate by the importer was through s. 215.1(1) and s. 216(6), not s. 261(1) and that UPS

et (3). Suivant l'al. 261(2)c), aucun montant n'est remboursé en vertu du par. 261(1) dans la mesure où un remboursement de ce montant est accordé en application des par. 215.1(1) ou (2) ou 216(6). Voici le texte de l'al. 261(2)c) :

261. . . .

(2) Le montant n'est pas remboursé dans la mesure où :

. . . .

c) un remboursement du montant est accordé en application des paragraphes 215.1(1) ou (2) ou 216(6)

. . . .

[25] Selon le par. 261(3), les demandes de remboursement doivent être présentées dans les deux années qui suivent le paiement en trop. Le paragraphe 261(3) est rédigé ainsi :

261. . . .

(3) Le remboursement n'est versé que si la personne en fait la demande dans les deux ans suivant le paiement ou le versement du montant.

[26] Le ministre affirme que les par. 215.1(1) et 216(6) auraient pu s'appliquer si les importateurs avaient présenté une demande en vertu de ces dispositions. Il soutient que, si UPS avait suivi la procédure prévue aux art. 60 à 65 de la *Loi sur les douanes* ou à l'art. 215.1 de la *Loi sur la taxe d'accise*, un remboursement aurait été payable en application du par. 216(6) dans un certain nombre de cas (p. ex. valeur en douane inexacte, classement tarifaire erroné, produits non taxables, produits retournés au Canada), voire en application du par. 215.1(1) (p. ex. produits importés sur approbation, en consignation avec ou sans reprise des invendus ou selon d'autres modalités semblables). Il affirme qu'un agent des douanes désigné aurait effectué une révision si l'importateur en avait fait la demande dans le délai prescrit. Le ministre prétend également que, comme il était possible de demander une révision à l'égard des marchandises sous le régime prévu par la *Loi sur les douanes*, le recours par lequel l'importateur peut demander un remboursement relève des par. 215.1(1) et 216(6), non du par. 261(1), et que UPS n'a

did not follow the prescribed procedure to obtain rebates under either s. 215.1(1) or s. 216(6).

[27] Section 261(2)(c) provides that a rebate shall not be paid under s. 261(1) where a rebate “is payable under subsection 215.1(1) . . . or 216(6)”. The Minister argues that s. 261(2)(c) prevents a rebate claim from being filed under s. 261 where a rebate *is available* under s. 215.1(1) or under s. 216(6). However, s. 261(2)(c) does not say that a rebate is not to be paid under s. 261(1) where a rebate is available through another enumerated rebate provision. Rather, s. 261(2)(c) says that a rebate under s. 261(1) is not to be paid where a rebate “is payable under subsection 215.1(1) or (2) or s. 216(6)”. No rebate *is payable* under those provisions because UPS did not seek a rebate under either of them.

[28] I do not read s. 261(1) or 261(2)(c) as precluding payment of rebates under s. 261(1) just because a rebate could have been claimed under s. 215.1(1) or 216(6). In my view, s. 261(2)(c) was intended to avoid the double payment of rebates. Obviously no one may claim the same rebate under both s. 215.1(1) or 216(6) and s. 261(1). But s. 261(2)(c) does not say that the only way in which a rebate may be obtained is under s. 215.1(1) or 216(6). It only says that no rebate is to be paid under s. 261(1) “to the extent that . . . (c) a rebate of the amount is payable under subsection 215.1(1) or (2) or 216(6)”. It seems to me to follow that the Minister is required to pay a rebate under s. 261(1) if no rebate is payable under s. 215.1(1) or (2) or s. 216(6) and the Minister agrees that a person has paid or overpaid an amount on account of GST that was not payable by reason of mistake.

pas respecté la procédure prescrite en vue d’obtenir un remboursement en application du par. 215.1(1) ou 216(6).

[27] L’alinéa 261(2)c) précise qu’aucun montant n’est remboursé en application du par. 261(1) lorsqu’un remboursement « est accordé en application des paragraphes 215.1(1) [. . .] ou 216(6) ». Le ministre plaide que l’al. 261(2)c) empêche la présentation d’une demande de remboursement fondée sur l’art. 261 si un remboursement *peut être obtenu* en vertu du par. 215.1(1) ou 216(6). Toutefois, l’al. 261(2)c) ne dit pas qu’un montant ne peut être remboursé en application du par. 261(1) lorsque le remboursement de ce montant peut être obtenu au moyen d’une autre disposition énumérée relative aux remboursements. L’alinéa 261(2)c) dit plutôt qu’un montant ne peut être remboursé en vertu du par. 261(1) lorsqu’un remboursement de cette somme « est accordé en application des paragraphes 215.1(1) ou (2) [. . .] ou 216(6) ». Or, aucun remboursement n’est accordé en application de ces dispositions, puisque UPS n’a pas réclamé de remboursement en vertu de l’une ou l’autre de celles-ci.

[28] Je ne considère pas que le par. 261(1) ou l’al. 261(2)c) fait obstacle à un remboursement fondé sur le par. 261(1) du seul fait qu’il aurait été possible de réclamer un remboursement en application du par. 215.1(1) ou 216(6). À mon avis, l’al. 261(2)c) vise à éviter les remboursements en double. Il va de soi que nul ne peut réclamer le remboursement d’un même montant à la fois en vertu du par. 215.1(1) ou 216(6) et en vertu du par. 261(1). Cependant, l’al. 261(2)c) ne dit pas que la seule façon d’obtenir un remboursement est par l’application du par. 215.1(1) ou 216(6). Il prévoit seulement qu’aucun remboursement ne peut être payé en application du par. 261(1) « dans la mesure où [. . .] c) un remboursement du montant est accordé en application des paragraphes 215.1(1) ou (2) ou 216(6) ». Il s’ensuit, selon moi, que le ministre est tenu d’accorder un remboursement en vertu du par. 261(1) si aucun montant n’est remboursé en application des par. 215.1(1) ou (2) ou 216(6) et si le ministre reconnaît qu’une personne a, par erreur, payé au titre de la TPS un montant qu’elle n’avait pas à payer, ou qu’elle a payé une somme en trop à cet égard.

[29] Further, s. 296(2.1) provides that in the assessment process, if the Minister determines that a rebate would have been payable had it been claimed in an application, that it was not so claimed and that the period for claiming the rebate has expired, the Minister shall, unless otherwise requested, apply the rebate against the net tax of the person. Section 296(2.1) provides:

296. . . .

(2.1) Where, in assessing the net tax of a person for a reporting period of the person or an amount (in this subsection referred to as the “overdue amount”) that became payable by a person under this Part, the Minister determines that

(a) an amount (in this subsection referred to as the “allowable rebate”) would have been payable to the person as a rebate if it had been claimed in an application under this Part filed on the particular day that is

(i) if the assessment is in respect of net tax for the reporting period, the day on or before which the return under Division V for the period was required to be filed, or

(ii) if the assessment is in respect of an overdue amount, the day on which the overdue amount became payable by the person,

and, where the rebate is in respect of an amount that is being assessed, if the person had paid or remitted that amount,

(b) the allowable rebate was not claimed by the person in an application filed before the day notice of the assessment is sent to the person, and

(c) the allowable rebate would be payable to the person if it were claimed in an application under this Part filed on the day notice of the assessment is sent to the person or would be disallowed if it were claimed in that application only because the period for claiming the allowable rebate expired before that day,

the Minister shall apply all or part of the allowable rebate against that net tax or overdue amount as if the person had, on the particular day, paid or remitted the amount so applied on account of that net tax or overdue amount.

[29] Par ailleurs, le par. 296(2.1) prévoit que si le ministre constate, lors de l'établissement d'une cotisation, qu'un remboursement aurait été payable s'il avait fait l'objet d'une demande, qu'il n'a pas fait l'objet d'une telle demande et que le délai pour réclamer un remboursement est expiré, il doit, sauf demande contraire de la personne concernée, appliquer le montant du remboursement en réduction de la taxe nette de cette personne. Le paragraphe 296(2.1) est rédigé ainsi :

296. . . .

(2.1) Le ministre, s'il constate les faits ci-après relativement à un montant (appelé « montant de remboursement déductible » au présent paragraphe) lors de l'établissement d'une cotisation concernant la taxe nette d'une personne pour une période de déclaration de celle-ci ou concernant un montant (appelé « montant impayé » au présent paragraphe) qui est devenu payable par une personne en vertu de la présente partie, applique tout ou partie du montant de remboursement déductible en réduction de la taxe nette ou du montant impayé comme si la personne avait payé ou versé, à la date visée aux sous-alinéas a)(i) ou (ii), le montant ainsi appliqué au titre de la taxe nette ou du montant impayé :

a) le montant de remboursement déductible aurait été payable à la personne à titre de remboursement s'il avait fait l'objet d'une demande produite aux termes de la présente partie à la date suivante et si, dans le cas où le remboursement vise un montant qui fait l'objet d'une cotisation, la personne avait payé ou versé ce montant :

(i) si la cotisation concerne la taxe nette pour la période de déclaration, la date limite de production de la déclaration aux termes de la section V pour la période,

(ii) si la cotisation concerne un montant impayé, la date à laquelle ce montant est devenu payable par la personne;

b) le montant de remboursement déductible n'a pas fait l'objet d'une demande produite par la personne avant le jour où l'avis de cotisation lui est envoyé;

c) le montant de remboursement déductible serait payable à la personne s'il faisait l'objet d'une demande produite aux termes de la présente partie le jour où l'avis de cotisation lui est envoyé, ou serait refusé s'il faisait l'objet d'une telle demande du seul fait que le délai dans lequel il peut être demandé a expiré avant ce jour.

[30] As I read s. 296(2.1), even if no application for a rebate was made within the applicable limitation period, the rebate shall be applied by the Minister against the net tax owed by the taxpayer in the reassessment process if the Minister determines that a rebate would have been payable had it been claimed. The section refers to “allowable rebate”. Allowable rebate must mean a rebate that would have been allowable had the applicable procedure been followed. In other words, where these procedures have not been followed, it is not fatal to the rebate claim.

[31] In the circumstances of this case, s. 215.1(1) and s. 216(6) were not applicable because no application was made under s. 215.1(1) and no reappraisal or redetermination by a Customs officer was made under s. 216(6). Further, no application was filed by UPS within the time limit provided by s. 261(3).

[32] Because no application was made under s. 215.1(1), s. 216(6) or within the time limit provided by s. 261(3), s. 261(1) and s. 296(2.1) were applicable. Section 296(2.1)(c) expressly relieves against the time limit of two years provided for in s. 261(3).

[33] The Minister has agreed that \$2,900,858 is an overpayment and was not payable. The Minister has also agreed that UPS did not collect the overpayment from its customers. By necessary implication, these concessions must mean that had the appropriate procedures been followed, the rebate would have been allowable. In these circumstances, the Minister was obliged to apply the rebate to the net tax assessed against UPS pursuant to s. 261(1) and s. 296(2.1).

[34] In this case, the fact and the amount of the overpayment of GST by UPS were conceded by the Minister in the Statement of Agreed Facts. In another case, a party that has been reassessed and

[30] Selon mon interprétation du par. 296(2.1), même si aucune demande de remboursement n’a été produite avant l’expiration du délai applicable, si le ministre constate qu’un remboursement aurait dû être accordé s’il avait été réclamé, il doit, lors de l’établissement de la nouvelle cotisation, appliquer le montant du remboursement en réduction de la taxe nette due par le contribuable. Le paragraphe fait référence à un « montant de remboursement déductible ». Ce terme doit s’entendre d’un montant de remboursement qui aurait été accordé si la procédure applicable avait été suivie. Autrement dit, le non-respect de cette procédure n’est pas fatal pour la demande de remboursement.

[31] Dans les circonstances de l’espèce, les par. 215.1(1) et 216(6) ne s’appliquaient pas étant donné qu’aucune demande de remboursement n’a été présentée en vertu du par. 215.1(1) et qu’aucune révision de l’appréciation de la valeur de produits ou du classement de produits n’a été effectuée par un agent des douanes en application du par. 216(6). En outre, UPS n’a présenté aucune demande de remboursement dans le délai fixé au par. 261(3).

[32] Comme aucune demande de remboursement n’a été présentée aux termes du par. 215.1(1) ou 216(6) ou dans le délai prévu au par. 261(3), les par. 261(1) et 296(2.1) s’appliquaient. L’alinéa 296(2.1)c) écarte expressément le délai de deux ans prévu au par. 261(3) pour la présentation d’une demande.

[33] Le ministre a reconnu que le montant de 2 900 858 \$ constitue un paiement en trop et qu’il n’avait pas à être payé. Il a également reconnu que UPS n’a pas perçu de ses clients le montant payé en trop. Il faut nécessairement déduire de ces concessions que, si les procédures appropriées avaient été respectées, le remboursement aurait été accordé. Dans les circonstances, le ministre était tenu d’appliquer le montant du remboursement en réduction de la taxe nette imposée à UPS, conformément aux par. 261(1) et 296(2.1).

[34] En l’espèce, le ministre a concédé dans l’exposé conjoint des faits l’existence et le montant du paiement en trop fait par UPS au titre de la TPS. Dans une autre instance, une partie faisant l’objet

who wishes to rely on s. 261(1) and s. 296(2.1) may have to prove the fact and the amount of overpayment by leading evidence. Although one might question why the *Excise Tax Act* would permit a party to lead evidence to establish that there was an allowable rebate for the purposes of s. 261(1) and s. 296(2.1) instead of following other procedures provided for in the *Excise Tax Act* or the *Customs Act*, I am compelled to reach this conclusion based on the text and context of s. 261(1) and s. 296(2.1).

[35] The Minister further submits that there is “no statutory basis for intermingling Division II tax collected in respect of the appellant’s own supplies of goods and services and deemed held in trust for Her Majesty, with Division III tax paid by importers on their importation of goods”. However, this “intermingling” is provided for by the terms of the *Excise Tax Act* itself. The definition of “net tax” in s. 225(1) provides that “an amount that may be deducted by the person under this Part” — namely Part IX of the *Excise Tax Act* (which includes both Division II “Goods and Services Tax” and Division III “Tax on Importation of Goods”) — may be set off against tax collected by a person as a remitting supplier under Division II. Rebates under s. 261(1) are amounts that may be deducted under Division III in Part IX of the *Excise Tax Act*. In other words, the “intermingling” of rebates under s. 261(1) for overpaid GST on imported goods and tax collected and remittable by UPS as a remitting supplier is authorized by the *Excise Tax Act* itself.

[36] One of the Minister’s concerns is that any of UPS’s customers could have claimed a rebate or input tax credit for the same rebate claim made by UPS and that there would be no way of knowing this without undertaking an audit of each and every

d’une nouvelle cotisation et souhaitant s’appuyer sur les par. 261(1) et 296(2.1) pourrait devoir établir, par des éléments de preuve, l’existence du paiement en trop et le montant de celui-ci. Bien que l’on puisse se demander pourquoi la *Loi sur la taxe d’accise* permet qu’une personne présente des éléments de preuve pour établir qu’il existait un montant de remboursement déductible pour l’application des par. 261(1) et 296(2.1) au lieu de devoir suivre les autres procédures que prévoient la *Loi sur la taxe d’accise* ou la *Loi sur les douanes*, je ne peux qu’arriver à cette conclusion compte tenu du texte et du contexte des par. 261(1) et 296(2.1).

[35] Le ministre plaide en outre que [TRADUCTION] « rien dans la loi n’autorise la confusion de la taxe prévue à la section II qui est perçue à l’égard de la fourniture de produits et de services par l’appelante et réputée détenue en fiducie pour Sa Majesté et de la taxe prévue à la section III que paient les importateurs sur les produits importés ». Toutefois, cette « confusion » est prévue par les termes de la *Loi sur la taxe d’accise* elle-même. En effet, la définition de l’expression « taxe nette » au par. 225(1) prévoit qu’« un montant que la personne peut déduire en application de la présente partie » — soit la partie IX de la *Loi sur la taxe d’accise* (qui comprend tant la section II « Taxe sur les produits et services » que la section III « Taxe sur l’importation de produits ») — peut être déduit de la taxe que perçoit un fournisseur tenu de la verser en application de la section II. Les remboursements visés au par. 261(1) sont des sommes qui peuvent être déduites en application de la section III de la partie IX de la *Loi sur la taxe d’accise*. En d’autres mots, la *Loi sur la taxe d’accise* elle-même autorise la « confusion » des montants à rembourser en application du par. 261(1) au titre de la TPS payée en trop à l’égard de produits importés et des taxes que UPS a perçues et doit verser à titre de fournisseur.

[36] Le ministre s’inquiète notamment de ce que l’un ou l’autre des clients de UPS aurait pu réclamer un remboursement ou un crédit de taxe sur les intrants à l’égard du même montant pour lequel UPS a présenté une demande de remboursement et

customer. He says that any agreement between UPS and its customers not to claim a rebate is simply a private agreement that cannot override statutory provisions. I agree with the Minister that a private agreement cannot override statutory provisions. But that is not the point. The Minister is essentially arguing that a customer of UPS could fraudulently claim a rebate or an input tax credit knowing that UPS had already made a claim for the same rebate. A person who fraudulently sought a rebate of a GST overpayment or an input tax credit would be subject to criminal sanctions. With respect, I do not think it lies in the mouth of the Minister to raise such an argument on the facts of this case where he has agreed that there has been an overpayment and where his position is that he is entitled to retain overpaid GST. In any event, if this is a matter of concern to the Minister, he may ask Parliament to amend the *Excise Tax Act* to address it.

[37] Where the Minister has admitted the underlying facts for a s. 261(1) rebate and where subss. (2) and (3) of s. 261 were not applicable, the conclusion must be that there was an allowable rebate within the meaning of s. 261(1) and s. 296(2.1) and that the rebate should be applied to reduce the net tax otherwise payable. The Minister should have allowed the amount of the rebate of \$2,900,858 to reduce the GST otherwise remittable by UPS.

VI. Conclusion

[38] I would allow the appeal, set aside the decision of the Federal Court of Appeal, restore the decision of the Tax Court and disallow the Minister's reassessment in its entirety. UPS is entitled to its costs in this Court and the courts below.

qu'il n'y aurait aucun moyen de le savoir à moins de soumettre chacun des clients à une vérification. Il affirme que toute entente entre UPS et ses clients suivant laquelle ces derniers renoncent à réclamer un remboursement constitue simplement une entente privée qui ne saurait écarter l'application des dispositions législatives. Je conviens avec le ministre qu'une entente privée ne peut prévaloir sur des dispositions législatives. Mais là n'est pas la question. Le ministre soutient essentiellement qu'un client de UPS pourrait de façon frauduleuse demander un remboursement ou un crédit de taxe sur les intrants tout en sachant que UPS a déjà présenté une demande de remboursement pour ce même montant. La personne qui demanderait de façon frauduleuse le remboursement d'un paiement en trop de TPS ou un crédit de taxe sur les intrants s'exposerait à des sanctions criminelles. Soit dit en tout respect, je crois que le ministre est malvenu de soulever un tel argument eu égard aux faits de l'espèce, alors qu'il a reconnu qu'un montant de TPS a été payé en trop et qu'il soutient avoir le droit de conserver ce montant. Quoi qu'il en soit, si cette situation inquiète le ministre, il peut demander au législateur de modifier en conséquence la *Loi sur la taxe d'accise*.

[37] Comme le ministre a reconnu les faits sous-jacents à un remboursement fondé sur le par. 261(1) et que les par. 261(2) et (3) ne s'appliquaient pas, il faut conclure qu'il existait un montant de remboursement déductible pour l'application des par. 261(1) et 296(2.1) et qu'il y a lieu d'appliquer ce montant en réduction de la taxe nette payable par ailleurs. Le ministre aurait dû accorder le montant de remboursement de 2 900 858 \$ afin de réduire le montant de TPS que UPS devait verser par ailleurs.

VI. Conclusion

[38] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel fédérale, de rétablir la décision de la Cour canadienne de l'impôt et de refuser en totalité la nouvelle cotisation établie par le ministre. UPS a droit à ses dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'appelante : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitor for the respondent: Department of Justice, Ottawa.

Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice, Ottawa.

Timothy Middleton *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MIDDLETON

Neutral citation: 2009 SCC 21.

File No.: 32138.

2009: January 20; 2009: May 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Sentencing — Intermittent sentences — Conditional sentences — Accused convicted of assault causing bodily harm, uttering a death threat and pointing a firearm and receiving 90-day sentence of imprisonment to be served intermittently plus two concurrent 18-month conditional sentences to be served in community plus probation — Whether imposition of conditional sentence of more than 90 days renders intermittent sentence illegal — Whether intermittent sentence must be served on consecutive days — Whether conditional sentence is “sentence of imprisonment” within meaning of s. 732(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 732(1), (3) — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 139.

The accused was sentenced to 90 days' imprisonment, to be served intermittently, for an assault causing bodily harm committed in September 2004. At the same hearing, he was immediately thereafter sentenced to two concurrent 18-month conditional sentences for uttering a death threat and pointing a firearm in February 2005. The trial judge also ordered three years' probation. The Court of Appeal held that the imposition of the conditional sentences in addition to the intermittent sentence did not render the intermittent sentence unlawful in virtue of s. 732(1) of the *Criminal Code*. It held also that because the intermittent sentence preceded the conditional sentences, and the trial judge did not order otherwise, s. 732(3) of the *Code* required the accused to serve the 90-day sentence on consecutive days. The balance of the sentence remained unchanged.

Timothy Middleton *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. MIDDLETON

Référence neutre : 2009 CSC 21.

N° du greffe : 32138.

2009 : 20 janvier; 2009 : 22 mai.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Peine discontinuée — Peine avec sursis — Accusé reconnu coupable de voies de fait ayant causé des lésions corporelles, de menaces de mort et de braquage d'une arme à feu condamné à une peine de 90 jours d'emprisonnement à purger de façon discontinuée et à deux peines concurrentes de 18 mois d'emprisonnement avec sursis à purger dans la collectivité, suivies d'une probation — L'infliction d'une peine avec sursis de plus de 90 jours rend-elle la peine discontinuée illégale? — La peine discontinuée doit-elle être purgée de façon continue? — La peine avec sursis constitue-t-elle un « emprisonnement » au sens de l'art. 732(1) du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 732(1), (3) — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 139.

L'accusé a été condamné à une peine de 90 jours d'emprisonnement devant être purgée de façon discontinuée pour la perpétration en septembre 2004 de voies de faits ayant causé des lésions corporelles. À la même audience, il a immédiatement après été condamné à deux peines concurrentes de 18 mois d'emprisonnement avec sursis pour menaces de mort et braquage d'une arme à feu en février 2005. Le juge du procès a aussi ordonné une probation d'une durée de trois ans. La Cour d'appel a statué que les peines avec sursis n'avaient pas rendu illégale la peine discontinuée par application du par. 732(1) du *Code criminel*. Comme la peine discontinuée avait précédé les peines avec sursis et qu'aucune ordonnance du tribunal au contraire n'avait été rendue, elle a également estimé que le par. 732(3) du *Code* commandait que l'accusé purge la peine de 90 jours de façon continue. Les autres éléments de la peine demeuraient inchangés.

Held (Cromwell J. dissenting in part): The appeal should be allowed and the sentences imposed by the trial judge affirmed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Charron and Rothstein JJ.: Imposing a conditional sentence of more than 90 days cannot render illegal an unexpired intermittent sentence imposed on the same offender for a different offence. It is apparent from the words “confinement” and “prison” in s. 732(1) that this provision contemplates only custodial sentences of imprisonment. Conditional sentences are, by definition, meant to be served in the community, not in prisons. To conclude that they are sentences of imprisonment within the meaning of s. 732(1) is inconsistent not only with the plain wording and a purposive and contextual interpretation of the provision, but also with the express terms adopted by Parliament in providing for intermittent sentences and with the distinct purposes of conditional and intermittent sentences. Such a conclusion would, as well, disregard the valid sentencing objectives of the trial judge in this case and would unduly limit the discretion of other trial judges to render similarly fit sentences where they conclude that a custodial sentence is required. Moreover, “imprisonment” does not bear a uniform meaning for all purposes of the *Criminal Code*. In several instances, as in s. 732, “sentence of imprisonment” or “term of imprisonment” necessarily contemplate incarceration in a manner that cannot include conditional sentences. As well, a harmonious reading of the English and French versions of s. 732 clarifies that it contemplates only custodial sentences. [6] [8] [10-11] [14] [27]

Section 139 of the *Corrections and Conditional Release Act* does not contemplate conditional sentences and has no application to intermittent sentences. It is found within Part II of the Act which does not apply to conditional sentences. Moreover, s. 99(1) of the Act excludes a person who receives a conditional sentence while serving only an intermittent sentence from the definition of “offender” for the purposes of Part II. A purposive interpretation of s. 139(1) also militates against its application to conditional sentences. Parliament enacted s. 139 to simplify the calculation of multiple custodial sentences in order to facilitate the administration of parole and statutory remission, an object not engaged by conditional sentences. [7] [29-34]

Although the trial judge pronounced the intermittent sentence before the conditional sentences, as a matter of

Arrêt (le juge Cromwell est dissident en partie) : Le pourvoi est accueilli et les peines infligées par le juge du procès sont confirmées.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Charron et Rothstein : L’infliction d’une peine de plus de 90 jours d’emprisonnement avec sursis ne peut rendre illégale la partie non purgée d’une peine discontinuée infligée au même délinquant pour une autre infraction. Il appert de l’emploi du mot « prison » au par. 732(1) que la disposition vise seulement la peine de détention. Par définition, la peine avec sursis est purgée dans la collectivité et non en prison. Conclure qu’elle constitue un emprisonnement au sens du par. 732(1) est donc incompatible non seulement avec l’interprétation téléologique et contextuelle de la disposition, mais aussi avec les termes expressément employés par le législateur pour permettre la discontinuité de la peine et les objectifs respectifs de la peine avec sursis et de la peine discontinuée. Pareille conclusion est également incompatible avec les objectifs légitimes qu’avait en l’espèce le juge du procès lorsqu’il a déterminé la peine et elle restreint indûment le pouvoir discrétionnaire du juge du procès en général d’infliger une peine appropriée du même genre lorsqu’il estime qu’une peine de détention s’impose. En outre, le mot « emprisonnement » n’est pas toujours employé dans le même sens, toutes fins confondues, dans le *Code criminel*. Dans plusieurs cas, notamment à l’art. 732, « peine d’emprisonnement » et « période d’emprisonnement » supposent nécessairement l’incarcération de telle manière que la peine avec sursis ne saurait être visée. De même, l’interprétation harmonieuse des versions française et anglaise de l’art. 732 révèle clairement qu’il ne vise que la peine de détention. [6] [8] [10-11] [14] [27]

La peine avec sursis n’est pas visée à l’art. 139 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, et celui-ci ne s’applique pas à la peine discontinuée. Cet article figure à la partie II de la Loi, qui ne s’applique pas à la peine avec sursis. En outre, le par. 99(1) de la Loi prévoit que la personne condamnée à une peine avec sursis alors qu’elle purge seulement une peine discontinuée n’est pas un « délinquant » pour l’application de la partie II. L’interprétation téléologique du par. 139(1) milite aussi contre son application à la peine avec sursis. Le législateur a adopté l’art. 139 pour simplifier le calcul de la durée des peines de détention multiples afin de faciliter l’application du régime de libération conditionnelle et de réduction légale de peine, un objectif qui ne vaut pas pour la peine avec sursis. [7] [29-34]

Même si le juge du procès a infligé la peine discontinuée avant les peines avec sursis, sur le plan

principle, nothing in this case should turn on the order in which the sentences were pronounced. The accused is not required by virtue of s. 732(3) of the *Code* to serve his intermittent sentence on consecutive days because a purposive and contextual reading of the expression “sentence of imprisonment” in s. 732(3) makes it clear that it does not contemplate conditional sentences. [36] [39-40]

While chaining intermittent sentences beyond the 90-day limit defeats the object of s. 732(1) and the purpose of intermittent sentences, combining intermittent and conditional sentences can serve the purposes of both types of sentences. This case illustrates how intermittent and conditional sentences can be effectively combined to take appropriate advantage of their complementary purposes. [45-47] [53]

Per Binnie J.: It is unnecessary to resolve the controversy over the scope and application of s. 139 of the *Corrections and Conditional Release Act*. The narrow issue on this appeal can and ought to be decided narrowly. The availability of an intermittent sentence in this case depends on s. 732(1) of the *Criminal Code*. By its terms s. 732(1) presupposes that a sentence within its purview *can* be served intermittently. Although conditional sentences are sentences of imprisonment without incarceration, they do not lend themselves to being served intermittently. On the face of it, therefore, s. 732(1) has no application to, and does not bar, the conditional sentences in this case. The “sentence of imprisonment” referred to in the opening words of s. 732(1) is the same “sentence” as “the sentence” mentioned elsewhere in the subsection. If the later references do not (because they cannot) include a conditional sentence, then the opening reference also excludes conditional sentences. There is no need to attribute different meanings to the same word in the same subsection. Since textually and contextually s. 732(1) does not extend to conditional sentences, the issue of a merger of the sentences in this case to form a single period of imprisonment does not arise. Accordingly the *Corrections and Conditional Release Act* has no application. The conditional sentences imposed by the trial judge were lawful. [55-59]

Per Cromwell J. (dissenting in part): The intermittent sentence was illegal and should be set aside. The parties agree that if a conditional sentence is a “sentence of imprisonment” in s. 732(1), then an intermittent sentence is not available in this case because, as a result of s. 139 of the *Corrections and Conditional Release Act*,

des principes, l’issue du pourvoi ne doit aucunement dépendre de l’ordre dans lequel les peines ont été prononcées. Le paragraphe 732(3) du *Code* n’exige pas que l’accusé purge sa peine discontinue de façon continue, car il ressort de l’interprétation téléologique et contextuelle du terme « peine d’emprisonnement » qui y est employé que la peine avec sursis n’est pas visée. [36] [39-40]

Bien que l’infliction d’une série de peines discontinues dépassant la limite de 90 jours soit contraire aux objectifs du par. 732(1) et de la discontinuité de la peine, la combinaison de peines discontinues et avec sursis peut répondre aux objectifs des deux sortes de sanction. La présente affaire montre comment des peines discontinues et avec sursis peuvent être combinées pour tirer davantage de leurs objectifs complémentaires. [45-47] [53]

Le juge Binnie : Point n’est besoin de trancher la question de la portée et de l’application de l’art. 139 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Il est possible de statuer strictement sur la seule question en litige dans le pourvoi et il convient de le faire. La possibilité d’infliger une peine discontinue en l’espèce est déterminée au par. 732(1) du *Code criminel*, dont le libellé suppose qu’une peine visée par la disposition *peut* être purgée de façon discontinue. Même si la peine avec sursis constitue une peine d’emprisonnement sans incarceration, elle ne se prête pas à l’exécution discontinue. Ainsi, à première vue, le par. 732(1) ne s’applique pas aux peines avec sursis en l’espèce et il n’y fait pas obstacle. La peine d’« emprisonnement » mentionnée au début du par. 732(1) est la même « peine » que celle dont il est question ailleurs dans la disposition. Si le mot « peine » employé subséquent n’englobe pas (parce que c’est impossible) la peine avec sursis, il ne l’englobe pas non plus dans la partie introductive. Il n’y a pas lieu d’y interpréter le même terme différemment. Sur les plans textuel et contextuel, le par. 732(1) ne s’applique pas à la peine avec sursis, de sorte que la question de savoir si les peines considérées en l’espèce fusionnent pour former une seule période d’emprisonnement ne se pose pas. La *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* ne s’applique donc pas. Les peines avec sursis infligées par le juge du procès étaient légales. [55-59]

Le juge Cromwell (dissident en partie) : La peine discontinue était illégale et devrait être annulée. Les parties conviennent que si une peine avec sursis constitue un « emprisonnement » au sens du par. 732(1), une peine discontinue ne pouvait être infligée en l’espèce, car l’art. 139 de la *Loi sur le système correctionnel et*

the sentences in this case merge to form a single period of imprisonment that exceeds 90 days. The words “sentence of imprisonment” include a conditional sentence of imprisonment. The power in s. 732(1) to order that a sentence of imprisonment be served intermittently is limited to sentences of imprisonment of 90 days or less. Accepting the parties’ premise, as a result of s. 732(1) of the *Criminal Code*, a 90-day portion of the merged sentence cannot be served intermittently. [61] [63] [76] [102-103]

The question of whether a sentence is a sentence of imprisonment is distinct from the question of how that sentence is to be served. While imprisonment generally results from a sentence of imprisonment, not all sentences of imprisonment result in the offender being imprisoned while serving that sentence. A conditional sentence is a sentence of imprisonment which the court directs to be served in the community. The manner in which the sentence is served does not alter its nature as a sentence of imprisonment. This distinction is important for the interpretation of s. 732(1). This provision is engaged only if “the court imposes a sentence of imprisonment of ninety days or less”. These words refer to the nature of the sentence. The *Criminal Code*, however, treats the conditional aspect of a conditional sentence, that it be served in the community, as relating to the manner in which the sentence of imprisonment is to be served. Where Parliament intends that the words “sentence of imprisonment” and equivalent expressions exclude conditional sentences, it uses language placed in a context which makes this clear. There is no such contrary indication in s. 732. Nothing in the text or context of s. 732(1) would justify a departure from the grammatical and ordinary meaning of the words “sentence of imprisonment” in that section. [70-71] [73-74] [80] [101]

The Court of Appeal erred not only in holding that the intermittent sentence was legal, but also in concluding that it had to be served on consecutive days by virtue of s. 732(3) of the *Code*. The Court of Appeal’s interpretation of s. 732(3) gives inconsistent meanings to the words “sentence of imprisonment” within s. 732. It also makes too much turn on the order in which sentences are imposed. To have the application of the section turn on the many chronological possibilities that may occur in the sentencing process would make its operation arbitrary and impractical. Finally, this approach thwarts the clear intent of the sentencing judge. Where, as here, a sentencing judge imposes an intermittent sentence and, as part of the same sentencing hearing, imposes another sentence of imprisonment that can legally be combined

la mise en liberté sous condition faisait en sorte que les peines infligées en l’espèce fusionnent pour former une seule période d’emprisonnement de plus de 90 jours. Le terme « emprisonnement » s’entend aussi de la peine avec sursis. Le pouvoir que confère le par. 732(1) d’ordonner qu’une peine d’emprisonnement soit purgée de façon discontinue ne vaut que pour une peine d’au plus 90 jours. Conformément à la prémisse qui sous-tend l’argumentation des parties, par application du par. 732(1) du *Code criminel*, la période de 90 jours comprise dans la peine fusionnée ne peut être purgée de façon discontinue. [61] [63] [76] [102-103]

La question de savoir si une peine donnée constitue une peine d’emprisonnement diffère de celle de savoir comment cette peine doit être purgée. Bien que ce soit généralement le cas, l’exécution d’une peine d’emprisonnement n’entraîne pas toujours l’incarcération du délinquant. La peine avec sursis est une peine d’emprisonnement dont le tribunal ordonne l’exécution dans la collectivité. Le mode d’exécution de la peine ne change rien au fait qu’il s’agit d’une peine d’emprisonnement. La distinction est importante pour l’interprétation du par. 732(1), qui ne s’applique que lorsque « [l]e tribunal [. . .] condamne à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours ». Ce libellé correspond à la nature de la peine. Le *Code criminel* renvoie cependant au caractère suspensif de la peine — à savoir qu’elle soit purgée dans la collectivité — en liaison avec le mode d’exécution de la peine d’emprisonnement. Lorsqu’il veut que le mot « emprisonnement » ou des termes équivalents excluent la peine avec sursis, le législateur a recours à un libellé en ce sens dans un contexte rendant son intention manifeste, ce qui n’est pas le cas à l’art. 732. Aucun élément textuel ou contextuel du par. 732(1) ne justifie un écart du sens ordinaire ou grammatical du terme « emprisonnement » qui y est employé. [70-71] [73-74] [80] [101]

La Cour d’appel a conclu à tort non seulement que la peine discontinue était légale, mais aussi qu’elle devait être purgée de façon continue conformément au par. 732(3) du *Code*. Son interprétation du par. 732(3) confère des sens incompatibles aux termes « emprisonnement » ou « peine d’emprisonnement » employés à l’art. 732. Elle accorde également trop d’importance à l’ordre dans lequel les peines sont infligées. Subordonner l’application de la disposition à la chronologie des nombreuses étapes possibles du processus de détermination de la peine équivaut à la rendre arbitraire et irréaliste. Enfin, cette interprétation contrecarre l’intention manifeste du juge ayant fixé la peine. Lorsque, comme en l’espèce, le juge inflige une peine discontinue puis, à la même audience, une

with it, it should be inferred that the sentencing judge has “otherwise order[ed]” and that the intermittent sentence is to be served intermittently. [105] [108-110]

Cases Cited

By Fish J.

Considered: *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221; *R. v. Aubin* (1992), 72 C.C.C. (3d) 189; *R. v. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL); *R. v. Drost* (1996), 172 N.B.R. (2d) 67; *R. v. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. v. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. v. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] Q.J. No. 2821 (QL); *R. v. Power* (2003), 176 C.C.C. (3d) 209; **referred to:** *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *R. v. Carrignan* (2003), 172 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Vajdl*, 2004 MBQB 167, 186 Man. R. (2d) 149; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Lyver*, 2007 ABCA 369, 229 C.C.C. (3d) 535.

By Cromwell J. (dissenting in part)

R. v. Proulx, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221; *R. v. Aubin* (1992), 72 C.C.C. (3d) 189; *R. v. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL); *R. v. Drost* (1996), 172 N.B.R. (2d) 67; *R. v. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. v. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. v. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] Q.J. No. 2821 (QL); *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *R. v. Power* (2003), 176 C.C.C. (3d) 209.

Statutes and Regulations Cited

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 99(1) “offender”, 120.2(1), 127(1), 128(1), 130(3.2), (3.3), 139.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718.2(e), 719(4), (5), 731, 732, 742, 742.1, 742.6, 742.7, 743.3.
Parole Act, R.S.C. 1970, c. P-2, s. 14(1).
Parole Act, R.S.C. 1985, c. P-2, s. 2 “inmate”.

Authors Cited

Canada. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings of the Standing*

autre peine d’emprisonnement pouvant légalement s’ajouter à la première, on doit considérer qu’il rend « une ordonnance [. . .] au contraire » et que la peine discontinue doit être purgée de façon discontinue. [105] [108-110]

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts examinés : *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221; *R. c. Aubin*, [1992] J.Q. n° 239 (QL); *R. c. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL); *R. c. Drost* (1996), 172 R.N.-B. (2^e) 67; *R. c. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. c. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. c. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] J.Q. n° 2821 (QL); *R. c. Power* (2003), 176 C.C.C. (3d) 209; **arrêts mentionnés :** *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *R. c. Carrignan* (2003), 172 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Vajdl*, 2004 MBQB 167, 186 Man. R. (2d) 149; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Lyver*, 2007 ABCA 369, 229 C.C.C. (3d) 535.

Citée par le juge Cromwell (dissident en partie)

R. c. Proulx, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221; *R. c. Aubin*, [1992] J.Q. n° 239 (QL); *R. c. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL); *R. c. Drost* (1996), 172 R.N.-B. (2^e) 67; *R. c. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. c. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. c. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] J.Q. n° 2821 (QL); *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *R. c. Power* (2003), 176 C.C.C. (3d) 209.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.2e), 719(4), (5), 731, 732, 742, 742.1, 742.6, 742.7, 743.3.
Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. 1985, ch. P-2, art. 2 « détenu ».
Loi sur la libération conditionnelle de détenus, S.R.C. 1970, ch. P-2, art. 14(1).
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 99(1) « délinquant », 120.2(1), 127(1), 128(1), 130(3.2), (3.3), 139.

Doctrine citée

Canada. Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations du comité*

Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, Issue No. 68, 1st Sess., 35th Parl., November 30, 1995, pp. 68:4, 68:6.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Gillese and LaForme J.J.A.), 2007 ONCA 538, 227 O.A.C. 59, [2007] O.J. No. 2900 (QL), 2007 CarswellOnt 4722, varying a sentence imposed by Waugh J., 2006 CarswellOnt 9388. Appeal allowed, Cromwell J. dissenting in part.

Gregory Lafontaine and Vincenzo Rondinelli, for the appellant.

Andrew Cappell and Alexandra Campbell, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Charron and Rothstein J.J. was delivered by

FISH J. —

I

[1] The appellant, Timothy Middleton, was convicted at trial for having committed an assault causing bodily harm to his partner at the time, Lisa Dubreuil. For that offence, he was sentenced to 90 days' imprisonment, to be served intermittently. Mr. Middleton was convicted as well for having uttered a death threat and for pointing a firearm some five months after the assault. And for those offences, he received 18-month conditional sentences of imprisonment, to be served concurrently, followed by probation for the ensuing three years.

[2] It is conceded that all three sentences were legal in themselves. It is conceded as well that they were carefully crafted by the trial judge in compliance with the sentencing principles and the correctional objectives applicable in the circumstances of this case. Neither the appellant nor the respondent has drawn to our attention a single provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that prohibited either the intermittent sentence or the concurrent conditional sentences when each was imposed.

sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, fascicule n^o 68, 1^{re} sess., 35^e lég., 30 novembre 1995, p. 68:4, 68:6.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Gillese et LaForme), 2007 ONCA 538, 227 O.A.C. 59, [2007] O.J. No. 2900 (QL), 2007 CarswellOnt 4722, qui a modifié la peine infligée par le juge Waugh, 2006 CarswellOnt 9388. Pourvoi accueilli, le juge Cromwell est dissident en partie.

Gregory Lafontaine et Vincenzo Rondinelli, pour l'appellant.

Andrew Cappell et Alexandra Campbell, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] Timothy Middleton, l'appellant, a été reconnu coupable à son procès de voies de fait ayant causé des lésions corporelles à sa conjointe de l'époque, Lisa Dubreuil. Pour cette infraction, il a été condamné à une peine de 90 jours d'emprisonnement à être purgée de façon discontinue. Il a également été déclaré coupable de menaces de mort et de braquage d'une arme à feu environ cinq mois après l'agression. Pour ces infractions, il a été condamné à des peines de 18 mois d'emprisonnement avec sursis devant être purgées concurremment et suivies d'une période de probation de trois ans.

[2] Les deux parties reconnaissent la légalité de chacune des trois peines. Elles reconnaissent également que le juge du procès les a déterminées avec soin conformément aux principes en la matière et aux objectifs correctionnels applicables en l'espèce. Ni l'appellant ni l'intimée n'ont relevé une seule disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, faisant obstacle à la peine discontinue ou aux peines avec sursis au moment où chacune a été infligée. Ils n'ont pas non plus invoqué une seule

Nor has our attention been drawn to a single judgment by any Canadian court precluding the combination of sentences imposed by the trial judge in this case.

[3] Justice Cromwell nonetheless finds that the intermittent sentence was rendered illegal by the conditional sentences in light of a sentence calculation provision set out in a different statute for purposes that, as we shall presently see, *have no application here*.

[4] My colleague's reasons may be briefly summarized this way. Intermittent sentences are governed by s. 732 of the *Criminal Code*. In virtue of s. 732(1), the court may order that a sentence of imprisonment be served intermittently where the term imposed does not exceed 90 days. Conditional sentences are sentences of imprisonment. Section 139 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 ("CCRA"), requires that the 90-day intermittent sentence and the 18-month conditional sentences imposed in this case be "merged" — or amalgamated — to form a single sentence of 18 months' duration. Since this merged sentence exceeds the 90-day maximum permitted by s. 732(1), the intermittent sentence imposed by the trial judge was retrospectively rendered illegal by the subsequent imposition of the conditional sentences, though the conditional sentences were themselves both legal and fit.

[5] It will immediately be recognized that the result proposed by Justice Cromwell would only be warranted if both of its essential premises are correct: first, that a conditional sentence is a sentence of imprisonment within the meaning of s. 732(1); and second, that s. 139 of the *CCRA* requires that the intermittent and conditional sentences imposed by the trial judge be treated, for the purposes of s. 732(1), as a single sentence of imprisonment.

[6] In my respectful view, neither proposition withstands scrutiny. To hold that a conditional sentence is a sentence of imprisonment within the meaning of s. 732(1) of the *Criminal Code* and s. 139 of the *CCRA* is to disregard the plain wording

décision d'un tribunal canadien faisant obstacle à la combinaison de peines à laquelle a eu recours le juge du procès en l'espèce.

[3] Le juge Cromwell estime néanmoins que les peines avec sursis ont rendu illégale la peine discontinue en raison d'une disposition relative au calcul de la durée des peines figurant dans une autre loi à des fins qui, nous le verrons, *sont totalement étrangères à la présente affaire*.

[4] Les motifs de mon collègue peuvent être résumés comme suit. Les peines discontinues sont régies par l'art. 732 du *Code criminel*. En vertu du par. 732(1), le tribunal peut ordonner qu'une peine d'emprisonnement soit purgée de façon discontinue lorsque sa durée n'excède pas 90 jours. La peine avec sursis constitue une peine d'emprisonnement. L'article 139 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« *LSCMLSC* »), exige que la peine discontinue de 90 jours et les peines avec sursis de 18 mois imposées en l'espèce soient « fusionnées » pour n'en constituer qu'une seule d'une durée de 18 mois. Étant donné que la durée totale de la peine dépasse alors le maximum de 90 jours prévu au par. 732(1), les peines avec sursis, bien que légales et appropriées en soi, ont après coup rendu illégale la peine discontinue infligée précédemment par le juge au procès.

[5] Il appert d'emblée que le résultat proposé par le juge Cromwell ne se justifie que si les deux prémisses essentielles de son raisonnement sont fondées : premièrement, la peine avec sursis constitue un emprisonnement au sens du par. 732(1); deuxièmement, l'art. 139 de la *LSCMLSC* exige que la peine discontinue et les peines avec sursis imposées par le juge du procès soient considérées, pour les besoins du par. 732(1), comme une seule et même peine d'emprisonnement.

[6] Avec égards, ni l'une ni l'autre de ces assertions ne résistent à l'analyse. Conclure que la peine avec sursis constitue un emprisonnement au sens du par. 732(1) du *Code criminel* et une peine d'emprisonnement au sens de l'art. 139 de la *LSCMLSC* fait

of the provisions, their legislative purposes, and the nature and object of conditional sentences. It would disregard as well the valid sentencing objectives of the trial judge in this case and would unnecessarily, in the future, deprive judges of their ability to render similarly fit sentences where they conclude that a custodial sentence is required.

[7] For the reasons that follow, I have concluded that conditional sentences are not contemplated by either s. 732(1) of the *Criminal Code* or s. 139 of the *CCRA*, and that s. 139 has no application to the intermittent sentence imposed in this case.

II

[8] The decisive question on this appeal is whether the imposition of a conditional sentence of more than 90 days renders illegal an unexpired intermittent sentence imposed on the same offender but for a different offence. As I have already indicated, that question can only be answered in the affirmative if we conclude, first, that a conditional sentence is a “sentence of imprisonment” within the meaning of s. 732(1) of the *Criminal Code*; and second, that s. 139 of the *CCRA* applies to both conditional and intermittent sentences.

[9] Section 732(1) reads:

732. (1) Where the court imposes a sentence of imprisonment of ninety days or less on an offender convicted of an offence, whether in default of payment of a fine or otherwise, the court may, having regard to the age and character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, and the availability of appropriate accommodation to ensure compliance with the sentence, order

- (a) that the sentence be served intermittently at such times as are specified in the order; and
- (b) that the offender comply with the conditions prescribed in a probation order when not in confinement during the period that the sentence is being served and, if the court so orders, on release from prison after completing the intermittent sentence.

[10] It is apparent from the words “confinement” and “prison” that s. 732(1) contemplates custodial

abstraction du libellé clair et de l’objet des dispositions, ainsi de l’objectif et de la nature de la peine avec sursis. C’est aussi faire abstraction des objectifs légitimes qu’avait le juge du procès en déterminant la peine en l’espèce et écarter désormais inutilement la possibilité qu’un juge inflige une peine appropriée du même genre lorsqu’il estime qu’une peine de détention s’impose.

[7] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la peine avec sursis n’est visée ni au par. 732(1) du *Code criminel* ni à l’art. 139 de la *LSCMLSC* et que celui-ci ne s’applique pas à la peine discontinuée infligée dans la présente affaire.

II

[8] La question décisive dans le présent pourvoi est celle de savoir si une peine de plus de 90 jours d’emprisonnement avec sursis rend illégale la partie non purgée de la peine discontinuée infligée au délinquant pour une autre infraction. Je le répète, on ne peut trancher par l’affirmative que si on conclut d’abord que la peine avec sursis constitue un « emprisonnement » au sens du par. 732(1) du *Code criminel*, puis que l’art. 139 de la *LSCMLSC* s’applique à la fois à la peine avec sursis et à la peine discontinuée.

[9] Le paragraphe 732(1) dispose :

732. (1) Le tribunal qui déclare le délinquant coupable d’une infraction et le condamne à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours pour défaut de paiement d’une amende ou pour un autre motif, peut, compte tenu de l’âge et de la réputation du délinquant, de la nature de l’infraction, des circonstances dans lesquelles elle a été commise et de la disponibilité d’un établissement adéquat pour purger la peine, ordonner :

- a) que la peine soit purgée de façon discontinuée aux moments prévus par l’ordonnance;
- b) au délinquant de se conformer aux conditions prévues par l’ordonnance pendant toute période où il purge sa peine hors de la prison et de s’y conformer dès sa sortie de prison.

[10] Il appert de l’emploi du mot « prison » que le par. 732(1) vise la peine de détention, et non la

sentences of imprisonment and not conditional sentences of imprisonment, which are served in the community. In my view, this textual consideration is alone sufficient to warrant the conclusion that conditional sentences are not “sentences of imprisonment” within the meaning of s. 732(1).

[11] In arriving at an opposite conclusion, Justice Cromwell relies on the principle of statutory interpretation which favours giving a word or phrase “the same interpretation or meaning whenever it appears in an act”, unless “the contrary is clearly indicated by the context” (*Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at p. 400). Applying this same rule of interpretation, it seems to me plain that a conditional sentence is *not* a “sentence of imprisonment” within the meaning of s. 732(1). As mentioned at the outset, s. 732(1)(b) contemplates sentences that are served “in confinement” and probation orders “on release from prison after completing the intermittent sentence”. Conditional sentences are, by definition, meant to be served in the community and not in prisons. To conclude that they are sentences of imprisonment within the meaning of s. 732(1) is thus inconsistent with a purposive and contextual interpretation of the provision, and also the express terms adopted by Parliament in providing for intermittent sentences.

[12] In my respectful view, we cannot reasonably hold that a conditional sentence is a sentence of imprisonment *for some purposes* under s. 732(1) (such as determining an offender’s eligibility for an intermittent sentence), *but not for others* (such as permitting the intermittent service of a conditional sentence). And without straining the plain language of s. 732(1), we cannot reasonably find that a conditional sentence is a sentence of imprisonment for all purposes of s. 732, as urged by the appellant.

[13] To conclude that conditional sentences are sentences of imprisonment within the meaning of s. 732(1) is inconsistent as well with the distinct and different purposes of conditional sentences on the one hand, and intermittent sentences on the other.

peine avec sursis, qui est purgée dans la collectivité. J’estime que cette seule considération d’ordre textuel justifie de conclure que la peine avec sursis n’est pas un « emprisonnement » au sens du par. 732(1).

[11] Pour arriver à la conclusion opposée, le juge Cromwell s’appuie sur le principe d’interprétation législative selon lequel un terme doit recevoir « la même interprétation et avoir le même sens tout au long d’un texte législatif », à moins que « le contexte ne s’y oppose clairement » (*Thomson c. Canada (Sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, p. 400). Suivant la même règle d’interprétation, il me paraît clair qu’une peine avec sursis *n’est pas* un « emprisonnement » au sens du par. 732(1). Comme je l’ai signalé au départ, l’al. 732(1)(b) vise la peine purgée en prison et l’ordonnance de probation à la « sortie de prison », une fois purgée la peine discontinuée. Par définition, la peine avec sursis est purgée dans la collectivité et non en prison. Conclure qu’elle constitue un emprisonnement au sens du par. 732(1) est donc clairement incompatible avec l’interprétation téléologique et contextuelle de la disposition, de même qu’avec les termes expressément employés par le législateur pour permettre la discontinuité de la peine.

[12] En toute déférence, on ne saurait raisonnablement conclure qu’une peine avec sursis est un emprisonnement à *certaines fins* sous le régime du par. 732(1) (notamment pour déterminer l’admissibilité du délinquant à la peine discontinuée), *mais non à d’autres* (comme permettre qu’une peine avec sursis soit purgée de façon discontinuée). Au surplus, on ne saurait raisonnablement convenir avec l’appelant, sans forcer le sens du par. 732(1), qu’une peine avec sursis est une peine d’emprisonnement à tous égards pour l’application de l’art. 732.

[13] Conclure qu’une peine avec sursis constitue un emprisonnement au sens du par. 732(1) est également incompatible avec les objectifs respectifs de la peine avec sursis et de la peine discontinuée. Le juge Cromwell l’explique bien en exposant les raisons et

Justice Cromwell has explained this well in relating why the trial judge was moved by different reasons and different sentencing objectives to impose conditional sentences for two offences and an intermittent sentence for the other (notably at paras. 68, 69 and 111). It is thus hardly surprising that no intermittent conditional sentences of imprisonment — an anomalous notion at best — have been brought to our attention.

[14] Moreover, contrary to the appellant's submission, "imprisonment" in the phrases "sentence of imprisonment" and "term of imprisonment" does not bear a uniform meaning for all purposes of the *Criminal Code*. In several instances, these terms necessarily contemplate incarceration. Section 718.2(e), mentioned by the parties, is hardly the sole example. Section 732(1) must itself be taken as another since, as we have already seen, s. 732(1) refers explicitly to "confinement during the period that the sentence is being served" and "release from prison after completing the intermittent sentence".

[15] Likewise, s. 719(4) provides that "a term of imprisonment . . . commences . . . on the day on which the convicted person is arrested and taken into custody under the sentence". Section 719(5) is framed in analogous terms. Manifestly, conditional sentences of imprisonment are not terms of imprisonment within the meaning of either provision. The same is true of s. 743.3, which provides that "[a] sentence of imprisonment shall be served in accordance with the enactments and rules that govern the institution to which the prisoner is sentenced". Here again, a conditional sentence can hardly be characterized as a "sentence of imprisonment" within the meaning of the provision.

[16] Section 742.7(1) is yet another instance where the *Criminal Code* speaks of imprisonment in a manner that can hardly include conditional sentences. A finding that it does would mean that a conditional sentence of imprisonment is suspended if, while it is being served, the offender receives a second conditional sentence of

les objectifs de détermination de la peine qui ont amené le juge du procès à infliger des peines avec sursis pour deux infractions et une peine discontinuée pour l'autre (notamment aux par. 68, 69 et 111 de ses motifs). Il n'est donc pas étonnant qu'aucun exemple de peine discontinuée d'emprisonnement avec sursis — une notion pour le moins inusitée — n'ait été porté à notre attention.

[14] De plus, contrairement à ce que fait valoir l'appelant, le mot « emprisonnement » dans les termes « peine d'emprisonnement » et « période d'emprisonnement » n'est pas toujours employé dans le même sens, toutes fins confondues, dans le *Code criminel*. Dans plusieurs cas, ces termes supposent nécessairement l'incarcération. L'alinéa 718.2(e), qu'invoquent les parties, est loin d'être le seul exemple. Le paragraphe 732(1) lui-même en constitue un autre puisque, nous l'avons vu, il renvoie expressément à la « période où [le délinquant] purge sa peine hors de la prison » et à sa « sortie de prison » une fois purgée la peine discontinuée.

[15] De même, le par. 719(4) prévoit qu'une « période d'emprisonnement [. . .] commence à courir [. . .] à la date où la personne déclarée coupable est arrêtée et mise sous garde aux termes de la sentence ». Le paragraphe 719(5) est rédigé de façon similaire. La peine d'emprisonnement avec sursis n'est manifestement pas une période d'emprisonnement au sens de l'une ou l'autre de ces dispositions. Cela vaut aussi pour l'art. 743.3, qui dispose qu'« [u]ne peine d'emprisonnement est purgée conformément aux dispositions et règles qui régissent l'établissement où le prisonnier doit purger sa peine ». Là encore, la peine avec sursis peut difficilement être qualifiée de « peine d'emprisonnement » au sens de cette disposition.

[16] Le paragraphe 742.7(1) est une autre disposition du *Code criminel* renvoyant à l'emprisonnement de telle manière qu'il ne saurait englober la peine avec sursis. La conclusion contraire signifierait que la peine d'emprisonnement avec sursis est suspendue lorsque, pendant qu'il la purge, le délinquant se voit infliger une deuxième peine

imprisonment. This can hardly be what Parliament intended.

[17] On the contrary, reading s. 742.7 as a whole, I think it obvious that Parliament has drawn a clear and sharp distinction in that section between a conditional sentence being served in the community, and a custodial period served for breach of a conditional sentence order. Where an offender is ordered under s. 742.6 of the *Code* to serve all or part of an unexpired conditional sentence in custody, this custodial period is explicitly treated in s. 742.7(3) as imprisonment for the purposes of s. 139 of the *CCRA*; the rest of the conditional sentence, served in the community, is not. If s. 139 were intended to apply to conditional sentences, s. 742.7(3) would be entirely superfluous. At the very least, it is clear in this light that s. 139 applies to conditional sentences only if they result in incarceration — and, even then, only to the custodial period. The conditional sentences in this case involve no custody at all.

[18] I am of course aware that the Court, in holding that “imprisonment” in s. 718.2(e) signifies “incarceration”, referred to the difference between the English and French versions of the *Code*: see *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 95. As pointed out at the hearing of this appeal, however, a purposive and contextual reading of s. 718.2(e) would necessarily have arrived at the same result in the absence of the mentioned linguistic inconsistency. As Justice Cromwell recognizes at para. 87 of his reasons, “reading the term ‘imprisonment’ in s. 718.2(e) as including a conditional sentence was exactly contrary to the obvious legislative intent” of Parliament in creating conditional sentences as an alternative to incarceration.

[19] And there is no conflict *at all* between the English and French versions in *any* of the other examples I have identified. Yet in every instance mentioned, “imprisonment” necessarily refers to “incarceration” — and not to conditional sentences served in the community.

d’emprisonnement avec sursis. Ce n’est certainement pas l’intention du législateur.

[17] Il ressort au contraire de l’art. 742.7 considéré dans son ensemble que le législateur y établit une distinction claire et nette entre la peine avec sursis purgée dans la collectivité et la période de détention purgée par suite du non-respect d’une ordonnance de sursis. Lorsque, en vertu de l’art. 742.6 du *Code*, le tribunal ordonne que la peine qui reste à courir soit purgée en totalité ou en partie en prison, cette période de détention est explicitement considérée comme un emprisonnement au par. 742.7(3) pour l’application de l’art. 139 de la *LSCMLSC*; le reste de la peine avec sursis, purgée dans la collectivité, ne l’est pas. Si l’article 139 devait s’appliquer à la peine avec sursis, le par. 742.7(3) serait parfaitement inutile. Il s’ensuit à tout le moins que l’art. 139 ne s’applique qu’à la peine avec sursis qui donne lieu à l’incarcération — et, même alors, seulement à la période de détention. En l’espèce, les peines avec sursis n’entraînent aucune détention.

[18] Notre Cour a évidemment statué que le mot « *imprisonment* » (« emprisonnement ») employé en anglais à l’al. 718.2(e) du *Code* signifie « *incarceration* » (« incarcération ») au vu de la différence entre les versions française et anglaise de la disposition : voir l’arrêt *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 95. Toutefois, comme on l’a signalé à l’audition du présent pourvoi, s’il n’y avait pas eu d’incompatibilité linguistique, l’interprétation téléologique et contextuelle de l’al. 718.2(e) aurait nécessairement mené au même résultat. Le juge Cromwell reconnaît au par. 87 de ses motifs qu’« interpréter le terme “*imprisonment*” employé à l’al. 718.2(e) comme incluant la peine avec sursis allait tout à fait à l’encontre de l’intention manifeste » du législateur de créer des peines avec sursis pouvant se substituer à l’incarcération.

[19] De plus, les versions française et anglaise de *toutes* les autres dispositions que j’invoque précédemment sont exemptes de contradiction. Pourtant, dans chacune d’elles, le terme « emprisonnement » (« *imprisonment* », en anglais) est nécessairement employé au sens d’« incarcération » — et non de peine avec sursis purgée dans la collectivité.

III

[20] Justice Cromwell has introduced in his reasons a “critical” distinction (at para. 70) that appears to resurrect the Court’s rejection, with respect to conditional sentences specifically, of a “two-step” sentencing process: *Proulx*. Chief Justice Lamer, speaking for the Court, explained (at para. 52) that:

This two-step process does not correspond to the reality of sentencing. In practice, the determination of a term of imprisonment is necessarily intertwined with the decision of where the offender will serve the sentence. A judge does not impose a fixed sentence of “x months” in the abstract, without having in mind where that sentence will be served Furthermore, when a conditional sentence is chosen, its duration will depend on the type of conditions imposed. Therefore, the duration of the sentence should not be determined separately from the determination of its venue. [Emphasis added; citations omitted.]

[21] I have four brief comments regarding Justice Cromwell’s proposed distinction between a sentence and the manner in which it is to be served.

[22] First, this distinction was never raised by either the appellant or the Crown, nor considered by any court at any stage of the proceedings below. It is not mentioned at all in the factum of either party or the authorities they have cited, and was not referred to, explicitly or implicitly, by counsel before us — or by the Court — at the hearing of the appeal.

[23] Second, my colleague (at paras. 93 and 94) cites the reference to “the institution to which the prisoner is sentenced” in s. 743.3 of the *Code* as an example of qualifying language sufficient to indicate that “sentence of imprisonment” in that provision refers to custodial sentences only. If this is correct, as I believe it is, it can hardly be said that the references in s. 732(1)(b) to “confinement” and “release from prison” do not qualify the term “sentence of imprisonment” in precisely the same way. On my colleague’s own hypothesis, it follows that Parliament *has* qualified the term “sentence of imprisonment” in s. 732(1) to

III

[20] Le juge Cromwell dit au par. 70 de ses motifs qu’une distinction « s’impose », une distinction qui paraît ramener, relativement à la peine avec sursis, la démarche « en deux étapes » que notre Cour a expressément écartée dans l’arrêt *Proulx* en matière de détermination de la peine. Au nom de la Cour, le juge en chef Lamer avait expliqué (par. 52) :

Cette démarche en deux étapes ne correspond pas à la réalité de la détermination des peines. En pratique, la détermination de la durée d’une peine d’emprisonnement et la détermination du lieu où elle sera purgée par le délinquant sont inextricablement liées. Le juge n’inflige pas un emprisonnement de « x mois » dans l’abstrait, sans se demander où cette peine sera purgée [. . .] De plus, lorsque le tribunal opte pour l’emprisonnement avec sursis, sa durée dépend du genre de conditions dont elle est assortie. La durée de la peine ne peut donc pas être déterminée indépendamment du lieu où celle-ci sera purgée. [Je souligne; renvois omis.]

[21] Je formulerai quatre brèves remarques concernant la distinction proposée par le juge Cromwell entre la peine et son mode d’exécution.

[22] Premièrement, cette distinction n’a jamais été invoquée par l’appelant ou l’intimée, et elle n’a pas non plus été considérée à quelque étape de l’instance par les tribunaux inférieurs. Nulle mention n’en est faite dans les mémoires des parties ou dans les sources qu’elles citent. Ni les avocats ni la Cour n’en ont fait état expressément ou non à l’audition du pourvoi.

[23] Deuxièmement, aux par. 93 et 94 de ses motifs, le juge Cromwell renvoie à l’expression « l’établissement où le prisonnier doit purger sa peine » figurant à l’art. 743.3 du *Code*. Il y voit un exemple de limitation du sens indiquant que, dans cette disposition, « peine d’emprisonnement » s’entend uniquement d’une peine de détention. Si, comme je le crois, cela est juste, on peut difficilement affirmer qu’à l’al. 732(1)b), les expressions « hors de la prison » et « sortie de prison » ne circonscrivent pas les termes « emprisonnement » ou « peine d’emprisonnement » exactement de la même manière. Il s’ensuit, sur le fondement même

make clear that it contemplates custodial sentences only.

[24] Third, the proposed distinction is entirely academic in the context of this appeal, where the issue is whether a conditional sentence is a sentence of imprisonment within the meaning of s. 732(1) of the *Criminal Code*. Justice Cromwell agrees that a conditional sentence cannot be served intermittently. He nonetheless finds that “sentence of imprisonment” in s. 732(1) refers to both custodial and conditional sentences. My colleague rests this conclusion on his proposed distinction between a sentence of imprisonment and the manner in which it is served. But this distinction hardly explains why “sentence of imprisonment” in s. 732(1) — which concerns custodial sentences, since only custodial sentences *can be served intermittently* — refers to both custodial *and* conditional sentences.

[25] Finally, it is evident from the terms of the provision and from its very nature that s. 732(1) permits — and governs — the imposition of custodial terms of imprisonment, which alone may be served intermittently. This is apparent not only from the words “confinement” and “prison” that appear in s. 732(1), but also from the English and French versions of s. 732(2), read harmoniously.

[26] Section 732(2) provides:

(2) An offender who is ordered to serve a sentence of imprisonment intermittently may, on giving notice to the prosecutor, apply to the court that imposed the sentence to allow it to be served on consecutive days.

(2) À la condition d'en informer au préalable le poursuivant, le délinquant qui purge une peine à exécution discontinue peut demander au tribunal qui a infligé la peine de lui permettre de la purger de façon continue.

[27] As we can see, “sentence of imprisonment” in the English version of s. 732(2) appears in the French version as “*une peine à exécution discontinue*”. Reading both versions together, it seems

de l'hypothèse de mon collègue, que le législateur a circonscrit le sens du mot « emprisonnement » employé au par. 732(1) pour qu'il s'entende clairement de la seule peine de détention.

[24] Troisièmement, la distinction proposée est totalement théorique dans le cadre du présent pourvoi, la question à trancher étant celle de savoir si une peine avec sursis constitue un « emprisonnement » au sens du par. 732(1) du *Code criminel*. Le juge Cromwell convient que la peine avec sursis ne peut être purgée de façon discontinue. Il conclut néanmoins que le terme « emprisonnement » employé au par. 732(1) renvoie tant à la peine de détention qu'à la peine avec sursis. Il invoque à l'appui la distinction qu'il met de l'avant entre la peine d'emprisonnement et la manière dont elle est purgée. Or, cette distinction n'explique en rien pourquoi l'« emprisonnement » au sens du par. 732(1) — qui vise la peine de détention, la seule *pouvant être purgée de façon discontinue* — renvoie à la peine de détention *et* à la peine avec sursis.

[25] Enfin, il appert de son libellé et de sa nature mêmes que cette disposition permet — et régit — l'infliction de peines de détention, qui seules peuvent être purgées de façon discontinue. C'est ce qui ressort non seulement de l'emploi du mot « prison » au par. 732(1), mais aussi des versions française et anglaise du par. 732(2) interprétées harmonieusement.

[26] Le paragraphe 732(2) dispose :

(2) À la condition d'en informer au préalable le poursuivant, le délinquant qui purge une peine à exécution discontinue peut demander au tribunal qui a infligé la peine de lui permettre de la purger de façon continue.

(2) An offender who is ordered to serve a sentence of imprisonment intermittently may, on giving notice to the prosecutor, apply to the court that imposed the sentence to allow it to be served on consecutive days.

[27] Comme on le voit, le terme « peine à exécution discontinue » employé dans la version française correspond en anglais à « *sentence of imprisonment* ». L'interprétation des deux versions

perfectly clear both from the terms used and from its legislative purpose that s. 732(2) contemplates custodial sentences only. Parliament can hardly have intended to provide that offenders serving conditional sentences can choose to serve those sentences either intermittently or on consecutive days.

[28] With respect, I would thus reject the distinction invoked by Justice Cromwell and would instead resolve the question that concerns us here on the textual, contextual and purposive basis outlined in these reasons. Interpreting s. 732(1) this way better conforms to the sentencing purposes and correctional objectives for which Parliament separately established intermittent and conditional sentences.

IV

[29] This brings me to s. 139 of the *CCRA*, considered purposively and in the context of this case. Section 139 is found in Part II of the Act, which deals with “Conditional Release, Detention and Long-Term Supervision”. *None of these matters have any application at all to conditional sentences*. Offenders subject to a conditional sentence order are not eligible for parole: *Proulx*, at para. 42. Nor are they in “detention” or under “long-term supervision” within the meaning of the *CCRA*.

[30] Moreover, when he received his conditional sentences, the appellant was “a person whose only sentence [was] a sentence being served intermittently pursuant to section 732 of the *Criminal Code*”. Section 99(1) of the *CCRA* excludes such persons from the definition of “offender” for the purposes of Part II of the Act — which of course contains s. 139(1). This alone, I should think, is sufficient to demonstrate that s. 139 of the *CCRA* is of no assistance whatever to the appellant in this case.

[31] It might be thought that s. 99(1) does not apply to s. 139(1), since s. 139(1) refers to a “person” serving a sentence and does not use the word “offender”.

considérées de pair révèle clairement, au vu des termes qui y sont employés et de l’objectif législatif qui le sous-tend, que le par. 732(2) ne vise que les peines de détention. Le législateur ne saurait avoir voulu que le délinquant purgeant une peine avec sursis puisse choisir de le faire de façon discontinue ou continue.

[28] Avec égards, je suis donc d’avis d’écarter la distinction mise de l’avant par le juge Cromwell et de plutôt trancher la question en litige sur le fondement de l’interprétation textuelle, contextuelle et téléologique à laquelle je me livre dans les présents motifs. Pareille interprétation du par. 732(1) est davantage compatible avec les principes correctionnels et de détermination de la peine en fonction desquels le législateur a établi, d’une part, la peine discontinue et, d’autre part, la peine avec sursis.

IV

[29] J’examine maintenant l’art. 139 de la *LSCMLSC* sous l’angle de son objet et du contexte de l’espèce. Il figure à la partie II de la Loi intitulée « Mise en liberté sous condition, maintien en incarcération et surveillance de longue durée ». *Aucune de ces mesures ne touche de quelque façon la peine avec sursis*. Le délinquant condamné à une peine avec sursis n’a pas droit à la libération conditionnelle (*Proulx*, par. 42). Il n’est pas non plus « incarcéré » ou soumis à une « surveillance de longue durée » au sens de la *LSCMLSC*.

[30] En outre, lorsqu’il a été condamné aux peines avec sursis, l’appelant était une « personne qui, en application de l’article 732 du *Code criminel*, purge[ait] une peine de façon discontinue ». Or, le paragraphe 99(1) de la *LSCMLSC* prévoit qu’une telle personne n’est pas un « délinquant » pour l’application de la partie II de la Loi, où se trouve bien sûr le par. 139(1). Ce seul élément montre bien, selon moi, que le par. 139 de la *LSCMLSC* n’étaye aucunement la thèse de l’appelant.

[31] On pourrait penser que le par. 99(1) ne s’applique pas au par. 139(1) parce que celui-ci renvoie à l’« individu », et non au « délinquant », qui purge

In virtue of s. 99(1), however, a “person” serving a sentence *is* an “offender” — that is what “offender” means. This is evident from the use of the term “offender” in ss. 120.2(1), 130(3.2) and 130(3.3) of the *CCRA* to refer to the “person” to whom s. 139(1) applies. And it is not without interest that s. 732 of the *Criminal Code* uses the words “person” and “offender” interchangeably.

[32] Quite apart from this exclusionary definition of offender, a purposive interpretation of s. 139(1) also militates against its application here. The object of the provision was well explained by the Director General of Corrections in the Department of the Solicitor General of Canada when the current s. 139(1) was being considered by the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs:

So-called “sentence calculation” is a bit of a misnomer. It refers to the way we calculate parole eligibility dates rather than sentences themselves, something which we found necessary given the multiple sentences that form an infinite combination of sentences, both concurrent and consecutive.

To deal with the complexity of sentences and the calculation of eligibility dates that allow us to administer sentences in a rational way, the technique of sentence-merging was developed to establish a single set of eligibility dates on the total prison term comprised of however many sentences. To do that, the Corrections and Conditional Release Act, or *CCRA*, provides for all sentences to be merged into a single term.

(Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, Issue No. 68, 1st Sess., 35th Parl., November 30, 1995, at pp. 68:4 and 68:6 (emphasis added))

[33] In this regard, reference may be had as well to *R. v. Carrignan* (2003), 172 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), where, after considering the purpose and legislative history of s. 139 of the *CCRA* and its

une peine. Au paragraphe 99(1), toutefois, l’« individu » purgeant une peine *est* un « délinquant »; c’est là le sens du mot « délinquant ». Cela ressort de l’emploi du mot « délinquant » aux par. 120.2(1), 130(3.2) et 130(3.3) de la *LSCMLSC* pour renvoyer à l’« individu » auquel s’applique le par. 139(1). Mentionnons aussi que, dans sa version anglaise, l’art. 732 du *Code criminel* emploie indifféremment les mots « offender » (« délinquant ») et « person » (« individu »).

[32] Abstraction faite du caractère limitatif de la définition du mot « délinquant », l’interprétation téléologique du par. 139(1) milite aussi contre son application dans la présente affaire. Lors de l’examen de l’actuel par. 139(1) par le Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, le directeur général des Affaires correctionnelles du ministère du Solliciteur général du Canada a bien expliqué l’objet de la disposition :

L’expression « calcul de la peine » n’est pas tout à fait juste. Il s’agit de la manière dont nous calculons la date d’admissibilité à la libération conditionnelle plutôt que les peines comme telles. Ce calcul s’est avéré nécessaire en raison des multiples sentences dont peut être frappé un délinquant, à la fois concurrentes et consécutives.

Pour régler le problème de la complexité des peines et du calcul des dates d’admissibilité qui permettent d’appliquer les sentences de manière rationnelle, on en est arrivé à fusionner les peines afin d’établir une série unique de dates d’admissibilité pour toute la période d’incarcération, sans égard au nombre de peines à purger. À cette fin, la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition prévoit la fusion de toutes les peines en une seule période d’incarcération.

(Délibérations du comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, fascicule n° 68, 1^{re} sess., 35^e lég., 30 novembre 1995, p. 68:4 et 68:6 (je souligne))

[33] À cet égard, on peut également considérer l’arrêt *R. c. Carrignan* (2003), 172 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), où, après s’être penchée sur l’objet et l’historique législatif de l’art. 139 de la *LSCMLSC*

predecessors, Cronk J.A. (Catzman J.A. concurring) concluded:

Accordingly, the historical antecedents of s. 139 of the *CCRA* confirm, as urged by the *amicus curiae* in this case, that the device of sentence merger was intended to facilitate sentence calculation for sentence administration purposes. As emphasized by the then Solicitor General of Canada in 1995, it was not intended to “change the way consecutive and concurrent sentences work together”. [para. 36]

And again:

In my view, the combined effect of ss. 139(1) and (2) of the *CCRA* in connection with consecutive sentences is to ensure, for parole eligibility purposes, that the term of imprisonment of each consecutive sentence is totalled and parole eligibility is calculated based on the total term of the merged sentence. The intent and ambit of the sections are directed to that outcome, and to no broader purpose. [para. 49]

(Emphasis added in both paragraphs.)

[34] In short, Parliament enacted s. 139 to simplify the calculation of multiple custodial sentences in order to facilitate the administration of parole and statutory remission. Thus understood, s. 139(1) is inapplicable to a conditional sentence served in the community which — as the Court held in *Proulx* — is not “subject to reduction through parole” (para. 42).

[35] Justice Cromwell mentions (at para. 103) that “the parties were not in disagreement about the effect of this provision and their arguments were premised on its application to conditional sentences”. In fact, neither the appellant nor the respondent mentioned s. 139 *at all* in either their written or oral submissions in this Court. Their arguments turned instead on whether a conditional sentence is a “sentence of imprisonment” within the meaning of s. 732(1). The appellant argued that it is; the respondent, that it is not. As I have already made plain, I agree with the respondent and, in my view, that alone is sufficient to dispose of the appeal.

et des dispositions qu’il a remplacées, la juge Cronk (avec l’accord du juge Catzman) a conclu :

[TRADUCTION] L’historique législatif de l’art. 139 de la *LSCMLSC* confirme donc la prétention de l’*amicus curiae* en l’espèce, à savoir que le mécanisme de la fusion des peines visait à faciliter leur calcul aux fins de leur administration. Comme l’a fait valoir le solliciteur général en fonction en 1995, l’objectif n’était pas de changer le « calcul des peines consécutives et concurrentes à purger ». [par. 36]

Puis, elle a ajouté :

À mon sens, l’effet combiné des par. 139(1) et (2) de la *LSCMLSC* en liaison avec les peines consécutives est de totaliser, aux fins de l’admissibilité à la libération conditionnelle, les périodes d’emprisonnement correspondant à toutes les peines consécutives, de sorte que l’admissibilité à la libération conditionnelle soit déterminée en fonction de la durée totale des peines fusionnées. L’intention sous-jacente à ces dispositions et leur portée tendent vers ce résultat, et non vers la réalisation d’un objectif plus large. [par. 49]

(Je souligne dans les deux paragraphes.)

[34] En somme, le législateur a adopté l’art. 139 pour simplifier le calcul de la durée des peines de détention multiples afin de faciliter l’application du régime de libération conditionnelle et de réduction légale de peine. Interprété de la sorte, le par. 139(1) ne s’applique pas à la peine avec sursis purgée dans la collectivité qui — comme l’a conclu la Cour dans l’arrêt *Proulx* — « n’ouvre droit à aucune réduction de peine par voie de libération conditionnelle » (par. 42).

[35] Le juge Cromwell signale au par. 103 de ses motifs que « les parties ne sont pas en désaccord quant à l’incidence de cette disposition, et leurs plaidoiries supposent son application à la peine avec sursis ». Or, ni l’appellant ni l’intimée n’ont *jamais* invoqué l’art. 139 dans l’argumentation orale ou écrite qu’ils ont présentée à la Cour. Ils se sont plutôt attachés à la question de savoir si une peine avec sursis constitue un « emprisonnement » au sens du par. 732(1). L’appellant a fait valoir que tel est le cas, et l’intimée a soutenu le contraire. Comme je l’ai déjà clairement exprimé, je fais mienne la thèse de l’intimée et, à mon sens, cela suffit pour statuer sur le pourvoi.

V

[36] In this case, the trial judge pronounced the intermittent sentence before the conditional sentences. The Court of Appeal held that both the intermittent and conditional sentences were entirely legal, but that the appellant was nonetheless required, in virtue of s. 732(3), to serve the intermittent sentence on consecutive days, rather than intermittently, as ordered moments earlier by the trial judge.

[37] Section 732(3) provides:

(3) Where a court imposes a sentence of imprisonment on a person who is subject to an intermittent sentence in respect of another offence, the unexpired portion of the intermittent sentence shall be served on consecutive days unless the court otherwise orders.

[38] Justice Cromwell concludes that the Court of Appeal erred in finding that the trial judge did not “otherwise orde[r]”, within the meaning of s. 732(3). Not only were the intermittent and conditional sentences handed down by the same judge on the same day in a single set of reasons, but the trial judge also made clear his intention that the intermittent sentence be served intermittently, notwithstanding the conditional sentences imposed on the other counts. The reasons of the trial judge would thus satisfy the requirement of s. 732(3) to “otherwise orde[r]” — *if s. 732(3) applied, as a matter of law, to conditional sentences.*

[39] I agree with the Crown that it does not. A purposive and contextual reading of “sentence of imprisonment” in s. 732(3) makes clear that it does not contemplate conditional sentences at all. As Sinclair J. observed in *R. v. Vajdl*, 2004 MBQB 167, 186 Man. R. (2d) 149, at para. 11:

Clearly, it must have been the intention of Parliament that an intermittent sentence should not be converted to straight time upon the imposition of a conditional sentence. The intent of an intermittent sentence and a conditional sentence are the same — to allow the accused

V

[36] Dans la présente affaire, le juge du procès a infligé la peine discontinuée peu avant les peines avec sursis. La Cour d’appel a statué que les trois étaient parfaitement légales, mais que l’appelant devait néanmoins, en raison du par. 732(3), purger la première de manière continue, et non de façon discontinuée comme l’avait ordonné le juge du procès.

[37] Voici le texte du par. 732(3) :

(3) Lorsque le tribunal inflige une peine d’emprisonnement au délinquant purgeant déjà une peine discontinuée pour une autre infraction, la partie non purgée de cette peine est, sous réserve d’une ordonnance du tribunal au contraire, purgée de façon continue.

[38] Le juge Cromwell estime que la Cour d’appel a eu tort de conclure qu’il n’y avait pas eu d’« ordonnance du tribunal au contraire » au sens de cette disposition. Non seulement les peines discontinuées et avec sursis ont été prononcées par le même juge, le même jour, dans un énoncé unique des motifs, mais le juge du procès a également signifié sans équivoque son intention que la peine discontinuée soit purgée de façon discontinuée malgré les peines avec sursis infligées pour les autres infractions. Les motifs du juge constitueraient donc une « ordonnance du tribunal au contraire » au sens du par. 732(3) *si ce dernier s’appliquait en droit à la peine avec sursis.*

[39] Je conviens avec le ministère public qu’il ne s’y applique pas. Il ressort de l’interprétation téléologique et contextuelle du terme « peine d’emprisonnement » employé au par. 732(3) que la peine avec sursis n’est pas du tout visée. Dans la décision *R. c. Vajdl*, 2004 MBQB 167, 186 Man. R. (2d) 149, le juge Sinclair a fait observer ce qui suit au par. 11 :

[TRADUCTION] De toute évidence, le législateur a voulu que la peine discontinuée ne soit pas transformée en peine continue dès l’infliction d’une peine avec sursis. L’objectif tant de la peine discontinuée que de la peine avec sursis est de permettre à

to serve his sentence in the community to the fullest extent possible.

In short, a conditional sentence is not a “sentence of imprisonment” within the meaning of s. 732(1), (2) or (3).

[40] As a matter of principle, I agree with Justice Cromwell that nothing in this appeal should turn on the order in which the sentences were pronounced. But this hardly favours the appellant’s case. On the appellant’s view, a 90-day intermittent sentence can be rendered illegal by the imposition in its final hours of another sentence of imprisonment (conditional or otherwise) of more than a single day. The intermittent sentence, legal when imposed and final for all legal purposes (never having been set aside on appeal), would in this example be almost entirely served, yet retroactively invalidated by a subsequent sentence for a different offence. Any different sequence of sentences leading to the same result would produce equally absurd effects, contrary to the “well established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce absurd consequences” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 27).

VI

[41] Finally, a brief word regarding the four decisions cited by Justice Cromwell in support of the proposition that “it is the total length of the merged sentences that governs eligibility for an intermittent sentence” (para. 76) (*R. v. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221 (Ont. C.A.); *R. v. Aubin* (1992), 72 C.C.C. (3d) 189 (Que. C.A.); *R. v. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL) (C.A.); and *R. v. Drost* (1996), 172 N.B.R. (2d) 67 (C.A.)).

[42] First, these decisions did not deal at all with the issue that concerns us here: none of them held that a 90-day intermittent sentence is rendered illegal by a contemporaneous or subsequent conditional sentence of any duration. All four cases, unlike the present matter, concerned consecutive custodial sentences cumulatively exceeding the 90-day limit for intermittent sentences established by s. 732(1) or its antecedents. None mentioned

l’accusé de purger sa peine le plus possible dans la collectivité.

En résumé, la peine avec sursis n’est pas un « emprisonnement » aux fins des par. 732(1), (2) et (3).

[40] Sur le plan des principes, je conviens avec le juge Cromwell que l’issue du pourvoi ne doit aucunement dépendre de l’ordre dans lequel les peines ont été prononcées. Mais cela n’aide guère l’appelant, selon qui une peine discontinue de 90 jours peut être rendue illégale par l’infliction, à la toute fin de son exécution, d’une autre peine (avec sursis ou non) de plus d’un jour d’emprisonnement. La peine discontinue, légale au départ et définitive à toutes fins que de droit (n’ayant jamais été annulée en appel) serait alors presque entièrement purgée, mais invalidée néanmoins rétroactivement par une peine subséquente infligée pour une autre infraction. Si on arrivait au même résultat en infligeant des peines dans un ordre différent, les conséquences seraient aussi absurdes, contrairement au « principe bien établi en matière d’interprétation législative [selon lequel] le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 27).

VI

[41] Enfin, j’examine brièvement les quatre arrêts auxquels se réfère le juge Cromwell pour affirmer que « c’est la durée totale des peines qui régit l’admissibilité à l’exécution discontinue » (par. 76) (*R. c. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221 (C.A. Ont.); *R. c. Aubin*, [1992] J.Q. n° 239 (QL) (C.A.); *R. c. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL) (C.A.); *R. c. Drost* (1996), 172 R.N.-B. (2^e) 67 (C.A.)).

[42] Premièrement, ces arrêts ne portent pas du tout sur la question dont nous sommes saisis en l’espèce : aucun ne statue qu’une peine discontinue de 90 jours est rendue illégale par une peine avec sursis infligée en même temps ou subséquentement, quelle qu’en soit la durée. Ces quatre arrêts, contrairement au présent pourvoi, ont trait à des peines de détention consécutives dont la durée totale excède la limite de 90 jours fixée pour l’exécution

the exclusionary definition of offender set out in s. 99(1) of the *CCRA*, or its equivalent in predecessor statutes. Thus, for example, s. 2 of the *Parole Act*, R.S.C. 1985, c. P-2, defined “inmate” (“offender” in Part II of the *CCRA*) to exclude persons serving intermittent sentences. And while all four decisions did rely on s. 139(1) or its predecessors in striking down consecutive intermittent custodial sentences exceeding 90 days, this result was otherwise inevitable on a purposive and principled application of s. 732(1) of the *Criminal Code*.

[43] That is the approach I propose here. It is entirely compatible with the result reached in the four cases mentioned above and with the three others mentioned by my colleague at para. 76 of his reasons (*R. v. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. v. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. v. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] Q.J. No. 2821 (QL)). None of these cases held that a conditional sentence is a sentence of imprisonment within the meaning of s. 732 of the *Criminal Code*. Moreover, nothing I have said here has the effect of overruling any of the decisions mentioned by my colleague, in the sense of declaring any one of them to have been wrongly decided. On the contrary, I believe that the court reached the correct conclusion in all seven instances.

[44] I shall presently explain why this is true of the *Fletcher* line of cases. By analogy, the same is true of *Frechette*, *Squibb* and *Robert*: chaining conditional sentences that equal or exceed two years in the aggregate effectively transforms a penitentiary sentence into a series of sentences to be served in the community. A purposive reading of s. 742.1 of the *Criminal Code* prohibits this result: see *Proulx*, at para. 55. I thus find it hardly surprising that the Alberta Court of Appeal, since *Frechette*, *Squibb* and *Robert* were decided, arrived at the same result on a purposive interpretation of s. 742.1 — while expressly “question[ing] whether s. 139 of the *Corrections and Conditional Release Act* may

discontinue au par. 732(1) ou par les dispositions qu’il a remplacées. Aucun ne renvoie à la définition limitative du mot « délinquant » au par. 99(1) de la *LSCMLSC* ou à celle figurant dans les lois antérieures. Ainsi, par exemple, l’art. 2 de la *Loi sur la libération conditionnelle*, L.R.C. 1985, ch. P-2, définissait le « détenu » (le « délinquant » de la partie II de la *LSCMLSC*) comme un individu purgeant une autre peine qu’une peine discontinue. Bien que dans les quatre cas le tribunal s’appuie sur le par. 139(1) ou les dispositions qu’il a remplacées pour annuler des peines de détention consécutives de plus de 90 jours purgées de façon discontinue, l’interprétation téléologique et raisonnée du par. 732(1) du *Code criminel* rendait par ailleurs ce résultat inéluctable.

[43] Telle est l’interprétation que je préconise en l’espèce. Elle est parfaitement compatible avec les conclusions tirées dans ces quatre arrêts ainsi que dans les trois autres cités par mon collègue le juge Cromwell au par. 76 de ses motifs (*R. c. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. c. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. c. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] J.Q. n° 2821 (QL)). Dans aucune de ces décisions le tribunal n’a statué qu’une peine avec sursis est un emprisonnement au sens de l’art. 732 du *Code criminel*. En outre, les propos que je tiens en l’espèce n’ont pas du tout pour effet d’infirmier quelque décision citée par mon collègue au sens de la déclarer non fondée. J’estime que le tribunal est arrivé au bon résultat dans les sept cas.

[44] Je vais expliquer plus loin pourquoi il en est ainsi de l’arrêt *Fletcher* et de ceux qui l’ont suivi. Par analogie, la même chose vaut pour *Frechette*, *Squibb* et *Robert* : la juxtaposition de peines avec sursis dont la durée totale est égale ou supérieure à deux ans transforme effectivement une peine d’emprisonnement dans un pénitencier en une série de peines purgées dans la collectivité. Une interprétation téléologique de l’art. 742.1 du *Code criminel* fait obstacle à une telle issue : voir l’arrêt *Proulx*, par. 55. Il me paraît donc peu étonnant que depuis *Frechette*, *Squibb* et *Robert*, la Cour d’appel de l’Alberta soit arrivée à la même conclusion à l’issue d’une interprétation téléologique

be relied upon to regulate the granting of conditional sentences, as was suggested in *Frechette*”: *R. v. Lyver*, 2007 ABCA 369, 229 C.C.C. (3d) 535, at para. 11.

[45] *Fletcher* and its progeny would have arrived at the same result even in the absence of a provision similar to s. 139 of the *CCRA*, because the chaining of intermittent sentences beyond the 90-day limit established by Parliament defeats the very object of s. 732(1) and disregards the correctional principles that it was meant to serve. Intermittent sentences strike a legislative balance between the denunciatory and deterrent functions of “real jail time” and the rehabilitative functions of preserving the offender’s employment, family relationships and responsibilities, and obligations to the community.

[46] That balance cannot be sustained indefinitely. Parliament has therefore fixed its duration at a reasonable limit of 90 days. Beyond that limit, intermittent sentences lose their purpose: the recurring “taste of jail” becomes disproportionately punitive as a deterrent and counter-productive as a rehabilitative and correctional alternative to continuous terms of imprisonment.

[47] It has not been suggested, on the other hand, that the combination of an intermittent and a conditional sentence — even when their aggregate duration exceeds 90 days — is similarly objectionable on any ground of correctional policy, or inconsistent with the sentencing principles enacted by Parliament in the governing sections of the *Criminal Code*.

[48] On the contrary, it is conceded that their combination in this case served the purposes of both intermittent and conditional sentences. This fit combination of sentences harmonizes the differing correctional advantages of conditional and intermittent sentences, while respecting the letter and the spirit of the provisions of the *Criminal*

de l’art. 742.1 — en se demandant expressément [TRADUCTION] « si l’art. 139 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* peut être invoqué pour déterminer le droit au sursis d’exécution, comme on l’a laissé entendre dans *Frechette* » (*R. c. Lyver*, 2007 ABCA 369, 229 C.C.C. (3d) 535, par. 11).

[45] Dans l’arrêt *Fletcher* et ceux rendus dans sa foulée, le résultat aurait été identique même en l’absence d’une disposition équivalente à l’art. 139 de la *LSCMLSC*, car l’infliction d’une série de peines discontinues dépassant la limite de 90 jours fixée par le législateur contrecarre précisément l’objet du par. 732(1) et fait fi des principes correctionnels qui le sous-tendent. La peine discontinue établit un équilibre législatif entre la fonction de réprobation et de dissuasion du temps réellement passé en prison et celle de la réadaptation qui se traduit par la préservation de l’emploi du délinquant, de ses liens familiaux, ainsi que de ses obligations envers sa famille et la collectivité.

[46] Cet équilibre ne peut être maintenu indéfiniment. Le législateur a donc fixé la limite à 90 jours. Au-delà de cette limite raisonnable, la peine discontinue perd sa raison d’être : le « saut en prison » périodique devient indûment punitif sur le plan de la dissuasion et inefficace comme mesure de réadaptation et de correction censée se substituer à la peine d’emprisonnement purgée de façon continue.

[47] Par contre, aucune partie ne laisse entendre que la combinaison d’une peine discontinue et d’une peine avec sursis — même lorsque leur durée totale dépasse 90 jours — est également discutable au regard de quelque principe correctionnel ou incompatible avec les principes de détermination de la peine établis par le législateur dans les dispositions pertinentes du *Code criminel*.

[48] Au contraire, on reconnaît qu’en l’espèce, leur combinaison répondait à la fois aux objectifs de la peine discontinue et à ceux de la peine avec sursis. Cette judicieuse combinaison concilie les avantages respectifs de la peine avec sursis et de la peine discontinue sur le plan correctionnel tout en respectant le texte et l’esprit des dispositions du

Code dealing with both: R. v. Power (2003), 176 C.C.C. (3d) 209 (Ont. C.A.).

[49] In *Power*, the accused had received a 90-day intermittent sentence for one offence and, for another, a consecutive 18-month conditional sentence followed by probation. Both sentences were affirmed on appeal. After considering their distinct purposes and combined effect, Doherty J.A. (Rosenberg and Armstrong J.J.A. concurring) concluded that the sentences were appropriate and endorsed the trial judge's reasons for imposing them as "thorough and thoughtful" (para. 12).

[50] *Power* did not explicitly address the legality of the intermittent sentence affirmed in that case and is therefore of limited precedential value on that issue. But the legality of an impugned sentence is *always* before the court to which it has been appealed: In determining that a sentence is fit, the court implicitly confirms its legality.

[51] In this appeal, as in *Power* (at para. 12), "[t]he trial judge concluded, quite properly, that despite the positive features of the respondent's character and background, principles of deterrence and denunciation required a period of incarceration" on at least one of the charges. After careful consideration, the trial judge in this case, again as in *Power*, ordered that the custodial sentence be served intermittently.

[52] In my respectful view, the conclusion to which Justice Cromwell is driven by his reasons is incompatible with the sentencing objectives of the trial judge and unduly limits the discretion of other trial judges to craft, in future cases, equally fit and thoughtful sentences.

[53] I conclude by emphasizing that conditional and intermittent sentences have overlapping but distinct purposes. I have already dealt with the sentencing and correctional purposes of intermittent

Code criminel qui prévoient leur infliction : *R. c. Power* (2003), 176 C.C.C. (3d) 209 (C.A. Ont.).

[49] Dans l'arrêt *Power*, l'accusé avait été condamné à une peine discontinue de 90 jours pour une infraction et à une peine consécutive de 18 mois avec sursis pour une autre, le tout devant être suivi d'une période de probation. Les deux peines ont été confirmées en appel. Après examen de leurs objectifs distincts et de leur effet combiné, le juge Doherty (avec l'accord des juges Rosenberg et Armstrong) a conclu que les peines étaient appropriées et il a qualifié de [TRADUCTION] « minutieux et judicieux » les motifs du juge du procès s'y rapportant (par. 12).

[50] Cet arrêt ne porte pas expressément sur la légalité de la peine discontinue confirmée dans cette affaire, ce qui lui confère peu de valeur jurisprudentielle sur ce point. Or, le tribunal d'appel devant lequel une peine est contestée est *toujours* saisi de la question de la légalité de la sanction. La cour qui statue qu'une peine est convenable en confirme tacitement la légalité.

[51] Dans la présente espèce, comme dans l'affaire *Power*, [TRADUCTION] « le juge du procès a conclu, fort opportunément, que malgré les aspects positifs de la moralité de l'intimé et de ses antécédents, la dissuasion et la réprobation commandaient une période d'incarcération » pour au moins une des infractions (par. 12). Toujours comme dans *Power*, après avoir tout bien soupesé, il a ordonné que la peine de détention soit purgée de façon discontinue.

[52] Avec égards, la conclusion à laquelle le juge Cromwell arrive dans ses motifs est incompatible avec les objectifs qu'avait en l'espèce le juge du procès lorsqu'il a déterminé la peine et elle restreint indûment le pouvoir discrétionnaire du juge du procès en général de façonner une peine aussi appropriée et mûrement réfléchie.

[53] Je conclus en insistant sur le fait que la peine avec sursis et la peine discontinue ont des points en commun, mais des objectifs distincts. J'ai déjà fait état des objectifs de la peine discontinue sur le

sentences. With respect to conditional sentences, I am content simply to reiterate here this important passage from *Proulx* (at para. 41):

A conditional sentence may be as onerous as, or perhaps even more onerous than, a jail term, particularly in circumstances where the offender is forced to take responsibility for his or her actions and make reparations to both the victim and the community, all the while living in the community under tight controls.

This case illustrates how intermittent and conditional sentences can be effectively combined to take appropriate advantage of their complementary purposes — in full compliance with the statutory conditions by which they are respectively governed.

VII

[54] For all of these reasons, I would allow the appeal and affirm the sentences imposed by the trial judge.

The following are the reasons delivered by

[55] BINNIE J. — The narrow issue on this appeal is whether the trial judge could lawfully impose a 90-day sentence of imprisonment to be served by the appellant intermittently, together with concurrent conditional sentences of 18 months. Without entering into the debate between my colleagues Justices Fish and Cromwell on the scope and application of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, and other related issues, I would allow the appeal on a short ground, as will be seen, and affirm the lawfulness of the intermittent sentence imposed by the trial judge.

[56] The availability of the intermittent sentence depends on s. 732(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which provides in part as follows:

732. (1) Where the court imposes a sentence of imprisonment of ninety days or less on an offender . . . the court may, having regard to the age and character of the offender, . . . and the availability of appropriate

plan correctionnel et celui de la détermination de la peine. En ce qui concerne la peine avec sursis, je cite simplement le passage suivant de l'arrêt *Proulx* (par. 41) :

L'emprisonnement avec sursis peut s'avérer une peine aussi sévère, voire plus sévère que l'emprisonnement comme tel, particulièrement dans les cas où le délinquant est tenu d'assumer la responsabilité de ses actes et de réparer les torts qu'il a causés à la victime et à la collectivité, tout en vivant au sein de celle-ci et en étant assujéti à des mesures de contrôle serrées.

La présente affaire montre comment des peines discontinues et avec sursis peuvent être combinées pour tirer davantage de leurs objectifs complémentaires, et ce, en toute conformité avec leur cadre législatif respectif.

VII

[54] Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer les peines infligées par le juge du procès.

Version française des motifs rendus par

[55] LE JUGE BINNIE — La seule question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si le juge du procès pouvait légalement infliger à l'appelant une peine de 90 jours d'emprisonnement devant être purgée de façon discontinue et des peines concurrentes de 18 mois avec sursis. Sans m'immiscer dans le débat qui oppose mes collègues les juges Fish et Cromwell au sujet de la portée et de l'application de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, et d'autres questions connexes, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour un simple motif, exposé ci-après, et de confirmer la légalité de la peine discontinue infligée par le juge du procès.

[56] La possibilité d'infliger une peine discontinue est déterminée au par. 732(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui dispose en partie :

732. (1) Le tribunal qui [...] condamne [le délinquant] à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours [...] peut, compte tenu de l'âge et de la réputation du délinquant [...] et de la disponibilité

accommodation to ensure compliance with the sentence, order

(a) that the sentence be served intermittently at such times as are specified in the order; and

(b) that the offender comply with the conditions prescribed . . . during the period that the sentence is being served

[57] I agree with Cromwell J. that the text of the *Criminal Code* and this Court's jurisprudence make it clear that a *conditional sentence* of imprisonment is generally considered a "sentence of imprisonment" and therefore, at first blush, falls within the opening words of s. 732(1). It is imprisonment without incarceration. However, s. 732(1) provides an exceptional context because its application presupposes, in my view, that the "sentence of imprisonment", referred to therein, is *capable* of being served intermittently. Yet conditional sentences, in their nature, do not lend themselves to being served intermittently. On the face of it, therefore, s. 732(1) seems to have no application to the conditional sentences in this case.

[58] To address this difficulty, my colleague Cromwell J. distinguishes between the introductory reference in s. 732(1) to "a sentence of imprisonment", which he says includes a conditional sentence, and the other references in s. 732(1) to "the sentence" which he interprets as referring to a different *mode* of serving a sentence of imprisonment, i.e. intermittently rather than conditionally. I prefer a more straightforward reading of s. 732(1). I would hold that the "sentence of imprisonment" referred to in the opening words of s. 732(1) is the same sentence as "the sentence" also mentioned elsewhere in the subsection, including paras. (a) and (b). If the later references to "sentence" do not include a conditional sentence (as I believe to be the case) because a conditional sentence cannot be served intermittently, the opening reference to "a sentence" also excludes conditional sentences. Conditional sentences therefore do not get in the door of s. 732(1) and, on this view, there is no need to attribute different meanings to the same word ("sentence") in the same subsection. Textually and contextually, s. 732(1) simply does not extend to conditional sentences.

d'un établissement adéquat pour purger la peine, ordonner :

a) que la peine soit purgée de façon discontinue aux moments prévus par l'ordonnance;

b) au délinquant de se conformer aux conditions prévues [. . .] pendant toute période où il purge sa peine

[57] Je conviens avec le juge Cromwell qu'il ressort du libellé du *Code criminel* et de la jurisprudence de notre Cour que la peine d'emprisonnement *avec sursis* est généralement considérée comme une peine d'« emprisonnement », de sorte que, de prime abord, elle est visée par le texte initial du par. 732(1). Il s'agit d'un emprisonnement sans incarceration. Ce paragraphe offre cependant un cadre exceptionnel, car son application suppose au préalable, selon moi, que l'« emprisonnement » qui y est prévu soit *susceptible* d'être purgé de façon discontinue. Or, par nature, la peine avec sursis ne se prête pas à l'exécution discontinue. À première vue, le par. 732(1) paraît donc inapplicable aux peines avec sursis en l'espèce.

[58] Pour surmonter la difficulté, mon collègue le juge Cromwell distingue entre l'emploi, dans la partie introductive de la disposition, du terme « emprisonnement », qui englobe selon lui la peine avec sursis, et l'emploi subséquent du mot « peine », qu'il associe à un *mode* différent de purger la peine d'emprisonnement — à savoir l'exécution discontinue plutôt que continue. Je préfère m'en tenir à une interprétation plus simple du par. 732(1). J'estime que la peine d'« emprisonnement » mentionnée au début de la disposition est la même « peine » que celle dont il est question par la suite, notamment aux al. a) et b). Si, comme je le crois, le mot « peine » employé subséquent n'englobe pas la peine avec sursis parce que celle-ci ne peut être purgée de façon discontinue, il ne l'englobe pas non plus dans la partie introductive. La peine avec sursis n'est donc pas visée au par. 732(1), de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y interpréter le même terme (« peine ») différemment. Sur les plans textuel et contextuel, la disposition ne s'applique simplement pas à la peine avec sursis.

[59] That being the case, the issue of whether there is a “merger” of the three sentences at issue here to form a single period of “imprisonment of ninety days or less” does not arise. There was no possibility of merger because the conditional sentences were not within the s. 732(1) frame of reference and did not trigger its limitation. There is no issue that requires determination under the *Corrections and Conditional Release Act*. The trial judge’s 90-day intermittent sentence was lawful.

[60] On this narrow ground, I would allow the appeal and affirm the sentences imposed by the trial judge.

The following are the reasons delivered by

CROMWELL J. (dissenting in part) —

1. Introduction and Issues

[61] This appeal concerns the interpretation of the intermittent sentence provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. We are asked to decide whether the words “sentence of imprisonment” in s. 732(1) of the *Code* include a conditional sentence of imprisonment. The *Criminal Code* and this Court’s prior jurisprudence describe conditional sentences as sentences of imprisonment. To hold that a conditional sentence of imprisonment is a sentence of imprisonment gives effect to the grammatical and ordinary sense of the words used in the provision. In my respectful view, there is nothing in the context or scheme of the relevant legislation that suggests that we should give these words any other meaning.

[62] The appellant, Mr. Middleton, was sentenced at the same hearing to two special forms of imprisonment so that he could continue to work and contribute to his daughter’s support. He received a 90-day intermittent sentence of imprisonment to be served on weekends and two 18-month concurrent conditional sentences of imprisonment to be served in the community. He also received a period

[59] Partant, la question de savoir si les trois peines considérées en l’espèce « fusionnent » pour former une seule peine d’emprisonnement de 90 jours ou moins ne se pose pas. Il ne pouvait y avoir de fusion, car les peines avec sursis ne faisaient pas partie du cadre de référence du par. 732(1) et n’emportaient pas l’application de la limitation prévue. Aucune question en litige n’exige de notre Cour qu’elle se prononce sur le fondement de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. La peine discontinue de 90 jours d’emprisonnement infligée par le juge du procès était légale.

[60] Pour ce seul motif, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de confirmer les peines infligées à l’issue du procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CROMWELL (dissident en partie) —

1. Introduction et questions en litige

[61] Le présent pourvoi porte sur l’interprétation des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, relatives à la discontinuité de la peine. Nous sommes appelés à décider si les termes « emprisonnement » et « peine d’emprisonnement » employés au par. 732(1) du *Code* englobent la peine d’emprisonnement avec sursis. Suivant le *Code criminel* et la jurisprudence de la Cour, la peine avec sursis constitue une peine d’emprisonnement. Conclure en ce sens respecte le sens ordinaire et grammatical des termes employés dans la disposition. En tout respect pour l’avis contraire, aucun élément du contexte ou du cadre législatif applicable ne donne à penser que ces termes devraient avoir un autre sens.

[62] Lors d’une même audience, l’appelant, M. Middleton, a été condamné à deux formes particulières d’emprisonnement afin qu’il puisse continuer de travailler et de subvenir aux besoins de sa fille. Il a été condamné à une peine de 90 jours d’emprisonnement devant être purgée de façon discontinue les fins de semaine, ainsi qu’à deux peines de 18 mois d’emprisonnement avec sursis devant

of probation, which is not in issue. The sentence gives rise to two issues.

[63] The first is whether an intermittent sentence was available. The *Code* gives courts the power to order that a sentence of imprisonment be served intermittently — for example on weekends — rather than on consecutive days. But the *Code* limits this power to sentences of imprisonment of 90 days or less. At issue is whether the 18-month concurrent conditional sentences of imprisonment which the judge imposed are sentences of imprisonment. The parties agree that if they are, an intermittent sentence was not available here because, taking the conditional sentences into account, the sentence of imprisonment imposed by the judge was longer than 90 days.

[64] The second issue arises because the judge imposed the intermittent sentence before imposing the concurrent conditional sentences. The *Code* provides that when a court imposes a sentence of imprisonment on a person who is subject to an intermittent sentence, the unexpired portion of the intermittent sentence will be served on consecutive days (in other words, not intermittently) unless the court otherwise orders. At issue is the effect of this provision in this case. Does it require that the intermittent sentence be served on consecutive days because the judge, having imposed a sentence of imprisonment on a person who was at that moment already subject to an intermittent sentence, did not expressly order otherwise?

[65] The Court of Appeal for Ontario held that while an intermittent sentence was available here, the *Code* requires that it be served on consecutive days because the judge did not expressly order otherwise (2007 ONCA 538, 227 O.A.C. 59). The appellant challenges the first conclusion and both the appellant and the respondent Crown dispute the second.

[66] I respectfully disagree with both of the Court of Appeal's conclusions. My view is that the judge could not order an intermittent sentence

être purgées concurremment dans la collectivité. Il a également fait l'objet d'une ordonnance de probation, qui n'est pas visée par le présent litige. La peine soulève deux questions.

[63] La première est celle de savoir si une peine discontinue pouvait être infligée. Le *Code* confère au tribunal le pouvoir d'ordonner qu'une peine d'emprisonnement soit purgée de façon discontinue — la fin de semaine, par exemple — plutôt que de façon continue, mais seulement lorsque la peine est d'au plus 90 jours. Il faut décider si les peines concurrentes de 18 mois d'emprisonnement avec sursis infligées par le juge constituent des peines d'emprisonnement. Les parties conviennent que si tel est le cas, une peine discontinue ne pouvait être imposée en l'espèce, car ajoutée aux peines avec sursis, la peine d'emprisonnement dépassait 90 jours.

[64] La deuxième question résulte de l'infliction de la peine discontinue avant les peines avec sursis concurrentes. Le *Code* prévoit que lorsque le tribunal inflige une peine d'emprisonnement au délinquant purgeant déjà une peine discontinue, la partie non purgée de cette peine est, sous réserve d'une ordonnance du tribunal au contraire, purgée de façon continue (et non discontinue). C'est l'effet de cette disposition qui est en litige. La peine discontinue doit-elle être purgée de façon continue parce que, lorsqu'il a infligé une peine d'emprisonnement à un délinquant qui purgeait alors déjà une peine discontinue, le juge n'a pas expressément rendu d'ordonnance au contraire?

[65] La Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'une peine discontinue pouvait être imposée en l'espèce, mais que le *Code* prescrivait qu'elle soit purgée de façon continue parce que le juge n'avait pas expressément rendu d'ordonnance au contraire (2007 ONCA 538, 227 O.A.C. 59). L'appelant conteste la première conclusion, et tant l'appelant que l'intimée contestent la deuxième.

[66] En toute déférence, je ne suis d'accord avec aucune des conclusions de la Cour d'appel. J'estime que le juge ne pouvait pas imposer une peine

here because the 18-month conditional sentences of imprisonment which he imposed are sentences of imprisonment. He therefore imposed a sentence of imprisonment of more than 90 days and the *Code* provides that, in these circumstances, an intermittent sentence cannot be imposed. As to the second issue, I am of the view that the sentencing judge should be understood to have ordered that the intermittent sentence (if legal) would continue to be served intermittently. The judge at the same hearing imposed an intermittent sentence and, virtually in the same breath, another period of imprisonment. In these circumstances, he should be understood to have directed that the intermittent sentence was to be served intermittently.

[67] I would allow the appeal.

2. Brief Overview of the Facts

[68] The judge in this case faced a difficult problem and he thought that an intermittent sentence of imprisonment was part of the solution. The judge found the offender, Mr. Middleton, guilty after trial of a number of acts of domestic violence arising from two incidents (2006 CarswellOnt 9387). The first, in September 2004, included an assault that left the appellant's fiancée, who is the mother of his young daughter, with a broken clavicle. The second, in February 2005, included threats and pointing a pellet gun. The judge rightly sought to denounce and deter this sort of senseless brutality and to protect the appellant's fiancée and others. But he was also concerned about the financial impact of a jail sentence on Mr. Middleton's daughter. The judge did not want Mr. Middleton's punishment to deprive his child of the court-ordered financial support he was capable of providing through his well-paid employment.

[69] In an attempt to give effect to these competing objectives, the judge imposed a 90-day period of imprisonment to be served intermittently for the assault and concurrent 18-month conditional sentences for the threatening and pointing of the pellet gun, all to be followed by three years of probation. This, the judge thought, would meet the need to

discontinue en l'espèce, car les peines de 18 mois avec sursis infligées par ailleurs constituent des peines d'emprisonnement. Le juge a donc infligé une peine d'emprisonnement de plus de 90 jours, et le *Code* dispose que la peine ne peut alors être purgée de façon discontinue. Quant à la deuxième question, j'estime que le juge chargé de la détermination de la peine a ordonné que la peine discontinue (à supposer qu'elle soit légale) continue d'être purgée de façon discontinue. Lors d'une même audience, il a infligé une peine discontinue et, presque du même souffle, d'autres périodes d'emprisonnement. Dans ces circonstances, on doit considérer qu'il a ordonné que la première peine soit purgée de façon discontinue.

[67] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

2. Aperçu des faits

[68] Le juge du procès était aux prises avec un grand dilemme. Il a pensé qu'une peine d'emprisonnement purgée de façon discontinue était un élément de solution. Il a déclaré le délinquant, M. Middleton, coupable de plusieurs actes de violence familiale perpétrés lors de deux incidents (2006 CarswellOnt 9387). D'abord, en septembre 2004, l'appelant s'était livré à des voies de fait sur sa conjointe, également mère de sa fillette, lui infligeant alors une fracture de la clavicule. Puis, en février 2005, il avait proféré des menaces et braqué une arme à plombs. Le juge a voulu à juste titre réprouber et décourager ce type de brutalité insensée, ainsi que protéger la victime et la société en général. Il s'est aussi soucié des conséquences financières de l'incarcération de M. Middleton sur la fille. Il voulait éviter que la peine ne prive l'enfant des aliments accordés par le tribunal et que son père pouvait lui assurer grâce à son emploi bien rémunéré.

[69] Soucieux de concilier ces objectifs concurrents, le juge a infligé, pour les voies de fait, une peine de 90 jours d'emprisonnement devant être purgée de façon discontinue et, pour les menaces et le braquage d'une arme, des peines de 18 mois d'emprisonnement avec sursis devant être purgées concurremment, ce à quoi s'ajoutait une période de

impose “a real jail sentence” while at the same time allowing Mr. Middleton “to maintain [his] employment and to continue to support [his] daughter pursuant to the Court Order” (2006 CarswellOnt 9388, at paras. 6-7).

3. Analysis

A. *Was an Intermittent Sentence Available?*

(i) The Issue in Context

[70] There is a distinction that is critical to an understanding of the rather technical issues in this appeal. It is the distinction between the question of whether a particular sentence is, in law, a “sentence of imprisonment” and the question of how that “sentence of imprisonment” is to be served. In short, the distinction is between the nature of the sentence and the manner in which it is to be served. While imprisonment generally results from a sentence of imprisonment, not all sentences of imprisonment result in the offender being imprisoned while serving that sentence. The *Criminal Code* and the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (“CCRA”), provide that sentences of imprisonment may be served in various ways. The critical point is that the manner in which the sentence is served does not alter its nature as a sentence of imprisonment. Contrary to my colleague Fish J.’s suggestion, the existence of this distinction is not inconsistent with the principle enunciated by this Court in *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, that the duration of the sentence should not be determined separately from the determination of its venue. Rather, *Proulx* recognizes the distinction between the legal nature of the sentence as a sentence of imprisonment and an order respecting the manner in which it is to be served.

[71] Intermittent and conditional sentences of imprisonment are examples in the *Code* of how sentences of imprisonment may be served in different ways than in continuous custody. Section 732(1) of the *Criminal Code* allows a court to order that a

probation de trois ans. Selon le juge, ces sanctions répondaient à la nécessité d’infliger à M. Middleton [TRADUCTION] « un emprisonnement véritable » tout en lui permettant « de conserver son emploi et de continuer à subvenir aux besoins de sa fille conformément à l’ordonnance de la cour » (2006 CarswellOnt 9388, par. 6-7).

3. Analyse

A. *Une peine discontinuée pouvait-elle être imposée?*

(i) Mise en contexte

[70] Une distinction s’impose pour comprendre les subtilités techniques du présent pourvoi. La question de savoir si, en droit, une peine donnée constitue une « peine d’emprisonnement » diffère de celle de savoir comment cette « peine d’emprisonnement » doit être purgée. En somme, il faut distinguer entre la nature de la peine et ses modalités d’exécution. Bien que ce soit généralement le cas, l’exécution d’une peine d’emprisonnement n’entraîne pas toujours l’incarcération du délinquant. Le *Code criminel* et la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« LSCMLSC »), prévoient qu’une peine d’emprisonnement peut être purgée de diverses manières. Peu importe son mode d’exécution, une peine d’emprisonnement demeure une peine d’emprisonnement. C’est là l’élément essentiel. Contrairement à ce que laisse entendre mon collègue le juge Fish, cette distinction n’est pas incompatible avec le principe dégagé dans l’arrêt *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, et selon lequel la durée de la peine ne doit pas être déterminée indépendamment du lieu de son exécution. Dans cet arrêt, la Cour reconnaît plutôt la distinction entre la nature juridique de la peine — l’emprisonnement — et l’ordonnance relative à son mode d’exécution.

[71] L’exécution discontinuée et l’exécution avec sursis sont deux des différentes façons dont une peine d’emprisonnement peut, suivant le *Code*, être purgée sans que le délinquant ne soit détenu de manière ininterrompue. Le paragraphe 732(1)

sentence of imprisonment be served intermittently rather than on consecutive days. That the intermittent sentence is a manner of serving a sentence of imprisonment is clear from the text of the section: “Where the court imposes a sentence of imprisonment . . . the court may . . . order that the sentence be served intermittently . . .”. The intermittent sentence is available only where the court “imposes a sentence of imprisonment” and the intermittent aspect is an order as to how that sentence of imprisonment is to be served. Similarly, the conditional sentence of imprisonment is a sentence of imprisonment that is ordered to be served in the community. This is clear from the text of s. 742.1 of the *Code*. Where “the court imposes a sentence of imprisonment of less than two years . . . the court may . . . order that the offender serve the sentence in the community”. A conditional sentence is a sentence of imprisonment which the court directs to be served in the community.

[72] Parole and statutory release are examples under the *CCRA* where sentences of imprisonment may be served while not imprisoned. So, for example, we find in s. 127(1) that “an offender sentenced . . . to penitentiary is entitled to be released on the date determined in accordance with this section and to remain at large until the expiration of the sentence according to law”. In other words, the Act directs the manner in which the sentence of imprisonment is to be served and that the offender continues to serve the sentence of imprisonment while at large. Similarly, we find in s. 128(1) that an offender “who is released on parole, statutory release or unescorted temporary absence continues, while entitled to be at large, to serve the sentence until its expiration according to law”. This again shows that the statute governs how a sentence of imprisonment is to be served and that an offender who is subject to a sentence of imprisonment continues to serve that sentence while at large.

[73] This distinction between the nature of the sentence and the manner in which it is to be served is important for the correct interpretation of s. 732

du *Code criminel* permet au tribunal d'ordonner qu'une peine d'emprisonnement soit purgée de façon discontinue plutôt que continue. Il ressort de son libellé que l'exécution discontinue fait partie des modes d'exécution possibles d'une peine d'emprisonnement : « Le tribunal qui [. . .] condamne [le délinquant] à un emprisonnement [. . .] peut [. . .] ordonner que la peine soit purgée de façon discontinue . . . ». Le tribunal ne peut infliger une peine discontinue que lorsqu'il « condamne à un emprisonnement », et la discontinuité correspond alors au mode d'exécution de la peine d'emprisonnement. De même, la peine d'emprisonnement avec sursis est une peine d'emprisonnement qui doit être purgée dans la collectivité. C'est ce qui ressort du texte de l'art. 742.1 du *Code* : « . . . le tribunal peut ordonner à toute personne qui [. . .] a été condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans de purger sa peine dans la collectivité . . . ». Une peine avec sursis est une peine d'emprisonnement dont le tribunal ordonne l'exécution dans la collectivité.

[72] La *LSCMLSC* prévoit notamment la libération conditionnelle et la libération d'office lorsque le délinquant peut purger sa peine sans être détenu. Ainsi, par exemple, le par. 127(1) dispose que « l'individu condamné [. . .] au pénitencier a le droit d'être mis en liberté à la date fixée conformément au présent article et de le demeurer jusqu'à l'expiration légale de sa peine ». Autrement dit, la Loi prescrit la façon dont la peine d'emprisonnement est purgée et elle prévoit que l'exécution de la peine se poursuit pendant que le délinquant est en liberté. De même, suivant le par. 128(1), le délinquant « qui bénéficie d'une libération conditionnelle ou d'office ou d'une permission de sortir sans escorte continue, tant qu'il a le droit d'être en liberté, de purger sa peine d'emprisonnement jusqu'à l'expiration légale de celle-ci ». On le voit encore, la Loi prescrit le mode d'exécution de la peine d'emprisonnement et précise que le délinquant condamné à une peine d'emprisonnement continue de la purger lorsqu'il est en liberté.

[73] Pour bien interpréter la disposition en cause dans le présent pourvoi, à savoir l'art. 732 du *Code criminel*, il importe de saisir cette distinction entre

of the *Criminal Code*, the section in issue in this appeal. It provides:

732. (1) Where the court imposes a sentence of imprisonment of ninety days or less on an offender convicted of an offence, whether in default of payment of a fine or otherwise, the court may, having regard to the age and character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, and the availability of appropriate accommodation to ensure compliance with the sentence, order

(a) that the sentence be served intermittently at such times as are specified in the order;

[74] The opening words of the section refer to the nature of the sentence: the section is engaged only if “the court imposes a sentence of imprisonment of ninety days or less”. These opening words of the section do not distinguish among the different ways in which a sentence of imprisonment may be served. Their focus is on the length of the “sentence of imprisonment” imposed.

[75] As noted earlier, the judge in this case imposed concurrent 18-month conditional sentences of imprisonment as well as the 90 days of imprisonment to be served intermittently. The question is whether s. 732(1) permits the combination of an intermittent sentence of incarceration with a conditional sentence where the total period exceeds 90 days.

[76] Before tackling this interpretative issue, I should note that the parties’ arguments in this Court proceed from a shared, undisputed premise: If the conditional sentences imposed by the judge are sentences of imprisonment, they merge with the 90-day period to form a single period of imprisonment which, of course, exceeds 90 days. The appellant points out in his factum, at para. 36, that “[s]entencing jurisprudence regarding s. 732(1) and the section’s predecessor, has long established that two separate intermittent sentences cannot be made consecutive to each other if the aggregate sentence exceeds the *Code*’s ninety day maximum.” The appellate court decisions that the appellant cites as authority for this proposition turn on their interpretation of s. 14(1) of the *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2, and its successor provisions, now s. 139 of

la nature de la peine et son mode d’exécution. Voici le texte de l’al. 732(1)a) :

732. (1) Le tribunal qui déclare le délinquant coupable d’une infraction et le condamne à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours pour défaut de paiement d’une amende ou pour un autre motif, peut, compte tenu de l’âge et de la réputation du délinquant, de la nature de l’infraction, des circonstances dans lesquelles elle a été commise et de la disponibilité d’un établissement adéquat pour purger la peine, ordonner :

a) que la peine soit purgée de façon discontinue aux moments prévus par l’ordonnance;

[74] La nature de la peine est mentionnée au début : la disposition ne s’applique que lorsque « [l]e tribunal [. . .] condamne à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours ». Ce libellé initial ne distingue pas entre les différentes façons dont la peine peut être purgée. Il s’attache plutôt à la durée de l’« emprisonnement » ordonné.

[75] Rappelons que le juge du procès a infligé des peines concurrentes de 18 mois d’emprisonnement avec sursis ainsi qu’une peine de 90 jours d’emprisonnement à purger de façon discontinue. La question est de savoir si le par. 732(1) permet de combiner une peine discontinue et une peine avec sursis lorsque leur durée totale dépasse 90 jours.

[76] Avant de passer à l’interprétation de la disposition applicable, il convient de signaler que les thèses respectives des parties devant notre Cour reposent sur une prémisse commune et non contestée. Si les peines avec sursis infligées en l’espèce sont des peines d’emprisonnement, elles s’ajoutent à la peine discontinue de 90 jours pour n’en former qu’une seule dont la durée dépasse évidemment 90 jours. L’appellant signale au par. 36 de son mémoire que [TRADUCTION] « [l]a jurisprudence relative à la détermination de la peine et au par. 732(1), y compris la disposition qu’il a remplacée, établit depuis longtemps que deux peines discontinues distinctes ne peuvent être rendues consécutives l’une à l’autre lorsque leur durée totale dépasse le maximum de 90 jours prévu dans le *Code*. » Les décisions de cours d’appel qu’il cite à l’appui touchent à l’interprétation

the *CCRA*: *R. v. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221 (Ont.); *R. v. Aubin* (1992), 72 C.C.C. (3d) 189 (Que.); *R. v. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL); *R. v. Drost* (1996), 172 N.B.R. (2d) 67. Where, as in these cases, an offender who is subject to a sentence receives an additional sentence, it is the total length of the merged sentences that governs eligibility for an intermittent sentence. The Crown took no issue in its factum with this interpretation or with the correctness or relevance of these authorities. I am aware of no case law inconsistent with the position that the parties have taken with respect to the application of s. 139 in this context and note that it has been held by at least three courts of appeal that s. 139 of the *CCRA* applies to conditional sentences: see *R. v. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. v. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. v. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] Q.J. No. 2821 (QL). I will therefore accept the parties' shared premise as correct. I should add that the implications of s. 139 in other contexts have not been argued and are not before us.

[77] The parties' premise is that, if the 18-month conditional sentence imposed by the judge in this case are sentences of imprisonment within the meaning of s. 732(1), it merged with the 90-day sentence of imprisonment imposed by the judge with the result that there is, for the purposes of determining eligibility for an intermittent sentence under the *Code*, one sentence of imprisonment of more than 90 days. That is why, from the parties' perspective, the issue concerning the legality of the 90-day intermittent sentence in this case turns solely on whether the "sentence of imprisonment" described in s. 732 of the *Criminal Code* includes a conditional sentence.

(ii) Is a Conditional Sentence a "Sentence of Imprisonment"?

[78] This Court has often reiterated its preferred formulation of the modern principle of statutory

du par. 14(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, ch. P-2, et les dispositions qui l'ont remplacé (aujourd'hui, l'art. 139 de la *LSCMLSC*) : *R. c. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221 (Ont.); *R. c. Aubin*, [1992] J.Q. n° 239 (QL); *R. c. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL); *R. c. Drost* (1996), 172 R.N.-B. (2^e) 67. Lorsque, comme dans ces affaires, le délinquant assujéti à une peine d'emprisonnement est condamné à une peine d'emprisonnement supplémentaire, c'est la durée totale des peines qui régit l'admissibilité à l'exécution discontinue. Dans son mémoire, le ministère public ne conteste pas cette interprétation non plus que le bien-fondé ou la pertinence de ces décisions. Je ne connais aucune décision qui soit incompatible avec la position des parties concernant l'application de l'art. 139 de la *LSCMLSC* dans ce contexte et je constate qu'au moins trois cours d'appel ont statué qu'il s'appliquait à la peine avec sursis (voir *R. c. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. c. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. c. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] J.Q. n° 2821 (QL)). Je fais donc droit à la prémisses commune des parties. J'ajoute que l'incidence de l'art. 139 dans d'autres contextes n'a pas été plaidée, de sorte que nous n'avons pas à nous prononcer à ce sujet.

[77] Il appert de la prémisses qui sous-tend l'argumentation des parties que si les peines de 18 mois avec sursis infligées par le juge en l'espèce constituent un emprisonnement au sens du par. 732(1), elles s'ajoutent à la peine de 90 jours d'emprisonnement, de sorte que, pour déterminer l'admissibilité à l'exécution discontinue prévue par le *Code*, l'emprisonnement dépasse au total 90 jours. Voilà pourquoi, du point de vue des parties, la légalité de la peine discontinue de 90 jours imposée en l'espèce tient uniquement à ce que l'« emprisonnement » visé à l'art. 732 du *Code criminel* englobe ou non la peine avec sursis.

(ii) La peine avec sursis constitue-t-elle une « peine d'emprisonnement »?

[78] La Cour a maintes fois rappelé sa formulation préférée du principe moderne d'interprétation

interpretation: “. . . the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21.

[79] I turn first to the grammatical and ordinary sense of the words “sentence of imprisonment” in order to determine whether these words as used in s. 732(1) of the *Code* include a conditional sentence of imprisonment. I conclude that the *Criminal Code* establishes, and the jurisprudence of this Court confirms, that a conditional sentence of imprisonment is indeed a sentence of imprisonment.

[80] The *Criminal Code* refers to the conditional sentence as a “Conditional Sentence of Imprisonment”: see the heading before s. 742. In addition, the *Code* provides that a conditional sentence of imprisonment is only available where “the court imposes a sentence of imprisonment of less than two years”: see s. 742.1. The court imposes a sentence of imprisonment and orders that it be served in the community. The text of the *Code* treats the conditional aspect of the sentence — that is, the order that the sentence of imprisonment be served in the community — as relating to the manner in which the sentence of imprisonment is to be served. That order does not detract from the fact that the sentence imposed is, as the section says, a sentence of imprisonment.

[81] In *Proulx*, the Court affirmed the importance of the grammatical and ordinary sense of the words “sentence of imprisonment” in s. 742.1 and in the heading before s. 742 and confirmed that conditional sentences are sentences of imprisonment, noting at para. 29 that:

The conditional sentence is defined in the *Code* as a sentence of imprisonment. The heading of s. 742 reads “Conditional Sentence of Imprisonment”. Furthermore, s. 742.1(a) requires the court to impose a sentence of imprisonment of less than two years before considering

des lois : [TRADUCTION] « . . . il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

[79] Je me penche d’abord sur le sens ordinaire et grammatical du terme « emprisonnement » pour déterminer si, lorsqu’il est employé au par. 732(1) du *Code*, il s’entend de la peine d’emprisonnement avec sursis. À mon sens, le *Code criminel* établit — et la jurisprudence de la Cour confirme — que la peine d’emprisonnement avec sursis est bel et bien un emprisonnement.

[80] Le *Code criminel* assimile la peine avec sursis aux « Condamnations à l’emprisonnement avec sursis » : voir l’intertitre précédant l’art. 742. De plus, il prévoit qu’une peine d’emprisonnement avec sursis ne peut être infligée qu’à une personne « condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans » (742.1). Le tribunal inflige une peine d’emprisonnement et il ordonne qu’elle soit purgée dans la collectivité. Le texte du *Code* renvoie au caractère suspensif de la peine — soit l’ordonnance que la peine d’emprisonnement soit purgée au sein de la collectivité — en liaison avec le mode d’exécution de la peine d’emprisonnement. Cette ordonnance ne change rien au fait que la peine infligée constitue, suivant l’article, un emprisonnement.

[81] Dans l’arrêt *Proulx*, la Cour a souligné l’importance du sens ordinaire et grammatical du terme « emprisonnement » employé à l’art. 742.1 et dans l’intertitre précédant l’art. 742 et elle a confirmé que la peine avec sursis constitue un emprisonnement, signalant ce qui suit au par. 29 :

Le sursis à l’emprisonnement est décrit dans le *Code* comme une peine d’emprisonnement. En effet, l’intertitre précédant l’art. 742 est « Condamnations à l’emprisonnement avec sursis ». En outre, aux termes de l’art. 742.1, le délinquant doit avoir été condamné à

whether the sentence can be served in the community subject to the appropriate conditions.

Similarly, in *R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530, Binnie J. referred to *Proulx*, and noted that “[a] conditional sentence is a sentence of imprisonment, albeit the sentence is served in the community. It is imprisonment without incarceration” (para. 25).

[82] The opening words of s. 732(1) limit the cases in which a judge can order that a sentence of imprisonment be served intermittently to those “[w]here the court imposes a sentence of imprisonment of ninety days or less”. In light of the text of the *Criminal Code*, as interpreted in this Court’s decisions in *Proulx* and *Wu*, the ordinary and grammatical sense of the words “sentence of imprisonment” includes a conditional sentence. The question is then whether the entire context in which the words appear imposes a limit that is not clear from the grammatical and ordinary sense of the words used. Given Parliament’s express reference to conditional sentences as sentences of imprisonment, affirmed by this Court’s jurisprudence, it would require compelling contextual indications to establish that a conditional sentence of imprisonment is not a sentence of imprisonment for the purposes of a particular section.

[83] My colleague Fish J. suggests that the wording of s. 732 makes clear that the term “sentence of imprisonment” in that section must refer to incarceration. This is said to flow from s. 732(1)(b), which directs that “the offender comply with the conditions prescribed in a probation order when not in confinement during the period that the sentence is being served and, if the court so orders, on release from prison after completing the intermittent sentence”. However, the text of the section shows, in my view, that this point should not be accepted. Respectfully, the references in s. 732(1)(b) to “confinement” and “prison” have no bearing on the issue before us. I will explain.

[84] An intermittent sentence is a “sentence of imprisonment”. The manner in which it is served

une peine d’emprisonnement de moins de deux ans avant que le tribunal puisse se demander si cette peine peut être purgée au sein de la collectivité, sous réserve de l’application de conditions appropriées.

De même, dans l’arrêt *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530, le juge Binnie invoque l’arrêt *Proulx* et relève que « [I]e sursis à l’emprisonnement est une peine d’emprisonnement, bien qu’elle soit purgée au sein de la collectivité. Il s’agit d’un emprisonnement sans incarcération » (par. 25).

[82] Le texte initial du par. 732(1) précise que le tribunal ne peut ordonner qu’une peine d’emprisonnement soit purgée de façon discontinue que dans le seul cas où il « condamne [le délinquant] à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours ». Au vu de ce libellé du *Code criminel*, interprété par la Cour dans les arrêts *Proulx* et *Wu*, le sens ordinaire et grammatical du terme « emprisonnement » comprend la peine avec sursis. Se pose alors la question de savoir si le contexte global dans lequel il est employé apporte une restriction qui ne ressort pas du sens ordinaire et grammatical. Étant donné que le législateur considère expressément la peine avec sursis comme une peine d’emprisonnement, ce que confirme la jurisprudence de notre Cour, seuls des éléments contextuels décisifs pourraient faire en sorte qu’une peine avec sursis ne constitue pas une peine d’emprisonnement aux fins d’une disposition en particulier.

[83] Selon mon collègue le juge Fish, le libellé de l’art. 732 indique clairement que l’« emprisonnement » s’entend de l’incarcération, car l’al. 732(1)(b) dispose que le « délinquant [doit] se conformer aux conditions prévues par l’ordonnance pendant toute période où il purge sa peine hors de la prison et [. . .] s’y conformer dès sa sortie de prison ». Or, il appert à mon avis de ce texte qu’il ne saurait en être ainsi. En toute déférence, l’emploi du mot « prison » à l’al. 732(1)(b) n’a aucun rapport avec la question dont nous sommes saisis. Je m’explique.

[84] Une peine discontinue constitue un « emprisonnement » ou une « peine d’emprisonnement »

is by the offender being in custody at specified times rather than on consecutive days. It is therefore necessary to provide directions as to when the offender will be in custody and when he or she will not. The words relating to confinement and prison in s. 732(1)(b) are used in connection with the manner in which the sentence of imprisonment is to be served. These sorts of directions as to how an intermittent sentence of imprisonment is to be served have no bearing on whether a conditional sentence of imprisonment is a sentence of imprisonment within the opening words of s. 732(1).

[85] Including a conditional sentence of imprisonment within the words “sentence of imprisonment” in s. 732 does not permit an order that a conditional sentence be served intermittently. As I have said earlier, the intermittent sentence order and the conditional sentence order direct different ways of serving a sentence of imprisonment. They must be understood as being alternative ways of serving a sentence of imprisonment. There is no authority in the *Code* for combining (and no reason that I can think of for wanting to combine) these two different ways of serving a sentence of imprisonment.

[86] Turning to the broader statutory context, the Crown bases its interpretative argument on this Court’s interpretation of s. 718.2(e) in *Proulx*. That section directs a court imposing a sentence to consider “all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances”. The Court in *Proulx* held that the term “imprisonment” in s. 718.2(e) should be understood to refer to actual incarceration. In other words, the term “imprisonment” in s. 718.2(e) should be understood to refer to the manner in which the sentence is to be served — i.e. in prison — rather than to the nature of the sentence itself — i.e. a “sentence of imprisonment”. The Crown submits that we should apply the same interpretation of “imprisonment” in s. 732. The Crown’s argument in my respectful view misapprehends the nature of the interpretive exercise in *Proulx* and overlooks the distinction between the nature of a sentence and the manner in which it is to be served.

que le délinquant purge en détention à certains moments déterminés plutôt que de façon continue. Le tribunal doit donc préciser les périodes où le délinquant sera incarcéré et celles où il ne le sera pas. Le mot « prison » est employé à l’al. 732(1)(b) en liaison avec la façon dont la peine d’emprisonnement est purgée. Ce genre de précisions sur le mode d’exécution de la peine discontinue n’a pas de lien avec la question de savoir si une peine d’emprisonnement avec sursis constitue un emprisonnement aux fins de la partie initiale du par. 732(1).

[85] Assimiler la peine avec sursis à l’« emprisonnement » au sens de l’art. 732 ne permet pas d’ordonner que la peine avec sursis soit purgée de façon discontinue. Je l’ai déjà dit, l’ordonnance de discontinuité et l’ordonnance de sursis prévoient des modalités différentes d’exécution de la peine d’emprisonnement. Elles doivent être considérées comme des manières différentes de purger une peine d’emprisonnement. Aucune disposition du *Code* ne permet leur combinaison (et je ne peux voir aucune raison de les combiner).

[86] En ce qui concerne le contexte législatif général, le ministère public invoque à l’appui de sa thèse l’interprétation de l’al. 718.2e) par notre Cour dans l’arrêt *Proulx*. Suivant cet alinéa, le tribunal qui inflige une peine « [examine] toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances ». Dans cet arrêt, la Cour a statué que le terme « *imprisonment* » employé en anglais à l’al. 718.2e) devait renvoyer à l’incarcération réelle. Autrement dit, le terme « emprisonnement » sous-entendu à l’al. 718.2e) renvoie à la manière dont la peine doit être purgée — soit en prison — plutôt qu’à la nature de la peine elle-même — à savoir l’« emprisonnement ». Le ministère public soutient que la même interprétation devrait valoir pour l’art. 732. J’estime en toute déférence qu’il se méprend sur la nature de l’interprétation à laquelle s’est livrée notre Cour dans l’arrêt *Proulx* et qu’il fait abstraction de la distinction entre la nature d’une peine et son mode d’exécution.

[87] The Court in *Proulx* was faced with equally authoritative English and French versions of s. 718.2(e), only one of which made sense in context, given Parliament's intention to reduce the rate of incarceration in Canada. The use of the word "imprisonment" in the English version, if interpreted as including a conditional sentence order that a sentence of imprisonment be served in the community, would have precluded the use of conditional sentence orders to achieve that objective. The French text of the section, however, made it clear this was not Parliament's intent. It directed "l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances". In short, the conflict between the two official language versions of the provision, coupled with the fact that reading the term "imprisonment" in s. 718.2(e) as including a conditional sentence was exactly contrary to the obvious legislative intent, made it clear that the term "imprisonment" in the English version of s. 718.2(e) should be understood to refer to the manner in which the sentence of imprisonment was to be served rather than to all sentences of imprisonment, no matter how served. As Lamer C.J. explained:

The use of "*sanctions substitutives*" for "sanctions other than imprisonment" in the French version of this provision means that s. 718.2(e) plays a role not only in the decision as to whether imprisonment or probationary measures should be imposed (preliminary step of the analysis), but also in the decision as to whether to impose a conditional sentence of imprisonment since conditional sentences are clearly "*sanctions substitutives*" to incarceration.

The French version and the English version of s. 718.2(e) are therefore in conflict. In conformity with a long-standing principle of interpretation, to resolve the conflict between the two official versions, we have to look for the meaning common to both: [citations omitted]. Accordingly, the word "imprisonment" in s. 718.2(e) should be interpreted as "incarceration" rather than in its technical sense of encompassing both incarceration and a conditional sentence. Read in this light, s. 718.2(e) clearly exerts an influence on the sentencing judge's determination as to whether to

[87] Dans l'affaire *Proulx*, la Cour était aux prises avec des versions française et anglaise de l'al. 718.2e) ayant également force de loi, dont une seule était logique dans le contexte, vu l'intention du législateur de réduire le taux d'incarcération au Canada. Si le terme « *imprisonment* » employé dans la version anglaise avait été interprété comme englobant l'ordonnance d'emprisonnement avec sursis portant que la peine doit être purgée dans la collectivité, le tribunal n'aurait pu avoir recours à l'ordonnance avec sursis pour atteindre cet objectif. Or, la version française de la disposition établissait clairement que tel n'était pas l'intention du législateur. Elle prévoyait « l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances ». Bref, le conflit entre les deux versions officielles de la disposition législative, conjugué au fait qu'interpréter le terme « *imprisonment* » employé à l'al. 718.2e) comme incluant la peine avec sursis allait tout à fait à l'encontre de l'intention manifeste du législateur, indiquait clairement que ce terme devait s'entendre de la façon dont la peine d'emprisonnement devait être purgée, et non de toute peine d'emprisonnement, quel qu'en soit le mode d'exécution. Comme l'a expliqué le juge en chef Lamer :

L'emploi de l'expression « *sanctions substitutives* » dans le texte français de l'al. 718.2e) pour rendre l'expression « *sanctions other than imprisonment* » de la version anglaise emporte que cette disposition joue non seulement un rôle dans la décision de prononcer l'emprisonnement ou des mesures probatoires (première étape de l'analyse), mais également dans la décision de prononcer ou non une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, puisque ces ordonnances sont clairement des « *sanctions substitutives* » à l'incarcération.

Il y a donc conflit entre les versions anglaise et française de l'al. 718.2e). Conformément à un principe d'interprétation bien établi, pour résoudre un conflit entre les deux versions officielles, il faut chercher à dégager le sens qui est commun aux deux versions : [renvois omis]. Par conséquent, il faut donner au mot « *imprisonment* » du texte anglais de l'al. 718.2e) le sens d'« *incarceration* » (« *incarcération* ») plutôt que son sens technique qui englobe à la fois l'idée d'incarcération et celle de « *conditional sentence* » (« *condamnation* » à l'emprisonnement avec sursis ». Considéré sous cet

impose a conditional sentence as opposed to a jail term. [paras. 94-95]

[88] In short, it is in the English version of s. 718.2(e) that the term “imprisonment” is used inconsistently unless narrowed to refer to the manner in which the sentence is to be served. This is clear when one examines the French text of the same provision. We have not been referred to any similar conflicts between the English and French versions with respect to the meaning of “imprisonment” elsewhere in the *Code* and the Crown properly concedes that there is no such conflict in s. 732.

[89] The appellant’s interpretation of s. 732, with which I agree, is supported by s. 731(1)(b) of the *Code*. That section authorizes a judge to impose a period of probation “in addition to . . . sentencing the offender to imprisonment for a term not exceeding two years”. The Crown concedes that a period of probation may be added to a conditional sentence and that this flows from the fact that the imposition of the probation order is authorized by s. 731(1)(b). (This was the basis on which the judge in this case could impose the probationary term to follow the conditional sentences.) It follows that the sentence of imprisonment contemplated by s. 731(1)(b) must include a conditional sentence of imprisonment. Otherwise (and contrary to the Crown’s concession), a sentencing judge would not be authorized to impose a period of probation in addition to a conditional sentence.

[90] If we were to accept the Crown’s position on this appeal, we would have to decide that a conditional sentence *is* included in the phrase “sentencing the offender to imprisonment” for the purposes of s. 731(1)(b) (as the Crown concedes), but that a conditional sentence *is not* a sentence of imprisonment for the purposes of the very next sentencing option in the *Code*, s. 732. I see no reason to conclude that Parliament intended such similar expressions — “sentence of imprisonment” and “sentencing . . . to imprisonment” — to have different meanings in these consecutive sentencing options in the *Code*. The provisions are even more similar

éclairage, même dans sa version anglaise, l’al. 718.2e) joue clairement un rôle dans la décision du tribunal de prononcer le sursis à l’emprisonnement plutôt que l’incarcération. [par. 94-95]

[88] En résumé, c’est dans la version anglaise de l’al. 718.2e) que le terme « *imprisonment* » est mal employé s’il ne s’entend pas que de la façon dont la peine doit être purgée, ce qui ressort de la version française. On ne nous a signalé aucun conflit semblable entre les versions française et anglaise d’autres dispositions du *Code* où ce terme serait employé, et le ministère public reconnaît à juste titre qu’il n’y a pas de telle incompatibilité à l’art. 732.

[89] L’interprétation de l’art. 732 que préconise l’appelant et avec laquelle je suis d’accord est confirmée par l’al. 731(1)(b) du *Code*, qui permet au tribunal non seulement de « condamner [le délinquant] à un emprisonnement maximal de deux ans », mais en outre, d’ordonner qu’il fasse l’objet d’une période de probation. Le ministère public admet qu’une période de probation peut s’ajouter à une condamnation avec sursis, et ce, parce que l’al. 731(1)(b) autorise le prononcé d’une ordonnance de probation. (C’est sur le fondement de cette disposition que le juge pouvait en l’espèce ordonner qu’une période de probation s’applique dès l’expiration des peines avec sursis.) En conséquence, l’emprisonnement visé à l’al. 731(1)(b) doit englober la peine avec sursis. Sinon (et malgré l’aveu du ministère public), le juge qui prononce la peine ne serait pas autorisé à faire suivre d’une période de probation l’expiration de la peine avec sursis.

[90] Si nous faisons droit à la prétention du ministère public dans le présent pourvoi, nous devrions statuer que la condamnation avec sursis *est* visée par l’expression « condamner à un emprisonnement » pour l’application de l’al. 731(1)(b) (comme le concède le ministère public), mais qu’elle *ne constitue pas* un emprisonnement aux fins de la condamnation que prévoit la disposition qui suit immédiatement dans le *Code*, à savoir l’art. 732. Je ne vois pas pourquoi le législateur aurait voulu que des termes semblables comme « emprisonnement », « peine d’emprisonnement » et « condamner à un emprisonnement » aient des sens différents dans

in French: “. . . le tribunal peut . . . en plus . . . de le condamner à un emprisonnement maximal de deux ans . . .” in s. 731(1)(b) and “[l]e tribunal qui . . . le condamne à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours . . .” in s. 732(1).

[91] A court ought to give the same meaning to the same words used within the same statute unless there is some good reason to think that Parliament did not intend to express itself consistently. As Cory J. put it in *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at p. 400: “Unless the contrary is clearly indicated by the context, a word should be given the same interpretation or meaning whenever it appears in an act.” With respect to the use of the very similar expressions in ss. 731 and 732 of the *Code*, we should conclude that they have the same meaning in consecutive sections of the same statute unless the contrary is clearly indicated by the context. There is no such contrary indication.

[92] As I have suggested, where Parliament intended to limit or qualify the expressions “sentence of imprisonment” or “imprisonment” so as to exclude conditional sentences of imprisonment, it did so by using language which made this exclusion clear in the context of the particular provision.

[93] Section 743.3 is an example. It expressly applies only to persons sentenced to sentences of imprisonment in an institution. Of course, it can have no application to persons who are ordered to serve their sentences of imprisonment in the community. The section provides simply that where an offender is sentenced to a sentence of imprisonment in an institution, the sentence is to be served in accordance with the enactments and rules that govern the institution to which he or she is sentenced:

743.3 A sentence of imprisonment shall be served in accordance with the enactments and rules that govern the institution to which the prisoner is sentenced.

ces dispositions consécutives du *Code* offrant des options en matière de détermination de la peine. Le libellé employé dans ces deux dispositions est en effet très similaire : « . . . le tribunal peut [. . .] en plus [. . .] de le condamner à un emprisonnement maximal de deux ans . . . » (al. 731(1)(b)) et « [l]e tribunal qui [. . .] le condamne à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours . . . » (par. 732(1)).

[91] Le tribunal doit donner le même sens aux termes identiques employés dans une loi, sauf s’il y a lieu de croire que le législateur n’a pas voulu s’exprimer de manière uniforme. Comme l’a dit le juge Cory dans l’arrêt *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, p. 400 : « . . . à moins que le contexte ne s’y oppose clairement, un mot doit recevoir la même interprétation et avoir le même sens tout au long d’un texte législatif. » En ce qui concerne l’emploi de termes très semblables dans les articles consécutifs d’un même texte législatif, comme les art. 731 et 732 du *Code*, nous devrions conclure qu’ils ont le même sens, à moins que le contexte ne s’y oppose clairement, ce qui n’est pas le cas.

[92] Comme je l’ai laissé entendre, lorsque le législateur a voulu limiter le sens de termes comme « peine d’emprisonnement » ou « emprisonnement » pour exclure la peine avec sursis, il l’a fait au moyen d’un libellé qui rendait cette exclusion manifeste dans le contexte de la disposition en cause.

[93] L’article 743.3 en est un exemple. Il s’applique expressément aux seules personnes condamnées à purger une peine d’emprisonnement dans un établissement. Évidemment, il ne peut s’appliquer aux personnes qui purgent leur peine dans la collectivité. Il prévoit simplement que lorsqu’un délinquant est condamné à l’emprisonnement dans un établissement, la peine doit être purgée conformément aux dispositions et règles qui régissent l’établissement en cause :

743.3 Une peine d’emprisonnement est purgée conformément aux dispositions et règles qui régissent l’établissement où le prisonnier doit purger sa peine.

[94] Specifying the type of “sentence of imprisonment” being addressed, as does this section, is consistent with the view that, absent such limitation or qualification, all sentences of imprisonment are being referred to. Section 743.3 shows that where some qualification of the generality of the term was intended in the *Code*, it is stated expressly.

[95] There are other instances in the *Code* in which Parliament has made clear that the words “sentence of imprisonment” or “imprisonment” refer only to incarceration. None of them detracts from the interpretation of s. 732 that the appellant proposes and with which I agree.

[96] Sections 719(4) and 719(5) provide one example. These provisions use the expression “term of imprisonment” and deal with the manner in which that term is to be served in custody. There is no inconsistency between recognizing that these provisions deal specifically with custodial sentences, as indicated through references to “the day on which the convicted person is arrested and taken into custody under the sentence” (s. 719(4)) or to the “execution of the warrant of committal” (s. 719(5)) and finding that the “sentence of imprisonment” referred to in s. 732(1) includes a conditional sentence of imprisonment.

[97] Section 742.7(1) provides another example of a provision in which the term “imprisonment” cannot include a conditional sentence. The section is at pains to distinguish between a person serving a conditional sentence of imprisonment and that person being imprisoned. Section 742.7(1) refers to the situation of a person subject to a conditional sentence order (which is an order that a sentence of imprisonment be served in the community) and the situation of that person when “imprisoned”. Section 742.6(9)(c) and s. 742.7(2) clearly distinguish between serving a sentence of imprisonment in the community and serving the sentence of imprisonment in custody. Section 742.7(4) carefully distinguishes between the service of a sentence in the community and serving it in custody. These provisions do not at all detract from the view that a conditional sentence of imprisonment is a manner of serving a sentence of imprisonment. As I have

[94] Lorsque, comme dans cet article, le législateur précise le type d’« emprisonnement » en cause, on peut déduire qu’en l’absence d’une telle restriction, toute peine d’emprisonnement est visée. L’article 743.3 montre que lorsque le législateur a voulu limiter la portée générale d’un terme employé dans le *Code*, il l’a fait expressément.

[95] Il y a d’autres exemples dans le *Code* où le législateur a clairement indiqué que le terme « emprisonnement » ou « peine d’emprisonnement » ne s’entend que de l’incarcération. Aucun ne contredit l’interprétation de l’art. 732 que l’appelant préconise et avec laquelle je suis d’accord.

[96] Les paragraphes 719(4) et (5) sont un exemple. Ils parlent de « période d’emprisonnement » et portent sur la façon dont est purgée cette période en détention. Il n’y a aucune contradiction entre reconnaître que ces dispositions portent précisément sur la peine de détention, comme l’attestent les mentions « la date où la personne déclarée coupable est arrêtée et mise sous garde aux termes de la sentence » (par. 719(4)) ou « l’exécution du mandat d’incarcération » (par. 719(5)) et conclure qu’au par. 732(1), l’« emprisonnement » englobe la peine avec sursis.

[97] Le paragraphe 742.7(1) constitue un autre exemple de disposition où le terme « emprisonnement » ne peut inclure la peine avec sursis. Il distingue clairement entre la personne qui purge une peine d’emprisonnement dans la collectivité et celle qui est incarcérée. Il vise la situation de la personne qui fait l’objet d’une ordonnance de sursis (portant que la peine d’emprisonnement est purgée dans la collectivité) et celle de la personne qui est « emprisonnée ». L’alinéa 742.6(9)(c) et le par. 742.7(2) établissent une distinction nette entre la peine d’emprisonnement purgée dans la collectivité et celle purgée en détention. Le paragraphe 742.7(4) distingue bien l’exécution de la peine dans la collectivité et son exécution en détention. En toute déférence, ces dispositions n’empêchent aucunement de conclure que le sursis constitue un mode d’exécution de la peine d’emprisonnement. Je le répète, bien que ce soit généralement le cas,

said earlier, imprisonment generally results from a sentence of imprisonment, but not all sentences of imprisonment result in imprisonment.

[98] The Crown submits that a different interpretation of “imprisonment” is merited in s. 732 because it would allow sentencing judges greater discretion to craft fit sentences tailored to the individual cases before them. However, it is simply not possible for me to say that a conditional sentence of imprisonment is not a sentence of imprisonment. But that is what the Crown’s position, if accepted, would require us to say.

[99] I accept, of course, that it is desirable that sentencing judges be able to exercise their discretion to craft the most fit sentence in every case. But that discretion is circumscribed by the limits imposed by the text of the *Criminal Code* and other relevant legislation. The fact that an intermittent sentence may appear appropriate in a particular case does not permit the courts to impose a sentence that parliament has not authorized. In short, we must respect and give effect to the parliamentary decision to limit the availability of intermittent sentences to sentences of imprisonment of 90 days or less.

[100] The Crown cites *R. v. Power* (2003), 176 C.C.C. (3d) 209 (Ont. C.A.), submitting that in that case the court upheld the combination of an intermittent sentence and a lengthy conditional sentence. However, the legality of the sentence was not before the court; neither of the parties challenged the legality of the combination of sentences and the court, understandably, did not consider the issue. The case does not support the Crown’s interpretation.

[101] So I conclude: First, the text of the *Criminal Code* and this Court’s jurisprudence specify that a conditional sentence of imprisonment is a “sentence of imprisonment”. Second, where Parliament intended that the words “sentence of imprisonment” and equivalent expressions exclude conditional sentences, it used language placed in a context which makes this clear. Third, there is nothing in the text or context of s. 732(1) which justifies

la peine d’emprisonnement n’entraîne pas toujours l’incarcération.

[98] Le ministère public soutient qu’il convient d’interpréter différemment le terme « emprisonnement » à l’art. 732 afin d’accroître le pouvoir discrétionnaire du tribunal d’infliger une peine adaptée à chaque affaire dont il est saisi. Or, je ne puis tout simplement pas affirmer — comme il nous faudrait le faire si nous faisons droit à cette prétention — qu’une peine d’emprisonnement avec sursis ne constitue pas une peine d’emprisonnement.

[99] Il est évidemment souhaitable que le juge appelé à déterminer la peine puisse exercer son pouvoir discrétionnaire de concevoir la peine la plus appropriée au regard des circonstances de l’espèce. Cependant, ce pouvoir discrétionnaire est circonscrit par le texte du *Code criminel* et d’autres lois pertinentes. Le fait qu’une peine discontinue peut sembler convenir dans une affaire donnée ne permet pas au tribunal d’infliger une peine que le législateur n’a pas autorisée. Bref, nous devons respecter la volonté du législateur qu’une peine discontinue ne puisse être infligée que dans le cas d’un emprisonnement de 90 jours ou moins.

[100] Le ministère public invoque l’arrêt *R. c. Power* (2003), 176 C.C.C. (3d) 209 (C.A. Ont.), à l’appui de sa thèse selon laquelle le tribunal peut combiner une peine discontinue et une longue peine d’emprisonnement avec sursis. Or, la légalité de la peine n’était pas en cause dans cette affaire, et aucune des parties n’avait contesté la légalité de la combinaison des peines. La cour n’a donc pas examiné la question. Cette décision n’appuie pas l’interprétation préconisée par le ministère public.

[101] Je conclus donc ce qui suit. Premièrement, le texte du *Code criminel* et la jurisprudence de la Cour précisent que la peine d’emprisonnement avec sursis est un « emprisonnement ». Deuxièmement, lorsqu’il a voulu que le mot « emprisonnement » ou des termes équivalents excluent la peine avec sursis, le législateur a eu recours à un libellé en ce sens dans un contexte rendant son intention manifeste. Troisièmement, aucun élément textuel ou

a departure from the grammatical and ordinary meaning of the words “sentence of imprisonment” in that section.

[102] The judge in this case imposed a sentence of imprisonment of more than 90 days. As a result of s. 732(1) of the *Code*, he could not order that a 90-day portion of that sentence be served intermittently. The intermittent sentence was therefore illegal and must be set aside.

B. Section 139 of the Corrections and Conditional Release Act

[103] My colleague Fish J. would hold that s. 139 of the *CCRA* does not apply to conditional sentences. He states at para. 7 that “conditional sentences are not contemplated by . . . s. 139 of the *CCRA*” and at para. 34 that “s. 139(1) is inapplicable to a conditional sentence served in the community”. As noted earlier, the parties were not in disagreement about the effect of this provision and their arguments were premised on its application to conditional sentences. They have therefore had no opportunity to respond to the suggestion that their arguments in this Court were based on an erroneous premise.

[104] Respectfully, I see no reason to go behind the premise on which the parties advanced this appeal, namely that, as a result of s. 139 of the *CCRA*, if a conditional sentence is a sentence of imprisonment within the meaning of s. 732(1) of the *Code*, an intermittent sentence was not available here.

C. Does the Intermittent Sentence, if Legal, Have to Be Served on Consecutive Days?

[105] The Court of Appeal, while holding that the sentence was not illegal, concluded that the 90-day intermittent sentence had to be served on consecutive days by virtue of s. 732(3). I respectfully disagree with this conclusion as does my colleague Fish J. Of course, because I would hold that the sentence was illegal, it is not strictly necessary to address this question. However, the point has been fully argued and it will be useful to address it.

contextuel du par. 732(1) ne justifie un écart du sens ordinaire ou grammatical du terme « emprisonnement » qui y est employé.

[102] En l'espèce, le juge a infligé une peine d'emprisonnement de plus de 90 jours. Suivant le par. 732(1) du *Code*, il ne pouvait pas ordonner que 90 jours de la durée totale de cette peine soit purgée de façon discontinue. La peine discontinue était par conséquent illégale et doit être annulée.

B. L'article 139 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition

[103] Mon collègue le juge Fish estime que l'art. 139 de la *LSCMLSC* ne s'applique pas à la peine avec sursis. Il affirme au par. 7 de ses motifs que cette peine n'est pas visée par cette disposition puis, au par. 34, que « le par. 139(1) ne s'applique pas à la peine avec sursis purgée dans la collectivité ». Je le rappelle, les parties ne sont pas en désaccord quant à l'incidence de cette disposition, et leurs plaidoiries supposent son application à la peine avec sursis. Elles n'ont donc pas pu répondre à l'affirmation que les thèses qu'elles ont défendues devant la Cour s'appuyaient sur une prémisse erronée.

[104] En toute déférence, je ne vois aucune raison d'aller au-delà de la prémisse qui sous-tend l'argumentation des parties dans le présent pourvoi, à savoir que si une peine avec sursis constitue un emprisonnement au sens du par. 732(1) du *Code*, l'art. 139 de la *LSCMLSC* faisait obstacle à une peine discontinue en l'espèce.

C. À supposer qu'elle soit légale, la peine discontinue doit-elle être purgée de façon continue?

[105] Bien qu'elle l'ait tenu pour valide, la Cour d'appel a conclu que la peine discontinue de 90 jours devait être purgée de façon continue conformément au par. 732(3). En toute déférence, je ne suis pas d'accord et mon collègue le juge Fish ne l'est pas non plus. Naturellement, vu ma conclusion que la peine était contraire à la loi, il n'est pas vraiment nécessaire de me pencher sur la question. Toutefois, comme elle a été dûment débattue, il me paraît utile de l'examiner.

[106] Section 732(3) provides that “[w]here a court imposes a sentence of imprisonment on a person who is subject to an intermittent sentence in respect of another offence, the unexpired portion of the intermittent sentence shall be served on consecutive days unless the court otherwise orders.” The Court of Appeal held that s. 732(3) applied in this case because, “[a]t the time that the sentencing judge imposed a sentence of imprisonment [i.e. the conditional sentences] . . . he had already sentenced [Mr. Middleton] to the intermittent sentence Section 732(3) has the effect of causing the unexpired portion of the intermittent sentence . . . to be served on consecutive days” (para. 21). In other words, the court held that s. 732(3) applied because of the order in which the sentencing judge imposed the sentences. He first imposed the intermittent sentence for one offence, then the conditional sentences for two additional offences. Thus, in the view of the Court of Appeal, when the judge imposed the conditional sentences, Mr. Middleton was at that point already “subject to an intermittent sentence in respect of another offence”. The judge failed to expressly order otherwise and, as a result, s. 732(3) operated to collapse the “unexpired portion” of the intermittent sentence imposed seconds before into a sentence to be served on consecutive days.

[107] Respectfully, this interpretation of s. 732(3) is problematic for at least three reasons.

[108] First, it gives inconsistent meanings to the words “sentence of imprisonment” within s. 732. The Court of Appeal found the intermittent sentence to be lawful. As discussed earlier, this could only be so if the conditional sentence *were not* sentences of imprisonment within the meaning of s. 732(1). However, the Court of Appeal also held that s. 732(3) was engaged here. This could only be so if the conditional sentences *were* sentences of imprisonment within the meaning of s. 732(3). For reasons already mentioned, this sort of inconsistent usage of the same words should not be ascribed to Parliament.

[106] Le paragraphe 732(3) prévoit que « [l]orsque le tribunal inflige une peine d'emprisonnement au délinquant purgeant déjà une peine discontinue pour une autre infraction, la partie non purgée de cette peine est, sous réserve d'une ordonnance du tribunal au contraire, purgée de façon continue. » La Cour d'appel a statué que le par. 732(3) s'appliquait en l'espèce parce que, [TRADUCTION] « [a]u moment où le juge a infligé une peine d'emprisonnement [à savoir les peines avec sursis] [. . .] il avait déjà condamné [M. Middleton] à une peine discontinue. [. . .] Le paragraphe 732(3) fait en sorte que la partie non purgée de la peine discontinue [. . .] soit purgée de façon continue » (par. 21). En d'autres termes, la Cour d'appel a conclu que le par. 732(3) s'appliquait en raison de l'ordre dans lequel le juge avait infligé les peines. Il a d'abord infligé la peine discontinue pour une infraction, puis les peines avec sursis pour deux autres infractions. Ainsi, selon elle, lorsque le juge a infligé les peines avec sursis, M. Middleton était alors un délinquant « purgeant déjà une peine discontinue pour une autre infraction ». Le juge n'a pas expressément rendu d'ordonnance au contraire et, partant, le par. 732(3) a eu pour effet de transformer « la partie non purgée » de la peine discontinue infligée juste avant en une peine devant être purgée de façon continue.

[107] En toute déférence, pareille interprétation du par. 732(3) est problématique pour au moins trois raisons.

[108] Premièrement, elle confère des sens incompatibles aux termes « emprisonnement » ou « peine d'emprisonnement » employés à l'art. 732. La Cour d'appel a conclu à la légalité de la peine discontinue. Je le répète, il ne pouvait en être ainsi que si les peines avec sursis *n'étaient pas* des peines d'emprisonnement pour les besoins du par. 732(1). Or, la Cour d'appel a également estimé que le par. 732(3) s'appliquait en l'espèce, ce qui ne pouvait être le cas que si les peines avec sursis *étaient* des peines d'emprisonnement au sens du par. 732(3). Pour les motifs qui précèdent, pareille incohérence dans l'emploi de mêmes termes ne saurait être attribuée au législateur.

[109] Second, the Court of Appeal's interpretation makes too much turn on the order in which sentences are imposed. On the court's interpretation, s. 732(3) would not have been engaged had the judge imposed the sentences in the other order because, in that case, Mr. Middleton would not have been subject to an intermittent sentence when the conditional sentences were imposed. To have the application of the section turn on the many chronological possibilities that may occur in the sentencing process would make its operation arbitrary and impractical. We should be slow to attribute such an intent to Parliament.

[110] Finally, this approach to s. 732(3) thwarts the clear intent of the sentencing judge. It could not be clearer that the judge in this case intended the 90-day sentence of imprisonment to be served intermittently. Yet, because he failed to expressly order otherwise, the Court of Appeal held that s. 732(3) thwarted that clear intent. I cannot agree. Without attempting to address all of the variations that could result from the timing and order of sentencing, it seems to me that when a judge lawfully imposes an intermittent sentence and another sentence of imprisonment as part of the same sentencing proceeding, the judge should be understood to have relied on the closing words of s. 732(3) — that is, on the authority to “otherwise orde[r]” — so that the intermittent sentence does not become a sentence to be served on consecutive days. In other words, where a sentencing judge imposes an intermittent sentence and, as part of the same sentencing hearing, imposes another sentence of imprisonment that can legally be combined with it, I would infer that the sentencing judge has “otherwise order[ed]” and that the intermittent sentence is to be served intermittently.

[111] In this case, the sentencing judge tried to craft a sentence that would balance the goals of denunciation, deterrence and protection with his concern that the appellant's daughter not suffer financial hardship. This manifested a clear intention that the intermittent sentence, imposed first, be served intermittently. Had the intermittent sentence as imposed been legal, the operation of

[109] Deuxièmement, l'interprétation de la Cour d'appel accorde trop d'importance à l'ordre dans lequel les peines sont infligées. Selon elle, le par. 732(3) n'aurait pas eu d'application si le juge avait infligé les peines dans un ordre différent, car M. Middleton n'aurait pas été assujéti à une peine discontinue au moment de l'infligation des peines avec sursis. Subordonner l'application du paragraphe en cause à la chronologie des nombreuses étapes possibles du processus de détermination de la peine équivaudrait à la rendre arbitraire et irréaliste. Nous devons nous garder de prêter une telle intention au législateur.

[110] Enfin, cette interprétation du par. 732(3) contrecarre l'intention manifeste du juge, dont l'intention très claire était que la peine de 90 jours d'emprisonnement soit purgée de façon discontinue. Cependant, comme il n'a pas expressément rendu d'ordonnance au contraire, la Cour d'appel a conclu que le par. 732(3) faisait échec à cette intention manifeste. Je ne suis pas d'accord. Je n'entends pas examiner toutes les variations auxquelles peut donner lieu la chronologie des peines, mais il me semble que lorsqu'un juge inflige légalement une peine discontinue ainsi qu'une autre peine d'emprisonnement lors d'une même audience de détermination de la peine, il faut considérer qu'il s'est fondé sur la partie finale du par. 732(3) — soit son pouvoir de rendre « une ordonnance [. . .] au contraire » — de sorte que la peine discontinue ne se transforme pas en une peine devant être purgée de façon continue. En d'autres termes, lorsque le juge qui détermine la peine inflige une peine discontinue puis, à la même audience, une autre peine d'emprisonnement pouvant légalement s'ajouter à la première, j'estime qu'il rend « une ordonnance [. . .] au contraire » et que la peine discontinue doit être purgée de façon discontinue.

[111] En l'espèce, le juge a tenté de concevoir une peine qui met en balance les objectifs de la réprobation, de la dissuasion et de la protection et le souci d'éviter à la fille de l'appelant un préjudice financier. Cette démarche traduisait clairement son intention que la peine discontinue, infligée en premier, soit purgée de façon discontinue. Si la peine discontinue ainsi imposée avait été valide, le

s. 732(3) to collapse the intermittent sentence would have defeated the sentencing judge's intention to impose what he considered a fit sentence that would allow the appellant to keep his job so as to be able to make support payments. Requiring the sentencing judge to specify that he meant it when, moments before, he imposed an intermittent sentence is, in my respectful view, to take a too formalistic approach to the words "otherwise orders" in s. 732(3).

D. What Sentence Should This Court Impose to Replace the Illegal Intermittent Sentence?

[112] While in my view, the intermittent sentence was unlawful in this case, the Court holds otherwise. It is therefore not necessary for me to address the question of what lawful sentence should be imposed.

4. Disposition

[113] I would allow the appeal and set aside the 90-day intermittent sentence as illegal. In light of the Court's finding to the contrary, it is not necessary for me to decide what sentence ought to have been imposed in its place.

Appeal allowed, CROMWELL J. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Lafontaine & Associates, Toronto.

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

par. 732(3) aurait fait échec à l'intention du juge d'infliger une peine qui, à son avis, permettait à l'appelant de conserver son emploi et de verser une pension alimentaire. À mon humble avis, c'est interpréter de façon trop formaliste l'expression « ordonnance du tribunal au contraire » employée au par. 732(3) que d'exiger du juge qu'il précise que telle est bien son intention que la peine discontinue soit purgée de manière discontinue.

D. Quelle peine notre Cour devrait-elle substituer à la peine discontinue contraire à la loi?

[112] Bien que, à mon avis, la peine discontinue était contraire à la loi en l'espèce, les juges majoritaires de la Cour concluent à sa légalité. Il n'y a donc pas lieu de me pencher sur la question de savoir quelle peine légale il convient d'infliger.

4. Dispositif

[113] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la peine discontinue de 90 jours d'emprisonnement en raison de son illégalité. Étant donné la conclusion contraire de la Cour, il est inutile que je me penche sur la peine qui aurait dû être infligée à la place.

Pourvoi accueilli, le juge CROMWELL est dissident en partie.

Procureurs de l'appelant : Lafontaine & Associates, Toronto.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Duc Van *Respondent*

INDEXED AS: R. v. VAN

Neutral citation: 2009 SCC 22.

File No.: 32681.

2009: January 13; 2009: May 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Charge to jury — Investigative hearsay and police opinion testimony — Omission of limiting instructions — Application of curative proviso — Accused claiming he was falsely named as attacker — Lead investigating officer providing narrative of investigative process — Officer's testimony including hearsay and personal opinion — Accused found guilty but convictions set aside on appeal — Whether trial judge erred in failing to provide jury with limiting instruction concerning officer's testimony — If so, whether conviction can be upheld pursuant to curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

K was stabbed, robbed, and left to die in his apartment but he survived. Initially, the police suspected the crime might have been committed by loan-shark enforcers. However, when K was able to talk, he identified the accused V, his friend and gambling companion, as his attacker. The police then abandoned the loan-shark theory. At trial, V claimed K had falsely named him as the attacker and advanced a theory that K, known for his involvement in illegal gambling, had actually been attacked by members of a loan-sharking organization, and that the police had improperly focused their attention on him when K had named him as the attacker. To support this argument, he relied on the testimony of N, a senior police officer and the lead investigator of K's case, who testified for the Crown to the steps taken by the police following the attack. In the course of his testimony, N made several statements that constituted

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Duc Van *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. VAN

Référence neutre : 2009 CSC 22.

N° du greffe : 32681.

2009 : 13 janvier; 2009 : 28 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 criminel — Procès — Exposé au jury — Oui-dire issu de l'enquête et témoignage d'opinion du policier — Omission d'une directive restrictive — Application de la disposition réparatrice — Accusé prétendant avoir été faussement identifié comme agresseur — Compte rendu du déroulement de l'enquête fourni par l'enquêteur principal — Déposition de l'enquêteur contenant du oui-dire et une opinion personnelle — Accusé reconnu coupable mais déclaration de culpabilité annulée en appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de donner au jury une directive restrictive concernant le témoignage du policier? — Dans l'affirmative, les déclarations de culpabilité peuvent-elles être maintenues en application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

K a été poignardé, volé et laissé agonisant dans son appartement mais il a survécu. La police a commencé par suspecter des hommes de main d'un usurier d'avoir commis le crime. Toutefois, lorsque K fut en mesure de parler, il a identifié l'accusé V, son ami et compagnon de jeu, comme étant son agresseur. Les policiers ont abandonné la thèse de l'usurier. Au procès, V a prétendu que K l'avait faussement désigné comme agresseur et a avancé une thèse selon laquelle K, connu pour ses activités de jeu illégales, avait en fait été agressé par des membres d'une organisation de prêt usuraire, et que les policiers chargés de l'enquête avaient incorrectement porté leur attention sur lui lorsque K l'eut désigné comme agresseur. À l'appui de cet argument, il a invoqué la déclaration de N, un policier chevronné et l'enquêteur principal dans l'affaire K, qui a témoigné pour le ministère public concernant les mesures prises

hearsay and opinion evidence, including a statement that he believed V to be guilty. He also implied that his opinion was based in part on facts which corroborated K's version of events but which were not before the jury. The trial judge did not provide the jury with a limiting instruction on the permissible and impermissible uses to which N's evidence could be put and no objection was made to the lack of limiting instruction on this matter at trial. The jury found V guilty of attempted murder, robbery and forcible confinement. The majority of the Court of Appeal set aside the convictions, concluding that the trial judge's failure to give a limiting instruction on the permissible use of the officer's testimony amounted to a serious error that could not be saved by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The dissenting judge perceived the error as minor in the context of the charge and the trial as a whole and would have upheld the convictions by resort to the proviso.

Held (Binnie, Fish, Charron and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the convictions restored.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, and Rothstein JJ.: When investigative hearsay and opinion evidence is introduced pertaining to a defence of inadequate police investigation without a limiting instruction, a jury runs the risk of using the otherwise inadmissible evidence for an impermissible purpose. In this case, the absence of a limiting instruction with respect to the officer's investigative hearsay and opinion evidence constituted an error of law, but this error was harmless and had no effect on the verdict. Accordingly, despite the error, the convictions can be upheld and must be restored pursuant to s. 686(1)(b)(iii). [3] [33]

The majority of the hearsay evidence that was introduced by means of N's testimony was properly before the jury through the direct, admissible evidence of other witnesses. The hearsay evidence that was not before the jury through other sources was peripheral to the main issue at trial, and the jury's use of this evidence for the truth of its contents would not have affected the verdict. The expression of N's opinion in the absence of a limiting instruction likely had an insignificant impact on the verdict in the context of N's testimony and the

par la police après l'agression. Lors de son témoignage, N a fait plusieurs déclarations qui constituaient du ouï-dire et un témoignage d'opinion, affirmant notamment qu'il croyait que V était coupable. Il a également laissé entendre que son opinion était fondée en partie sur des faits qui corroboraient la version des événements donnée par K mais qui n'avaient pas été présentés au jury. Le juge du procès n'a pas donné au jury une directive restrictive concernant les utilisations admissibles et inadmissibles de la déposition de N et aucune objection n'a été formulée au procès concernant l'absence de directive restrictive à cet égard. Le jury a déclaré V coupable de tentative de meurtre, de vol qualifié et de séquestration. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé les condamnations et ont conclu que l'omission du juge du procès de donner une directive restrictive concernant l'utilisation admissible du témoignage du policier constituait une erreur grave à laquelle on ne pouvait remédier au moyen de la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Le juge dissident a considéré l'erreur comme étant mineure dans le contexte de l'accusation et de l'ensemble du procès et aurait maintenu les condamnations en recourant à la disposition réparatrice.

Arrêt (les juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein: La présentation d'une preuve par ouï-dire issu d'une enquête et d'un témoignage d'opinion se rapportant à une défense fondée sur une enquête policière inadéquate sans qu'une directive restrictive ne soit donnée comporte le risque que le jury utilise cette preuve autrement inadmissible dans un but inacceptable. En l'espèce, l'absence d'une directive restrictive concernant le ouï-dire issu de l'enquête et le témoignage d'opinion du policier constituait une erreur de droit, mais cette erreur a été sans conséquence et n'a eu aucune incidence sur le verdict. En conséquence, en dépit de l'erreur, les déclarations de culpabilité peuvent être maintenues et doivent être rétablies en application du sous-al. 686(1)(b)(iii). [3] [33]

La majorité des éléments de preuve par ouï-dire présentés par N lors de son témoignage ont été dûment soumis au jury par les témoignages directs et recevables d'autres témoins. Les éléments de preuve par ouï-dire qui n'ont pas été soumis au jury au moyen d'autres sources se situaient en marge de la question principale soulevée au procès. L'utilisation par le jury de ces éléments de preuve du fait de la véracité de leur contenu n'aurait pas influé sur le verdict. Dans le contexte de la déposition de N et du procès dans son ensemble, l'opinion exprimée

trial as a whole. N was relating to the jury the reasons for which he and his partner changed the focus of their investigation from known loan-shark enforcers to V. It would be natural for him to suggest that he believed he was pursuing the appropriate leads by investigating V, and it would come as no surprise to a jury that a police officer will investigate the person that he or she thinks is most likely to be guilty. Furthermore, the trial judge had instructed the jury at numerous points in his charge that it was their opinion of the evidence, and only theirs, that mattered. While N was clearly a credible Crown witness, he was not the only Crown witness, nor was he the only police officer who testified to the steps taken during the investigation. [38-40]

N's reference to "information that I received" could not have led the jury to believe that he was in possession of inculpatory evidence not presented at trial. This statement was made on re-examination, after a detailed description of the evidence that had unfolded in the course of the investigation. A reasonable jury would have interpreted his statement to refer not to undisclosed sources, but to the evidence that he had described only moments before, especially given defence counsel's failure to object to the statement at the time. Counsel's lack of objection to the errors at trial arose not from a calculated decision, but from the fact that the error was, in the context of the case, not significant. The jury were properly instructed on numerous occasions to rely only on evidence presented at trial and not to engage in speculation. The Crown's question to N in which counsel asked if there was anything else concerning the investigation that might "assist the jury in determining the guilt or innocence of the accused" was misguided, but of little consequence and would not have caused any real prejudice to V. The jury would have been aware that she was merely seeking to conclude the examination-in-chief and to ensure that there was nothing the witness had neglected to mention. The suggestion that the jury would use this statement to infer that everything N had recounted previously could go to the ultimate issue of guilt is unfounded. [41-43]

With respect to the trial judge's instruction on the burden of proof and the presumption of innocence as they related to V's evidence, any deficiency in the *W. (D.)* instruction was more than compensated for by the rest of the charge. [19] [23]

en l'absence de directive restrictive ne semble pas avoir eu des conséquences importantes sur le verdict. N a fait part au jury des raisons pour lesquelles son confrère et lui ont orienté leur enquête vers V plutôt que vers des individus connus comme des hommes de main d'un usurier. Il serait naturel pour lui de laisser entendre qu'il croyait suivre la bonne piste en enquêtant sur V, et le fait qu'un policier enquête sur la personne qu'il soupçonne le plus d'être coupable ne devrait pas plonger les jurés dans l'étonnement. En outre, dans son exposé, le juge du procès a rappelé à de nombreuses reprises aux jurés que seule leur opinion sur la preuve importait. S'il est clair que N demeurerait un témoin digne de foi pour le ministère public, il n'était pas le seul témoin du ministère public ni le seul policier à témoigner au sujet des mesures prises au cours de l'enquête policière. [38-40]

La mention par N des « renseignements que j'ai obtenus » n'aurait pu laisser croire au jury qu'il avait en sa possession un élément de preuve inculpatoire qui n'avait pas été présenté au procès. Cette déclaration a été faite lors du réinterrogatoire, après la présentation détaillée des éléments de preuve obtenus au cours de l'enquête. Un jury raisonnable aurait interprété cette déclaration comme faisant référence non pas à des sources anonymes, mais plutôt aux éléments de preuve que le témoin venait juste de présenter, en raison, en particulier, de l'omission de l'avocat de la défense de s'opposer à la déclaration en question à ce moment. L'omission de l'avocat de s'opposer aux erreurs au procès ne découle pas d'une décision calculée, mais plutôt du fait que ces erreurs n'étaient pas importantes dans le contexte de l'affaire. Le jury a reçu des directives appropriées à de nombreuses reprises sur son devoir de se fonder seulement sur la preuve présentée au procès et d'éviter de se lancer dans des conjectures. La question que l'avocate du ministère public a posée à N sur l'existence d'autres détails de l'enquête qui puissent « aider le jury à établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé », bien que malencontreuse, n'a guère eu de conséquences et n'aurait causé aucun préjudice réel à V. Le jury devait sûrement savoir que l'avocate voulait seulement achever l'interrogatoire principal et s'assurer que le témoin n'avait rien omis de mentionner. L'argument selon lequel le jury se servirait de cette déclaration pour inférer que tout ce que N avait antérieurement relaté pourrait finalement entraîner un verdict de culpabilité n'est pas fondé. [41-43]

Pour ce qui est de la directive du juge du procès en ce qui a trait au fardeau de la preuve et à la présomption d'innocence en rapport avec la preuve présentée par V, toute lacune dans la directive de l'arrêt *W. (D.)*, s'il en était, a été amplement comblée dans le reste de l'exposé. [19] [23]

Per Binnie, Fish, Charron and Cromwell JJ. (dissenting): The trial judge's omission of limiting instructions about N's opinion evidence, based in part on a body of information not otherwise before the jury, was a serious error that may well have directly affected the jury's assessment of the credibility not only of the accused V but of K. Credibility and existence of reasonable doubt on all the evidence were the key issues before the jury. Without the required limiting instructions on investigative hearsay and police opinion testimony, there were two related dangers that would go unaddressed: first, that the jury would improperly use the "investigative hearsay" evidence as evidence of its truth and, second, that the jury would wrongly attach weight to N's personal opinion that V was guilty. In combination, these two problematic aspects were of more concern than either might have been on its own. Each reinforced the other. N's opinion likely strengthened K's credibility, as did the implication that N relied in forming that opinion on material not before the jury but which corroborated K's evidence. [66] [74-75] [101]

The Crown's position that N's opinion testimony was harmless because the jury would have assumed in any event that he thought V was guilty overlooks the dangers of evidence put in the form of opinions: it usurped the function of the jury by drawing critical inferences — a conclusion about V's guilt — from the facts known to the witness, and it obscured the factual basis for the conclusions reached. It was at best unclear and at worst a likely inference that N's opinion was based solely on evidence other than that which had been admitted before the jury. Finally, there was a danger that the jury would put more credence in the improperly offered opinion simply because it came from an experienced and respected police officer, thus bolstering K's credibility while undermining that of V. The Crown's assertion that the jury likely assumed that the investigating officer thought V was guilty underlines the need for the limiting instructions rather than providing an excuse for their omission. [80-84] [86]

N's testimony created the impression that his personal opinion about V's guilt was based in part on a body of information not disclosed to the jury. Some of this information was expressly represented to the jury as corroborating K's version of events while it was implicit in N's testimony that other information also had this

Les juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell (dissidents) : L'omission du juge du procès de donner une directive restrictive au sujet du témoignage d'opinion de N, fondé en partie sur un ensemble de renseignements qui n'avaient pas été présentés au jury, constituait une erreur grave tout à fait susceptible d'influer sur l'appréciation, par le jury, de la crédibilité non seulement de l'accusé V mais aussi de K. La crédibilité et l'existence d'un doute raisonnable à l'égard de l'ensemble de la preuve constituaient les questions principales soumises au jury. Sans les directives requises relatives au ouï-dire issu de l'enquête et au témoignage d'opinion du policier, deux dangers connexes persistaient : premièrement, le jury pouvait utiliser indûment la preuve dite de « ouï-dire issu de l'enquête » comme preuve de sa véracité et, deuxièmement, il pouvait à tort accorder du poids à l'opinion personnelle de N selon laquelle V était coupable. Puisqu'ils se renforçaient mutuellement, ces deux aspects problématiques étaient encore plus préoccupants, cumulés, qu'ils ne pouvaient l'être chacun de son côté. L'opinion de N, tout comme l'insinuation que cette opinion reposait sur des éléments qui n'avaient pas été présentés au jury mais qui corroboraient le témoignage de K, ajoutaient à la crédibilité de ce dernier. [66] [74-75] [101]

L'argument du ministère public, selon lequel le témoignage d'opinion de N serait inoffensif parce que le jury lui aurait de toute manière imputé l'opinion que V était coupable, fait abstraction des dangers de la preuve par opinion. Par son témoignage, N usurpe la fonction du jury en formulant des conclusions fondamentales — une conclusion concernant la culpabilité de V — à partir de faits que N connaît. Ensuite, le témoignage d'opinion obscurcit le fondement factuel des conclusions tirées. Dans le meilleur des cas, il n'était pas certain que l'opinion de N reposait exclusivement sur des éléments de preuve qui avaient été présentés au jury et, dans le pire des cas, il était probable que ce n'était pas le cas. Enfin, il y avait le danger que le jury accorde plus de crédit à l'opinion irrégulièrement formulée simplement parce qu'elle émanait d'un policier expérimenté et respecté, ajoutant ainsi à la crédibilité de K tout en discréditant V. Loin de justifier l'absence de directives restrictives, l'argument du ministère public voulant que le jury aurait vraisemblablement supposé que le policier chargé de l'enquête croyait V coupable signale la nécessité de ces directives. [80-84] [86]

Le témoignage de N a donné l'impression que son opinion personnelle au sujet de la culpabilité de V reposait en partie sur un ensemble de renseignements qui n'avaient pas été présentés au jury. Il a expressément été dit au jury que certains de ces renseignements corroboraient la version des faits de K tandis qu'il

effect. The jury would have had the impression that N's opinion about V's guilt and about K's credibility was based not only on his long experience as a police officer, but also on a body of information not disclosed to them. This impression compounded the seriousness of the omission of proper instructions that N's opinion should be given no weight. [91-92]

Defence counsel's failure to object at trial in this case cannot reasonably be viewed as a tactical decision by the defence and cannot on its own or in combination with other considerations assist the Crown in discharging its burden of showing that this serious legal error could not reasonably have had any impact on the verdict. [99-100]

The error was not mitigated by other instructions. A proper instruction about this opinion evidence would not have undermined the defence and it is impossible to say what impact a proper instruction would have had on the jury's deliberations. The Crown has not discharged its heavy onus of showing that there is no reasonable possibility that the omitted instruction would have made a difference to the outcome of this case. [101]

Cases Cited

Cited by LeBel J.

Referred to: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Dhillon* (2002), 161 O.A.C. 231; *R. v. Mallory*, 2007 ONCA 46, 220 O.A.C. 239; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. J.H.S.*, 2008 SCC 30, [2008] 2 S.C.R. 152; *R. v. Lane*, 2008 ONCA 841, 243 O.A.C. 156; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *Chibok v. The Queen* (1956), 24 C.R. 354; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293.

Cited by Cromwell J. (dissenting)

R. v. Bevan, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v.*

ressortait implicitement du témoignage de N que d'autres renseignements avaient également cet effet. Les jurés auraient eu l'impression que l'opinion de N au sujet de la culpabilité de V et de la crédibilité de K ne reposait pas uniquement sur sa longue expérience dans la police mais également sur un ensemble de renseignements qui ne leur avait pas été présentés. Cette impression ajoutait à la gravité de l'omission d'indiquer dans des directives appropriées qu'il ne fallait pas accorder de poids à l'opinion de N. [91-92]

Prise isolément ou combinée à d'autres facteurs, l'absence d'objection de l'avocat de la défense au procès ne peut en l'espèce être raisonnablement considérée comme une décision stratégique de la défense ni ne peut aider le ministère public à s'acquitter du fardeau de prouver que la grave erreur de droit en cause ne pouvait raisonnablement avoir eu de répercussion sur le verdict. [99-100]

La gravité de l'erreur n'a pas été atténuée par d'autres directives. La présentation d'une directive appropriée visant ce témoignage d'opinion n'aurait pas causé préjudice à la défense, et il est impossible de dire quel effet une telle directive aurait eu sur les délibérations du jury. Le ministère public ne s'est pas acquitté de sa lourde obligation de démontrer qu'il n'existe pas de possibilité raisonnable que l'omission de la directive aurait été sans conséquence sur l'issue du procès. [101]

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Dhillon* (2002), 161 O.A.C. 231; *R. c. Mallory*, 2007 ONCA 46, 220 O.A.C. 239; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. J.H.S.*, 2008 CSC 30, [2008] 2 R.C.S. 152; *R. c. Lane*, 2008 ONCA 841, 243 O.A.C. 156; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *Chibok c. The Queen* (1956), 24 C.R. 354; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

R. c. Bevan, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c.*

Arcangioli, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(ii), 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

McCormick on Evidence, vol. 1, 6th ed. By Kenneth S. Broun, General Editor. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2006.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O. and Sharpe and Juriansz J.J.A.), 2008 ONCA 383, 236 O.A.C. 219, 92 O.R. (3d) 462, [2008] O.J. No. 1892 (QL), 2008 CarswellOnt 2734, setting aside the accused's convictions and ordering a stay of proceedings. Appeal allowed, Binnie, Fish, Charron and Cromwell JJ. dissenting.

John McInnes, for the appellant.

Joseph S. Wilkinson and *Philip Norton*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] Mr. Jack Kong was stabbed, robbed, and left to die in his apartment on the afternoon of December 21, 2000. Despite sustaining massive injuries, he survived and named the respondent, his erstwhile friend and gambling companion Mr. Duc Van, as his aggressor. At trial, Mr. Van claimed that Mr. Kong had falsely named him as the attacker and advanced a theory that Mr. Kong, known for his involvement in illegal gambling, had actually been attacked by members of a loan-sharking organization. This defence was not successful and the jury found him guilty of attempted murder, robbery and forcible confinement.

[2] The majority of the Ontario Court of Appeal allowed Mr. Van's appeal and set aside the

Arcangioli, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(a)(ii), 686(1)(b)(iii).

Doctrine citée

McCormick on Evidence, vol. 1, 6th ed. By Kenneth S. Broun, General Editor. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Winkler et les juges Sharpe et Juriansz), 2008 ONCA 383, 236 O.A.C. 219, 92 O.R. (3d) 462, [2008] O.J. No. 1892 (QL), 2008 CarswellOnt 2734, qui a annulé les déclarations de culpabilité de l'accusé et ordonné l'arrêt des procédures. Pourvoi accueilli, les juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell sont dissidents.

John McInnes, pour l'appelante.

Joseph S. Wilkinson et *Philip Norton*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Monsieur Jack Kong a été poignardé, volé et laissé agonisant dans son appartement l'après-midi du 21 décembre 2000. En dépit de la gravité de ses blessures, il a survécu et a identifié son agresseur, l'intimé M. Duc Van, son ancien ami et compagnon de jeu. Au procès, M. Van a prétendu que M. Kong l'avait faussement désigné comme agresseur et a avancé une thèse selon laquelle M. Kong, connu pour ses activités de jeu illégales, avait en fait été victime d'une attaque par les membres d'une organisation de prêt usuraire. Ce moyen de défense a été rejeté et le jury l'a déclaré coupable de tentative de meurtre, de vol qualifié et de séquestration.

[2] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont accueilli l'appel de M. Van et annulé

convictions on the grounds that one of the key Crown witnesses, a police officer, had offered his opinion on the accused's guilt and implied that this opinion was based on information not before the jury at trial. For the majority, the trial judge's failure to give a limiting instruction on the permissible use of the officer's testimony amounted to a serious error that could not be saved by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Since the accused had already undergone three trials and had served most of his sentence, the majority entered a stay of proceedings. This case was heard as of right due to the dissenting judgment of Winkler C.J.O., who perceived the error as minor in the context of the charge and the trial as a whole. Winkler C.J.O. would have upheld the convictions by resort to the curative proviso.

[3] The appeal should be allowed. While the trial judge did err by failing to give a limiting instruction with respect to the officer's testimony, this error was harmless and had no effect on the verdict. Accordingly, the convictions must be restored pursuant to s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

II. Factual Background

[4] The respondent and Mr. Kong travelled together to Casino Niagara on December 20, 2000, the night before the attack. They played separate games for most of the evening but convened in the casino coffee shop near the end of the night. Some time between 3:15 and 4 a.m., the two men returned to the respondent's van and began their trip back to Toronto. Mr. Kong testified that he left the casino holding approximately \$6,000 in cash. The first unusual event that night occurred when Mr. Kong and the respondent interrupted their journey home to fix a flat tire. While crouching outside the van changing the tire, Mr. Kong experienced a sharp blow to his head. Mr. Kong testified that the respondent took the blame and apologized

les condamnations au motif que l'un des témoins clés du ministère public, un policier, avait donné son avis concernant la culpabilité de l'accusé et laissé entendre qu'il s'était fondé sur des renseignements non présentés au jury au procès. Selon les juges de la majorité, l'omission du juge du procès de donner une directive restrictive concernant l'utilisation admissible du témoignage du policier constituait une erreur grave à laquelle on ne pouvait remédier au moyen de la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Comme l'accusé avait déjà subi trois procès et purgé la plus grande partie de sa peine, les juges majoritaires ont ordonné l'arrêt des procédures. La présente affaire a été instruite de plein droit en raison du jugement dissident du juge en chef Winkler, qui a considéré l'erreur comme étant mineure dans le contexte de l'accusation et de l'ensemble du procès. Le juge en chef Winkler aurait maintenu les condamnations en recourant à la disposition réparatrice.

[3] Le pourvoi doit être accueilli. Le juge du procès a effectivement commis une erreur en omettant de donner une directive restrictive concernant le témoignage du policier, mais cette erreur a été sans conséquence et n'a eu aucune incidence sur le verdict. En conséquence, les déclarations de culpabilité doivent être rétablies en application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

II. Contexte factuel

[4] L'intimé et M. Kong se sont rendus ensemble au Casino Niagara le 20 décembre 2000, le soir précédant l'agression. Ils ont joué chacun de leur côté durant la majeure partie de la soirée, mais se sont rencontrés au café-restaurant du casino vers la fin de la soirée. Entre 3 h 15 et 4 h, les deux hommes sont montés à bord de la fourgonnette de l'intimé et sont repartis vers Toronto. Monsieur Kong a déclaré avoir quitté le casino avec, en sa possession, environ six mille dollars en argent comptant. Le premier événement inhabituel cette nuit-là s'est produit lorsque M. Kong et l'intimé ont interrompu leur voyage de retour à la maison pour réparer une crevaillon. Alors qu'il était accroupi à l'extérieur de la fourgonnette et s'affairait à remplacer

for the injury, explaining that a mallet had accidentally slipped from his hand. Mr. Kong said that he accepted his friend's apology and, head bleeding from the injury, returned to the van. The respondent, however, denied either accidental or intentional involvement in Mr. Kong's head injury at trial and claimed to have no idea how the injury was caused.

[5] Mr. Kong's testimony of the subsequent events and the attempt on his life differed markedly from the evidence presented by Mr. Van at trial. Mr. Kong said that, upon their arrival in Toronto, the respondent stopped the van in the city's waterfront district and got out to urinate in the snow. When he returned to the van, he sat quietly for several minutes and told Mr. Kong to "wait" when asked why they were stopped. After a few minutes, a police car appeared and the respondent resumed driving. The respondent dropped Mr. Kong off at his apartment sometime between 7 and 11 a.m. on December 21, 2000, and returned shortly after with some herbal medicine that he applied to his friend's head injury. Later in the day, the respondent paid another visit to Mr. Kong's apartment with some food. At the conclusion of their meal, he offered to apply a further dose of medicine to Mr. Kong's head.

[6] While Mr. Kong lay face-down on the bed to facilitate the application, he was stabbed three times in the back by the respondent. He claimed that the two men struggled, at which point the respondent held a knife to Mr. Kong's throat, robbed him, bound his hands and feet with a telephone cord, cut his phone connection and then washed the knife in the sink. Mr. Kong told the respondent to leave, promising not to call the police. At this, the respondent supposedly struck Mr. Kong in the face with a frying pan, shoved a plastic bag in his mouth, smothered his face with a pillow, and said he would not leave until Mr. Kong passed out. Feigning unconsciousness, Mr. Kong

le pneu, Monsieur Kong a reçu un dur coup à la tête. Monsieur Kong a déclaré dans son témoignage que l'intimé avait accepté le blâme et qu'il s'était excusé de l'avoir blessé, expliquant qu'un maillet lui avait accidentellement échappé. Monsieur Kong a déclaré avoir accepté les excuses de son ami et, la tête ensanglantée, est retourné à la fourgonnette. L'intimé a toutefois nié au procès avoir causé, accidentellement ou intentionnellement, une blessure à la tête de M. Kong et a prétendu n'avoir aucune idée quant à la façon dont la blessure avait été causée.

[5] Le témoignage de M. Kong concernant les événements qui se sont produits par la suite et l'attentat perpétré contre sa vie diffère de façon marquée de la version présentée par M. Van au procès. Monsieur Kong a affirmé que, dès leur arrivée à Toronto, l'intimé a arrêté la fourgonnette dans le secteur bordant le lac Ontario et qu'il en est descendu pour aller uriner dans la neige. De retour, il s'est assis tranquillement pendant quelques minutes et, lorsque M. Kong lui a demandé pourquoi ils s'étaient arrêtés, il lui a dit « d'attendre ». Après quelques minutes, une auto-patrouille est apparue et l'intimé a repris la route. L'intimé a déposé M. Kong à son appartement entre 7 h et 11 h le 21 décembre 2000; il y est revenu peu de temps après avec des herbes médicinales qu'il a appliquées sur la blessure de son ami. Plus tard au cours de la journée, l'intimé s'est présenté une autre fois à l'appartement de M. Kong avec de la nourriture. À la fin du repas, il a offert à M. Kong de lui appliquer à nouveau des herbes médicinales sur la tête.

[6] Pendant que M. Kong était étendu face au lit pour faciliter l'application, l'intimé l'a poignardé au dos à trois reprises. Monsieur Kong prétend qu'ils en sont venus à un corps à corps et que l'intimé a, à un certain moment, tenu un couteau contre sa gorge, l'a volé, lui a lié les mains et les pieds avec le cordon du téléphone, a coupé la ligne téléphonique, puis a lavé le couteau dans le lavabo. Monsieur Kong a demandé à l'intimé de quitter les lieux en lui promettant de ne pas appeler la police. L'intimé aurait alors frappé M. Kong au visage avec un poêle à frire, lui aurait inséré un sac en plastique dans la bouche et un oreiller sur le visage et lui aurait dit qu'il ne quitterait pas les lieux avant que M. Kong

lay motionless while the respondent stamped on his groin and kicked him in the knee. The respondent checked Mr. Kong for a pulse and, apparently satisfied with the results, stole a large sum of money from Mr. Kong's apartment and left him under a mattress on the floor.

[7] Somehow, Mr. Kong survived. After losing consciousness for some time, he staggered into the hallway of his apartment building and was found by a neighbour at around 6:30 p.m. He was treated for two collapsed lungs and stab wounds to the chest, abdomen, liver, back, neck, left arm and right hand, and was not able to speak until January 2, 2001.

[8] The respondent, for his part, claims to have been wrongly accused by Mr. Kong and offered a competing narrative of that day's events. He denied making any pit-stop in the waterfront district of Toronto on that date, claiming that the innocuous event had actually occurred on a previous trip to the casino with Mr. Kong. He said that he went home after dropping Mr. Kong at the apartment on the morning of the attack, and called Mr. Kong from home to see if he needed to be taken to the hospital for his head injury. Mr. Kong allegedly denied needing to go to the hospital but asked for some food to be brought to him. The respondent testified that after dropping his daughter off at school, he returned to Mr. Kong's apartment with congee and herbal medicine. Approximately 15 minutes later, the respondent left the apartment to pick up his ex-wife and drive her to an employment resource centre. By 10 a.m. he claimed to have been home in bed. He denied seeing Mr. Kong again that day and disavowed any involvement in the robbery and the assault.

[9] The respondent's ex-wife, Ms. Le Hoa Du, testified at trial to a series of events that was generally consistent with the respondent's version of his whereabouts between 7:45 and 10 a.m. The employment centre's records confirmed that Ms. Du had signed in at the centre at 10:10 a.m. on December 21, 2000. However, her testimony provided no

s'évanouisse. Feignant d'être inconscient, M. Kong n'a pas bronché lorsque l'intimé l'a frappé à l'aîne et lui a asséné un coup de pied au genou. L'intimé a vérifié le pouls de M. Kong et, apparemment satisfait des résultats, lui a volé une importante somme d'argent, puis a quitté l'appartement le laissant gisant sur le sol, sous un matelas.

[7] Contre toute attente, M. Kong a survécu. Il est resté inconscient pendant quelque temps, puis il a réussi à se rendre en titubant dans le corridor, où il a été secouru par un voisin vers 18 h 30. Il a été traité pour deux poumons collabés et des plaies par arme blanche à la poitrine, à l'abdomen, au foie, au dos, au cou et au bras gauche et à la main droite, et il a été incapable de parler avant le 2 janvier 2001.

[8] Pour sa part, l'intimé prétend avoir été accusé à tort par M. Kong et a livré un récit bien différent des événements de la journée. Il a nié avoir fait ce jour-là un arrêt dans le secteur de Toronto bordant le lac et a prétendu que cet incident était en fait survenu lors d'un précédent voyage au casino en compagnie de M. Kong. Il a affirmé être rentré chez lui après avoir déposé M. Kong à son appartement le matin de l'agression, et l'avoir appelé de chez lui pour savoir s'il avait besoin d'être conduit à l'hôpital pour sa blessure à la tête. Monsieur Kong aurait prétendument répondu par la négative mais lui aurait demandé d'apporter plutôt de la nourriture. L'intimé a déclaré être retourné à l'appartement de M. Kong avec du *congee* et des herbes médicinales après avoir déposé sa fille à l'école. Environ 15 minutes plus tard, l'intimé a quitté l'appartement de M. Kong pour aller chercher son ex-femme et la conduire à un centre de ressources en emploi. Il a affirmé qu'à 10 h ce matin-là, il se trouvait chez lui et dans son lit. Selon son témoignage, il n'aurait pas revu M. Kong ce jour-là et n'aurait pas participé au vol et à l'agression.

[9] La déposition faite lors du procès par l'ex-femme de l'intimé, M^{me} Le Hoa Du, relativement à une série d'événements s'est avérée généralement compatible avec la version de l'intimé quant à ses allées et venues entre 7 h 45 et 10 h. Le centre de ressources en emploi a confirmé que M^{me} Du s'était inscrite au centre le 21 décembre 2000, à 10 h 10.

information pertaining to the respondent's activities after that time.

[10] The respondent's cellular phone records provide the only glimpse into his whereabouts on the afternoon of the attack and contradict his evidence at trial. According to these records, the respondent called Mr. Kong three times between 8:20 and 8:23 a.m. and called his ex-wife twice at 8:50 a.m., all from a location near the cellular tower at Spadina and Dundas, near Mr. Kong's apartment. The respondent did not contest this evidence and testified that he had called Mr. Kong to be let into the apartment. More importantly, the records revealed that the respondent placed another call to an unidentified person at 4 p.m. from a location close to the Spadina and Dundas cellular tower. The respondent did not testify to any other circumstance that would have placed him in such close proximity to the scene of the attack about two and a half hours before Mr. Kong was found bleeding in the hallway of his apartment building.

[11] While Mr. Kong recovered in hospital, before he regained his ability to speak, the police began to investigate the attack. Initially they suspected that the crime might have been committed by loan-shark enforcers, since Mr. Kong was known in the Chinatown community for his gambling habits and his involvement in running an illegal cash lottery. When Mr. Kong spoke to the officers on January 2, 2001 and identified the respondent as his attacker, however, the police abandoned the loan-shark theory and focused their investigation exclusively on Mr. Van.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice*

[12] The respondent was convicted of attempted murder, robbery, and forcible confinement by a jury presided over by Brennan J. on April 10, 2003. After crediting Mr. Van for time served, the trial judge imposed an effective sentence of seven years'

Toutefois, son témoignage ne contient aucun renseignement concernant les activités de l'intimé après ce moment-là.

[10] Les relevés des appels faits à partir du téléphone cellulaire de l'intimé ne donnent qu'un bref aperçu de ses allées et venues l'après-midi de l'agression et contredisent le témoignage qu'il a livré au procès. Selon ces relevés, l'intimé a appelé M. Kong à trois reprises entre 8 h 20 et 8 h 23 et il a appelé son ex-femme deux fois à 8 h 50; tous ces appels auraient été effectués près de la station cellulaire située à l'intersection des rues Spadina et Dundas, tout près de l'appartement de M. Kong. L'intimé n'a pas contesté ces éléments de preuve; il a déclaré avoir appelé M. Kong pour qu'il le laisse entrer dans son appartement. Plus important encore, les relevés d'appels ont indiqué qu'à 16 h, l'intimé avait effectué d'un endroit situé près de la station cellulaire Spadina et Dundas un autre appel à une personne non identifiée. L'intimé n'a mentionné dans son témoignage aucune autre circonstance qui l'aurait amené à se trouver aussi près du lieu de l'agression environ deux heures et demie avant que M. Kong ne soit trouvé ensanglanté dans le corridor de son immeuble résidentiel.

[11] Tandis que M. Kong se rétablissait à l'hôpital et avant qu'il ne recouvre l'usage de la parole, la police a entrepris d'enquêter sur l'agression. Elle a commencé par suspecter des hommes de main d'un usurier, parce que M. Kong était connu dans la communauté du quartier chinois pour ses habitudes de jeu et sa participation à l'exploitation d'une loterie illégale. Toutefois, lorsque M. Kong a parlé aux policiers le 2 janvier 2001 et a identifié l'intimé comme étant son agresseur, les policiers ont abandonné la thèse de l'usurier et ont orienté exclusivement leur enquête sur M. Van.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario*

[12] Le 10 avril 2003, un jury présidé par le juge Brennan a déclaré l'intimé coupable de tentative de meurtre, de vol qualifié et de séquestration. Après avoir accordé à M. Van une réduction de peine pour la période de détention présentencielle, le juge du

imprisonment. The 17-day trial was preceded by two other trials, both of which were declared mistrials due to hung juries.

[13] At trial, the respondent gave evidence in his own defence. He advanced the theory that the attack was more likely carried out either by a jealous husband who learned that his wife had stayed at Mr. Kong's house after a casino visit, or by people to whom Mr. Kong owed money, such as loan sharks or members of an Asian gang. He alleged that the investigating police had improperly focused their attention on him after he was named by Mr. Kong as the perpetrator of the attack. To support this argument, he relied on the testimony of Crown witness Det. Sgt. Nealon, a 19-year veteran of the Toronto Police Service. Detective Sergeant Nealon was the lead investigator of Mr. Kong's case, and testified for the Crown to the steps taken by the police following the attack. In the course of his testimony, Det. Sgt. Nealon made several statements that constituted hearsay and opinion evidence. Brennan J., however, failed to provide the jury with a limiting instruction on the permissible and impermissible uses to which Det. Sgt. Nealon's evidence could be put. No objection was made to the lack of limiting instruction on this matter at trial.

B. *Court of Appeal for Ontario*, 2008 ONCA 383, 92 O.R. (3d) 462 (*Sharpe J.A. for the majority, Winkler C.J.O. in dissent*)

[14] The respondent appealed on several grounds, two of which were unanimously dismissed by the court. The first of these concerned the respondent's submission that the trial judge failed to explicitly refer to the defence evidence in its entirety when instructing the jury on the burden of proof and the presumption of innocence, as mandated by *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. While the court did find the instruction "deficien[t]" in this regard, it did not believe that this deficiency amounted to an error (para. 20). Second, the respondent claimed that the trial judge failed to give the usual instruction

procès a condamné M. Van à sept ans d'emprisonnement. Le procès d'une durée de 17 jours, suivait deux autres procès qui avaient été annulés en raison du désaccord du jury.

[13] Au procès, l'intimé a témoigné pour sa propre défense. Selon sa thèse, l'agression aurait été vraisemblablement perpétrée par un mari jaloux, informé que sa femme était demeurée à la résidence de M. Kong après une visite au casino, ou par des gens à qui M. Kong devait de l'argent, des usuriers ou des membres d'un gang asiatique. Il a allégué que les policiers chargés de l'enquête avaient incorrectement porté leur attention sur lui après que M. Kong l'eût désigné comme l'auteur de l'agression. À l'appui de cet argument, il a invoqué la déclaration du témoin du ministère public, le sergent-détective Nealon, un policier du Service de police de Toronto comptant 19 années de service. Le sergent-détective Nealon, l'enquêteur principal dans l'affaire Kong, a témoigné pour le ministère public concernant les mesures prises par la police après l'agression. Lors de son témoignage, le sergent-détective Nealon a fait plusieurs déclarations qui constituaient du ouï-dire et un témoignage d'opinion. Le juge Brennan a toutefois omis de donner au jury une directive restrictive concernant les utilisations admissibles et inadmissibles de la déposition du sergent-détective Nealon. Aucune objection n'a été formulée au procès concernant l'absence de directive restrictive à cet égard.

B. *Cour d'appel de l'Ontario*, 2008 ONCA 383, 92 O.R. (3d) 462 (*le juge Sharpe pour la majorité, le juge en chef Winkler, dissident*)

[14] L'intimé a invoqué plusieurs moyens en appel, dont deux ont été rejetés à l'unanimité par la cour. Le premier concernait l'argument de l'intimé selon lequel le juge du procès avait omis de renvoyer expressément à tous les éléments de preuve de la défense lorsqu'il a donné au jury ses directives concernant le fardeau de la preuve et la présomption d'innocence, comme l'y obligeait l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. Bien que la cour ait conclu que la directive présentait une « lacune » à cet égard, elle n'estimait pas que cette lacune constituait une erreur (par. 20). Quant au deuxième

regarding the permitted use of Mr. Kong's prior consistent and inconsistent statements. The court held that this failure was not objected to at trial and did not result in any prejudice or harm to the accused. Accordingly, it did not constitute a reversible error.

[15] The Court of Appeal divided on the issue of the trial judge's failure to give a limiting instruction with respect to the evidence of Det. Sgt. Nealon. Writing for the majority, Sharpe J.A. agreed that Det. Sgt. Nealon's testimony was admissible for the limited purpose of creating a narrative of the investigation in anticipation of the defence argument that the investigation had been conducted improperly. However, the majority held that the jury should have been instructed in accordance with *R. v. Dhillon* (2002), 161 O.A.C. 231, and *R. v. Mallory*, 2007 ONCA 46, 220 O.A.C. 239, that the hearsay and opinion evidence contained in the narrative were not to be used in the overall determination of the accused's guilt or innocence. The majority was especially concerned with Det. Sgt. Nealon's statement that he believed the respondent to be guilty, and held that his statements on re-examination suggested that he had formed this opinion based on evidence that was not before the jury.

[16] Sharpe J.A. refused to apply the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to uphold the convictions, as the absence of a limiting instruction with respect to Det. Sgt. Nealon's testimony was not a minor or harmless error: *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823. Neither was the Crown's case against the accused overwhelming, as evidenced by the two hung juries at the earlier trials. Detective Sergeant Nealon's suggestion that there was some inculpatory evidence not disclosed to the jury upon which he based his opinion of the accused's guilt could have influenced the jury such

moyen d'appel, l'intimé a plaidé que le juge du procès avait omis de donner la directive habituelle concernant l'utilisation permise des déclarations compatibles et non compatibles faites antérieurement par M. Kong. La cour a jugé que cette omission n'avait pas été contestée au procès, qu'elle n'avait causé aucun préjudice ou tort à l'accusé et qu'elle ne constituait donc pas une erreur justifiant l'annulation de la décision.

[15] La Cour d'appel s'est divisée au sujet de l'omission du juge du procès de donner une directive restrictive à l'égard du témoignage du sergent-détective Nealon. Exprimant l'opinion des juges majoritaires, le juge Sharpe a reconnu que le témoignage du sergent-détective Nealon était admissible dans le but restreint de créer un récit des faits de l'enquête policière en prévision de l'argument de la défense voulant que l'enquête ait été menée de manière incorrecte. Toutefois, les juges majoritaires ont conclu que le jury aurait dû être informé, conformément aux arrêts *R. c. Dhillon* (2002), 161 O.A.C. 231, et *R. c. Mallory*, 2007 ONCA 46, 220 O.A.C. 239, qu'il ne devait pas utiliser la preuve par ouï-dire et le témoignage d'opinion contenus dans le récit des faits pour arriver à la décision globale concernant la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Les juges majoritaires ont en particulier émis des réserves sur la déclaration du sergent-détective Nealon dans laquelle il disait croire que l'intimé était coupable. Ils ont alors conclu que les affirmations faites par ce dernier en réinterrogatoire laissaient entendre qu'il était parvenu à cette opinion en se basant sur une preuve qui n'avait pas été présentée au jury.

[16] Le juge Sharpe a refusé d'appliquer la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour maintenir les déclarations de culpabilité étant donné que l'absence d'une directive restrictive à l'égard du témoignage du sergent-détective Nealon ne constituait pas une erreur négligeable ou inoffensive : *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823. En outre, la preuve du ministère public contre l'accusé n'était pas accablante, comme le démontre le désaccord de deux jurys lors des procès antérieurs. Le propos du sergent-détective Nealon, selon lequel une preuve incriminante

that the verdict would not necessarily have been the same but for the error. The majority allowed the appeal, set aside the convictions and issued a stay of proceedings.

[17] Winkler C.J.O., dissenting, would have dismissed the appeal and upheld the convictions under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. He was satisfied that the error was harmless in the overall context of the evidence and the defence theory presented at trial. Moreover, the evidence against the respondent was compelling: the respondent could not account for Mr. Kong's head injury suffered on the return trip to Toronto; he could not account for his whereabouts around the time the attack was likely to have occurred; he could not explain the cell phone records that placed him near Mr. Kong's apartment around the likely time of the attack; and the victim directly identified the respondent as his aggressor. The respondent could not rebut Mr. Kong's evidence and instead relied on speculation about the alternative loan-shark theory. Given the strong case against the respondent, Winkler C.J.O. was not persuaded that the jury would have relied on Det. Sgt. Nealon's testimony "for an improper purpose in a way that was prejudicial to the accused" (para. 58). Since a limiting instruction would not have affected the jury's verdict, Winkler C.J.O. would have dismissed the appeal.

IV. Analysis

[18] The first issue before this Court is whether the trial judge erred in failing to provide the jury with a limiting instruction concerning the testimony of Det. Sgt. Nealon. Should this failure constitute an error of law, the next question is whether the conviction can still be upheld pursuant to the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. I believe that the Court of Appeal correctly

non divulguée au jury l'avait amené à croire à la culpabilité de l'accusé, aurait pu influencer le jury de manière telle que si ce propos n'avait pas été tenu, le verdict n'aurait pas nécessairement été le même. Pour ces raisons, les juges majoritaires ont accueilli l'appel, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné l'arrêt des procédures.

[17] Le juge en chef Winkler, dissident, aurait rejeté l'appel et confirmé la déclaration de culpabilité en application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Il était convaincu que l'erreur était sans conséquence dans le contexte global de la preuve et de la thèse de la défense présentée au procès. Qui plus est, les éléments de preuve défavorables à l'intimé étaient convainquants. Ce dernier était incapable d'expliquer comment M. Kong s'était blessé à la tête sur le chemin du retour à Toronto, de dire où il se trouvait au moment où l'agression a vraisemblablement eu lieu; il ne pouvait non plus expliquer les relevés d'appels de son téléphone cellulaire indiquant qu'il se trouvait près de l'appartement de M. Kong au moment où l'agression aurait été perpétrée. Enfin, la victime l'avait directement identifié comme étant son agresseur. L'intimé n'avait pas pu réfuter le témoignage de M. Kong et s'est plutôt appuyé sur des hypothèses pour échafauder la thèse du crime commis pour le compte d'un groupe d'usuriers. En raison de la solidité de la preuve contre l'intimé, le juge en chef Winkler n'était pas convaincu que le jury se serait appuyé sur le témoignage du sergent-détective Nealon [TRADUCTION] « pour en faire un mauvais usage d'une manière qui soit préjudiciable à l'accusé » (par. 58). Puisqu'une directive restrictive n'aurait pas influé sur le verdict du jury, le juge en chef Winkler aurait rejeté l'appel.

IV. Analyse

[18] La première question que doit trancher notre Cour est celle de savoir si le juge du procès a commis une erreur en omettant de donner au jury une directive restrictive concernant le témoignage du sergent-détective Nealon. Si cette omission constitue une erreur de droit, il faut ensuite décider si la déclaration de culpabilité peut quand même être maintenue en application de la disposition réparatrice prévue

identified an error in the trial judge's charge to the jury, but I disagree that the curative proviso has no application.

[19] The respondent also raises one of the issues unanimously disposed of at the Court of Appeal, concerning the adequacy of the trial judge's instruction on the burden of proof and the presumption of innocence as they related to the respondent's evidence. The respondent claims that the Court of Appeal found an error in the trial judge's failure to explicitly draw the jury's attention to the defence evidence other than the accused's own testimony in his instruction on the burden of proof, and that the court should have considered this error in its application of the curative proviso. This issue can be resolved at the outset.

A. *The W. (D.) Instruction*

[20] In *W. (D.)*, this Court held that a jury should be instructed that they must acquit if (1) they believe the evidence of the accused, (2) they do not believe the accused's testimony but are left in reasonable doubt as a result of it, or (3) they do not believe the accused's testimony but still have reasonable doubt as to the accused's guilt based on the balance of the evidence as a whole (p. 758). This instruction is particularly important when the credibility of the accused is pitted against the credibility of a Crown witness, as in this case. The charge as a whole must be considered in order to determine whether the jury were properly instructed; the wording from *W. (D.)* must not be followed to the letter.

[21] The trial judge delivered the following instruction to the jury regarding the application of the burden of proof to the respondent's evidence:

If you believe Mr. Van's evidence that he did not commit the offences charged, you must find him not guilty.

au sous-al. 686(1)b(iii) du *Code criminel*. Je reconnais que la Cour d'appel a correctement identifié une erreur dans l'exposé du juge du procès au jury, mais je ne suis pas d'accord pour conclure que la disposition réparatrice ne s'applique pas.

[19] L'intimé soulève aussi une des questions tranchées par la Cour d'appel à l'unanimité, le problème du caractère adéquat de la directive du juge du procès en ce qui a trait au fardeau de la preuve et à la présomption d'innocence en rapport avec la preuve présentée par l'intimé. Selon ce dernier, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en omettant, dans sa directive concernant le fardeau de la preuve, d'attirer expressément l'attention du jury sur des éléments de preuve de la défense autres que le propre témoignage de l'accusé, et que la cour aurait dû tenir compte de cette erreur lorsqu'elle a appliqué la disposition réparatrice. Cette question peut être résolue d'entrée de jeu.

A. *La directive de l'arrêt W. (D.)*

[20] Dans l'arrêt *W. (D.)*, notre Cour a conclu que le juge doit indiquer aux jurés qu'ils doivent prononcer l'acquittement : (1) s'ils croient la déposition de l'accusé; (2) s'ils ne croient pas la déposition de l'accusé mais ont un doute raisonnable à la suite de celle-ci; (3) s'ils ne croient pas la déposition de l'accusé mais ont malgré tout un doute raisonnable concernant la culpabilité de l'accusé compte tenu du reste de la preuve qu'ils ont acceptée (p. 758). Cette directive s'avère particulièrement importante lorsqu'il faut choisir entre la crédibilité de l'accusé et celle d'un témoin du ministère public, comme dans la présente espèce. Dans un tel cas, l'exposé doit être examiné dans son ensemble pour déterminer si le jury a reçu des directives adéquates; le libellé tiré de l'arrêt *W. (D.)* peut ne pas être suivi à la lettre.

[21] Le juge du procès a donné la directive suivante au jury sur l'application du fardeau de la preuve à la preuve produite par l'intimée :

[TRADUCTION] Si vous croyez le témoignage de M. Van lorsqu'il affirme qu'il n'a pas commis les infractions qui lui sont reprochées, vous devez conclure qu'il n'est pas coupable.

Even if you do not believe Mr. Van's evidence, if it leaves you with a reasonable doubt about his guilt or about an essential element of the offence charged, you must find him not guilty.

Now even if Mr. Van's evidence does not leave you with a reasonable doubt of his guilt or about an essential element of the offence charged, you may convict him only if the rest of the evidence that you do accept proves his guilt beyond a reasonable doubt. I think you heard that same instruction from both counsel . . . but keep in mind that what it does, it embodies the presumption of innocence and the burden of proof that are at the backbone, the underlying safety of our system of criminal justice. [A.R., at pp. 1195-96]

[22] The respondent maintains that the trial judge's reference to "Mr. Van's evidence" was insufficient and that the instruction should have specifically referred to the other defence evidence, such as the cell phone records and Ms. Du's testimony. However, I agree with the Court of Appeal's conclusion that this deficiency did not rise to the level of a reversible error.

[23] The purpose of the *W. (D.)* instruction is to ensure that the jury know how to apply the burden of proof to the issue of credibility. The jury must be cautioned that a trial is not a contest of credibility between witnesses, and that they do not have to accept the defence evidence in full in order to acquit (*W. (D.)*, at p. 757; *R. v. J.H.S.*, 2008 SCC 30, [2008] 2 S.C.R. 152, at para. 9). If there is an error in the charge on this issue, the fact that it is correctly related at other points in the charge suggests that the jury were properly instructed (*W. (D.)*, at p. 758). I am satisfied in this case that the jury would have understood how to apply the presumption of innocence and the burden of proof to all the evidence presented at trial. At numerous points in his charge to the jury, the trial judge clearly conveyed that the Crown always bears the burden of proof and that if the jury had any reasonable doubt based on the evidence as a whole, they must acquit. The jury would not have been misled by the judge's instruction into thinking that they were required to accept all the other evidence called by the defence

Même si vous ne croyez pas le témoignage de M. Van, s'il subsiste un doute raisonnable concernant sa culpabilité ou un élément essentiel de l'infraction reprochée, vous devez conclure qu'il n'est pas coupable.

Maintenant, même si, à la suite de la déposition de l'accusé, vous n'avez aucun doute raisonnable concernant sa culpabilité ou un élément essentiel de l'infraction reprochée, vous pouvez le reconnaître coupable uniquement si le reste de la preuve que vous acceptez démontre sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Je crois que vous avez entendu la même directive des deux avocats [. . .] mais gardez à l'esprit ce à quoi elle sert : elle pose en principe la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve qui constituent la base, le facteur de sécurité sous-jacent de notre système de justice criminelle. [d.a., p. 1195-1196]

[22] L'intimé prétend que la mention, par le juge du procès, du « témoignage de M. Van » restait insuffisante et que la directive aurait dû expressément faire mention des autres éléments de preuve de la défense, notamment les relevés d'appels du téléphone cellulaire et le témoignage de M^{me} Du. Cependant, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour conclure cette lacune ne constituait pas une erreur justifiant l'annulation de la décision.

[23] La directive de l'arrêt *W. (D.)* est présentée au jury pour lui faire bien comprendre la façon d'appliquer le fardeau de la preuve à la question de la crédibilité. Il faut signaler aux jurés qu'un procès ne constitue pas un concours de crédibilité entre les témoins et qu'ils n'ont pas à accepter la preuve de la défense dans son entier pour prononcer l'acquittement (*W. (D.)*, p. 757; *R. c. J.H.S.*, 2008 CSC 30, [2008] 2 R.C.S. 152, par. 9). Si l'exposé comporte une erreur sur cette question, le fait que la directive soit correctement reliée à d'autres points de l'exposé est une indication que le jury a reçu des directives correctes (*W. (D.)*, p. 758). Je suis persuadé que le jury aurait compris, en l'espèce, la manière d'appliquer la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve à tous les éléments de preuve présentés au procès. À de nombreuses reprises dans son exposé au jury, le juge du procès a indiqué clairement que le fardeau de la preuve incombe toujours au ministère public et que si le jury conserve un doute raisonnable fondé sur l'ensemble de la preuve, il doit prononcer l'acquittement. La directive du juge n'a pas

in order to acquit, as submitted by the respondent. I believe that any deficiency in the *W. (D.)* instruction was more than compensated for by the rest of the charge.

B. *Detective Sergeant Nealon's Testimony*

[24] The main issue in this appeal concerns the permissible and impermissible uses of Det. Sgt. Nealon's testimony, and whether the absence of a limiting instruction on this matter constitutes an error that can be cured by the remedial provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. I will first examine the alleged error in the proceedings concerning Det. Sgt. Nealon's testimony.

[25] The respondent crafted a defence of defective investigation. He claimed that the investigating police officers improperly focused their attention on him once Mr. Kong had named him as the aggressor, to the exclusion of all other avenues of investigation. In particular, the respondent claimed that the investigating officer's initial suspicion that the crime was related to Mr. Kong's gambling activities (the "loan-shark theory") was disregarded without sufficient reason once Mr. Kong identified the respondent. Lower courts have held that when the defence advances a theory of inadequate police investigation, the trial judge may rule that investigative evidence including hearsay is admissible for the purpose of creating a narrative of the investigation. As the Ontario Court of Appeal pointed out in *Mallory*, however, the risk in this defence strategy is inherent in the fact that the Crown is then entitled to lead evidence of the police investigation that is relevant to the line of attack (para. 87; see also *R. v. Lane*, 2008 ONCA 841, 243 O.A.C. 156). That is, the Crown might be permitted to lead investigative hearsay and opinion evidence that would be otherwise inadmissible but for its part in the narrative of the investigation.

amené les jurés à penser à tort qu'ils étaient tenus d'accepter tous les autres éléments de preuve présentés par la défense pour prononcer l'acquiescement, comme l'a plaidé l'intimé. J'estime que toute lacune dans la directive de l'arrêt *W. (D.)*, s'il en était, aurait été amplement comblée dans le reste de l'exposé.

B. *Témoignage du sergent-détective Nealon*

[24] La principale question à trancher dans le présent pourvoi concerne les utilisations admissibles et inadmissibles du témoignage du sergent-détective Nealon. Il faut aussi examiner si l'absence d'une directive restrictive à cet égard constitue une erreur à laquelle peut remédier la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. J'étudierai d'abord l'erreur alléguée dans l'instance concernant le témoignage du sergent-détective Nealon.

[25] L'intimé a élaboré une défense fondée sur les lacunes de l'enquête. Il a prétendu que les policiers chargés de l'enquête ont eu tort de porter leur attention sur lui après que M. Kong l'eut désigné comme agresseur, excluant ainsi toutes les autres pistes de l'enquête. Plus particulièrement, selon l'intimé, les policiers chargés de l'enquête ont d'abord cru que le crime était lié aux activités de jeu de M. Kong (la « thèse de l'usurier »), mais ils ont écarté ces soupçons sans raison valable après qu'il eut été identifié par M. Kong. Les tribunaux d'instance inférieure ont affirmé que lorsque la défense avance une théorie d'enquête policière inadéquate, le juge du procès peut décider que la preuve obtenue dans le cadre de l'enquête, notamment le oui-dire, est admissible dans le but de créer un récit des faits de l'enquête. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a signalé toutefois dans l'affaire *Mallory*, le risque inhérent à cette stratégie de défense tient au fait que son utilisation permet alors au ministère public de présenter les éléments de preuve découlant de l'enquête policière qui sont pertinents aux moyens invoqués (par. 87; voir également *R. c. Lane*, 2008 ONCA 841, 243 O.A.C. 156). Ainsi, on pourrait autoriser le ministère public à présenter une preuve par oui-dire issue de l'enquête et un témoignage d'opinion qui seraient autrement inadmissibles, sauf pour la partie de la preuve comprise dans le récit des faits de l'enquête.

[26] Lower courts have also decided that a trial judge who admits evidence of this kind must provide the jury with a limiting instruction as to its permissible and impermissible uses. The jury must be informed that they can only use evidence of this type for the limited purpose of setting out a narrative of the procedures that were followed in the investigation. They must be cautioned against relying on hearsay and opinion evidence that would be otherwise inadmissible in their determination of the guilt or innocence of the accused (*Dhillon*, at para. 51; *Mallory*, at para. 92).

[27] In this case, the Crown called several witnesses to demonstrate the adequacy of the police investigation and the reasonable basis upon which the officers shifted their attention from Asian gangs and loan-sharking organizations to the respondent, Mr. Van. Detective Sergeant Nealon testified for the Crown and provided a complete narrative of the steps he took as lead investigator once he and his partner Det. Morton, a member of the Special Task Force on Asian Organized Crime, were assigned to Mr. Kong's case. He explained that the two of them followed tenuous leads based on the notes provided to them by the officers who had first been assigned to the case, and that while Mr. Kong remained unable to communicate with them, they formed a working theory that the attack was connected with loan sharks or Asian gangs.

[28] Detective Morton testified that he initially suspected the involvement of loan sharks because of the fact that the victim's hand had been "almost severed", which to him indicated the assailant's desire to send a clear warning to the victim and to the community that the money must be repaid. Detective Morton testified that this act is typical of loan sharks, as they do not usually kill their debtors. In his words, "[d]ead men don't pay" (A.R., at p. 731). Following this lead, Det. Morton compiled a number of photographs of possible suspects and brought them to the hospital on the day of the fruitful interview with Mr. Kong on January 2, 2001. The photographs were never shown to Mr. Kong,

[26] Les instances inférieures ont également décidé que le juge de procès qui admet une preuve de ce genre doit donner au jury une directive restrictive concernant ses utilisations admissibles et inadmissibles. Les jurés doivent être informés qu'ils ne peuvent utiliser une preuve de ce genre que dans le but restreint d'établir un compte rendu des procédures suivies dans le cadre de l'enquête. De plus, le jury doit être mis en garde contre une utilisation de la preuve par ouï-dire et du témoignage d'opinion qui serait autrement inadmissible pour déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé (*Dhillon*, par. 51; *Mallory*, par. 92).

[27] En l'espèce, le ministère public a fait entendre plusieurs témoins pour démontrer que l'enquête policière était adéquate et que les policiers étaient justifiés de porter leur attention sur l'intimé M. Van plutôt que sur les gangs asiatiques et les organisations d'usuriers. Le sergent-détective Nealon, cité par le ministère public, a fourni un compte rendu complet des mesures qu'il a prises, à titre d'enquêteur principal, une fois que son partenaire le détective Morton, un membre de l'unité d'intervention spéciale relative au crime organisé asiatique, et lui-même eurent été chargés du dossier de M. Kong. Il a expliqué qu'ils ont tous les deux suivi des pistes fragiles, en se fondant sur les notes que leur avaient remises les policiers initialement chargés de l'enquête, et que, alors que M. Kong était incapable de communiquer avec eux, ils ont échafaudé une théorie selon laquelle l'agression était liée à des usuriers ou à des gangs asiatiques.

[28] Le détective Morton a déclaré qu'il avait d'abord pensé à l'implication d'usuriers parce que la main de la victime avait été [TRADUCTION] « pratiquement sectionnée », un signe selon lui que l'agresseur voulait indiquer clairement à la victime et à la communauté que l'argent devait être remboursé. Le détective Morton a déclaré qu'il s'agit d'une façon de procéder propre aux usuriers, car ils ne tuent pas habituellement leurs débiteurs. Pour reprendre ses termes, [TRADUCTION] « [l]es morts ne paient pas » (d.a., p. 731). Suivant cette piste, le détective Morton a compilé de nombreuses photographies de suspects possibles et les a apportées avec lui à l'hôpital le jour précédant celui de son

however, as the officers' working theory was abandoned when the victim promptly identified his attacker as "Man Tak", that person being the respondent Mr. Van. At that time, Det. Morton also discovered that the wound on Mr. Kong's hand was simply a result of Mr. Kong's attempt to defend himself during the stabbing, which further eroded the basis for the loan-shark theory. Detective Sergeant Nealon also provided detailed testimony of the officers' subsequent attempts to locate Mr. Van and to obtain corroborating evidence of Mr. Kong's story.

[29] Throughout his testimony, Det. Sgt. Nealon made a number of statements that helped to create a coherent narrative of the investigative process, but that amounted to hearsay. While certain lines of questioning were not permitted by the trial judge, much hearsay evidence ended up before the jury in this way. Over and above the problem with hearsay, the Court of Appeal found two aspects of Det. Sgt. Nealon's testimony particularly troubling. First, Crown counsel concluded her examination-in-chief with the following question:

Q. Anything else involved in the investigation that you can think of right now that might assist the jury in determining the guilt or innocence of the accused? I think we covered everything. [A.R., at p. 282]

In so doing, the Court of Appeal held that the Crown ran the risk of suggesting to the jury that Det. Sgt. Nealon's testimony was to be used not only to prove the adequacy of the investigation, but as direct evidence of the accused's guilt.

[30] The second significant problem with Det. Sgt. Nealon's testimony concerns the following

entretien fructueux avec M. Kong le 2 janvier 2001. Il n'a toutefois jamais montré les photographies à M. Kong puisque les policiers ont abandonné leur théorie après que la victime eut promptement désigné son agresseur comme étant « Man Tak », soit l'intimé, M. Van. À ce moment-là, le détective Morton a également appris que la blessure à la main de M. Kong était simplement attribuable au fait qu'il avait tenté de se défendre alors qu'on le poignardait, ce qui a encore plus ébranlé le fondement de la thèse de l'usurier. Le sergent-détective Nealon a également précisé dans son témoignage les tentatives subséquentes des policiers en vue de retrouver M. Van et d'obtenir une preuve corroborant le récit de M. Kong.

[29] Tout au long de son témoignage, le sergent-détective Nealon a fait un certain nombre de déclarations qui ont aidé à créer un compte rendu cohérent du déroulement de l'enquête. Toutefois, ces déclarations demeuraient du ouï-dire. Même si le juge du procès n'a pas autorisé certaines questions, une bonne partie de la preuve par ouï-dire s'est retrouvée devant le jury de cette façon. Outre la difficulté que soulève le ouï-dire, la Cour d'appel a estimé que deux aspects du témoignage du sergent-détective Nealon posaient particulièrement problème. D'abord, l'avocate du ministère public a conclu son interrogatoire principal en posant la question suivante :

[TRADUCTION]

Q. Voyez-vous aujourd'hui autre chose dans l'enquête qui pourrait aider le jury à se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé? Je crois que nous avons tout couvert. [d.a., p. 282]

La Cour d'appel a jugé que cette déclaration du ministère public risquait de laisser entendre au jury que le témoignage du sergent-détective Nealon devait être utilisé non seulement pour prouver que l'enquête était adéquate, mais également pour démontrer directement la culpabilité de l'accusé.

[30] Puis, le témoignage du sergent-détective Nealon soulève un deuxième problème important.

exchange between the officer and Crown counsel upon re-examination:

Q. Why did the information from Mr. Kong narrow your search?

A. Following that interview with Mr. Kong and the information that he did give me, over the next twenty hours a lot of information unfolded that allowed me the only path to take, and as a result of all the information that unfolded, and it seemed to me the other paths would be negligible to follow, because as far as I was concerned I was being led down the proper path for this from the information from Jack Kong.

Q. All right.

Then I guess, just not to put too fine a pint [*sic*] on it, but the follow-up question, why didn't you continue looking at gangs or loans or loansharks, why didn't you continue down that path?

A. Because, in my opinion, Duc Van is the one that is responsible for this act.

Q. Based on?

A. My investigation --

Q. Okay.

A. -- and information that I received. [Emphasis added; A.R., at pp. 306-7.]

[31] In this exchange, Det. Sgt. Nealon not only professed his personal opinion as to the respondent's guilt, but also left open the possibility that this opinion was formed on the basis of information that may not have been before the jury at trial. The Court of Appeal held that the jury might have inferred from this statement that the officer had access to inculpatory evidence that was not presented at trial.

[32] The trial judge did not include a limiting instruction with respect to the officer's testimony in his charge to the jury. Notably, defence counsel did not object to the troubling portions of the officer's testimony at the time the statements were made and did not make any submissions on this issue during

Il survient à l'occasion de l'échange suivant entre le policier et l'avocate du ministère public lors du réinterrogatoire :

[TRADUCTION]

Q. Pour quelle raison les renseignements obtenus de M. Kong ont-ils réduit votre champ de recherche?

R. À la suite de l'entretien avec M. Kong et avec les renseignements qu'il m'a donnés, au cours des vingt heures qui ont suivi, de nombreux renseignements ont été dévoilés et m'ont indiqué la seule piste à suivre et, en raison de tous ces renseignements, il m'a semblé qu'il ne valait pas la peine de suivre les autres pistes car, à mon sens, les renseignements obtenus de Jack Kong m'avaient mené sur la bonne piste dans ce cas.

Q. D'accord.

Alors je suppose, simplement pour ne pas trop entrer dans le détail, mais la question suivante est : pourquoi n'avez-vous pas continué de chercher du côté des gangs, des prêteurs ou des usuriers, pourquoi avez-vous délaissé cette piste?

R. Parce que, selon moi, Duc Van est le responsable de cet acte.

Q. Vous vous fondez sur?

R. Mon enquête --

Q. D'accord.

R. -- et les renseignements que j'ai obtenus. [Je souligne; d.a., p. 306-307.]

[31] Dans cet échange, non seulement le sergent-détective a-t-il donné son opinion personnelle sur la culpabilité de l'intimé, mais il a également suggéré que son opinion pouvait se fonder sur des renseignements qui n'auraient peut-être pas été présentés au jury lors du procès. La Cour d'appel a conclu que le jury pouvait, à partir de cette déclaration, conclure que le policier avait eu accès à une preuve incriminante qui n'avait pas été présentée au procès.

[32] Le juge du procès n'a pas inclus dans son exposé au jury une directive restrictive concernant le témoignage du policier. Il convient de signaler que l'avocat de la défense ne s'est pas objecté à la réception en preuve des parties problématiques de la déposition du policier au moment où les

post-charge objections. (The consequences of this failure to object will be considered at greater length in these reasons.) Regardless, the Court of Appeal was unanimous in finding that the judge's failure to limit the use of investigative hearsay and opinion evidence for narrative purposes constituted an error, a conclusion conceded by the appellant.

[33] I agree with the Court of Appeal on this point; indeed, it would be difficult to conclude otherwise. The law is clear: when investigative hearsay and opinion evidence is introduced pertaining to a defence of inadequate police investigation without a limiting instruction, a jury runs the risk of using the otherwise inadmissible evidence for an impermissible purpose: *Dhillon* and *Mallory*. My colleague and I are in agreement that, in this case, the absence of a limiting instruction with respect to the officer's investigative hearsay and opinion evidence constituted an error of law. I will now consider whether the conviction can be upheld despite the error. In my opinion, it can.

C. *The Curative Proviso: Section 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code*

[34] It is worthwhile taking one small step back for a moment to acknowledge that not every error in a criminal trial warrants appellate intervention. Under s. 686(1)(a) of the *Criminal Code*, an appeal against a conviction may be allowed only in the event of an error of law, an unreasonable verdict, or a miscarriage of justice. In this case, it is not disputed that the failure to give a limiting instruction is an error of law that falls within s. 686(1)(a)(ii) and that the appeal could therefore have been allowed. However, it still falls to this Court to determine whether the convictions can be upheld despite the existence of an error, with resort to s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. Under this provision, a conviction can be upheld providing that the error has not resulted in a substantial wrong or a miscarriage of justice.

déclarations ont été faites et il n'a formulé aucune objection à cet égard après l'exposé au jury. (Les conséquences de l'omission de s'opposer seront examinées plus en détail dans les présents motifs.) Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a conclu à l'unanimité que l'omission du juge de restreindre au compte rendu l'utilisation du oui-dire issu de l'enquête et du témoignage d'opinion constituait une erreur. L'appelant a concédé le bien fondé de cette conclusion.

[33] Je suis d'accord avec la Cour d'appel sur ce point; il serait effectivement difficile de conclure autrement. La loi est claire : la présentation d'une preuve par oui-dire issue d'une enquête et d'un témoignage d'opinion se rapportant à une défense fondée sur une enquête policière inadéquate sans qu'une directive restrictive ne soit donnée comporte le risque que le jury utilise cette preuve autrement inadmissible dans un but inadmissible : *Dhillon* et *Mallory*. Tout comme mon collègue, j'estime qu'en l'espèce, l'absence d'une directive restrictive concernant la présentation d'une preuve par oui-dire issu de l'enquête et le témoignage d'opinion du policier constituait une erreur de droit. Je dois maintenant décider si la déclaration de culpabilité peut être maintenue en dépit de cette erreur. À mon avis, c'est le cas dans le présent appel.

C. *La disposition réparatrice : sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du Code criminel*

[34] Il convient pour l'instant de prendre un peu de recul et de reconnaître qu'une erreur commise dans un procès criminel ne justifie pas toujours l'intervention de la cour d'appel. Aux termes de l'al. 686(1)(a) du *Code criminel*, un appel d'une déclaration de culpabilité ne peut être admis que dans le cas d'une erreur de droit, d'un verdict déraisonnable ou d'une erreur judiciaire. En l'espèce, nul ne conteste que l'omission d'une directive restrictive constitue une erreur de droit visée au sous-al. 686(1)(a)(ii) et que l'appel pourrait donc pu être accueilli. Toutefois, il appartient toujours à notre Cour de déterminer si, par le recours au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*, les déclarations de culpabilité peuvent être maintenues malgré l'existence d'une erreur. Aux termes de cette dernière disposition,

The Crown bears the burden of showing the appellate court that the provision is applicable, and satisfying the court that the conviction should stand notwithstanding the error. To do so, it must establish that the error of law falls into one of two categories. First, that it is an error so harmless or minor that it could not have had any impact on the verdict. In the second category are serious errors that would otherwise justify a new trial or an acquittal, but for the fact that the evidence against the accused was so overwhelming that any other verdict would have been impossible to obtain: *Khan; R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

[35] In *Khan*, this Court reviewed these two categories of error and explained the basis for upholding convictions in the face of these errors. An error falling into the first category is an error that is harmless on its face or in its effect. The proviso ensures that an appellate court does not need to overturn a conviction solely on the basis of an error so trivial that it could not have caused any prejudice to the accused, and thus could not have affected the verdict. Indeed, it would detract from society's perception of trial fairness and the proper administration of justice if errors such as these could too readily lead to an acquittal or a new trial (e.g. *Chibok v. The Queen* (1956), 24 C.R. 354 (S.C.C.), at p. 359). This is consistent with Lamer C.J.'s pronouncement in *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, that, in respect of errors in a trial judge's charge to the jury, "accused individuals are entitled to properly instructed juries. There is, however, no requirement for perfectly instructed juries" (para. 2 (emphasis in original)). Thus, a slight deviation from the standard of a perfect jury charge is likely to constitute a harmless error that could justify upholding a conviction. Errors might also be characterized as having a minor effect if they relate to an issue that was not central to the overall determination of guilt or innocence, or if they benefit the defence, such as by imposing a more onerous burden on the Crown (*Khan*, at para. 30). The question of whether an error or its effect

une déclaration de culpabilité peut être maintenue si l'erreur n'a pas causé un tort important ni une erreur judiciaire grave. Il incombe au ministère public de démontrer à la cour d'appel que la disposition est applicable et de la convaincre de maintenir la déclaration de culpabilité en dépit de l'erreur. Pour ce faire, la poursuite doit établir que l'erreur de droit entre dans l'une des deux catégories suivantes. La première catégorie est celle des erreurs inoffensives ou négligeables qui n'ont aucune incidence sur le verdict. La seconde catégorie englobe les erreurs graves qui justifieraient la tenue d'un nouveau procès ou un acquittement n'eût été du fait que la preuve présentée contre l'accusé était à ce point accablante qu'il aurait été impossible de rendre un autre verdict : *Khan; R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

[35] Dans l'arrêt *Khan*, notre Cour a examiné ces deux catégories d'erreurs et a expliqué pourquoi elle a confirmé les déclarations de culpabilité malgré ces erreurs. L'erreur tombant dans la première catégorie représente une erreur inoffensive à première vue ou sans incidence. L'application de la disposition réparatrice dispense une cour d'appel d'annuler une déclaration de culpabilité en raison seulement d'une erreur si négligeable qu'elle n'aurait pu causer aucun préjudice à l'accusé ni, par conséquent, influencer sur le verdict. En fait, des acquittements ou des nouveaux procès ordonnés trop facilement sur la base d'erreurs de cette nature affecteraient négativement la perception que se forme la société d'un procès équitable et d'une bonne administration de la justice (voir *Chibok c. The Queen* (1956), 24 C.R. 354 (C.S.C.), p. 359). Le juge en chef Lamer avait fait une mise en garde en ce sens dans l'arrêt *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, en rappelant, à propos des erreurs dans l'exposé du juge du procès au jury, que « l'accusé a droit à ce que le jury reçoive des directives appropriées. Il n'existe toutefois aucune obligation que les directives au jury soient parfaites » (par. 2 (souligné dans l'original)). Ainsi, une légère déviation par rapport à la norme de l'exposé parfait au jury peut s'assimiler à une erreur inoffensive pouvant justifier le maintien d'une déclaration de culpabilité. De même, une erreur pourrait n'avoir qu'une incidence mineure si elle a trait à une question qui

is minor should be answered without reference to the strength of the other evidence presented at trial. The overriding question is whether the error on its face or in its effect was so minor, so irrelevant to the ultimate issue in the trial, or so clearly non-prejudicial, that any reasonable judge or jury could not possibly have rendered a different verdict if the error had not been made.

[36] An appellate court can also uphold a conviction under s. 686(1)(b)(iii) in the event of an error that was *not* minor and that *cannot* be said to have caused no prejudice to the accused, if the case against the accused was so overwhelming that a reasonable and properly instructed jury would inevitably have convicted (*Khan*, at para. 31). The ability to uphold a conviction in the face of a serious error at trial was aptly expressed by Sopinka J. in *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, who wrote that “depriving the accused of a proper trial is justified on the ground that the deprivation is minimal when the invariable result would be another conviction” (p. 916, affirmed in *Khan*, at para. 31). The high standard of an invariable or inevitable conviction is understandable, given the difficult task for an appellate court of evaluating the strength of the Crown’s case retroactively, without the benefit of hearing the witnesses’ testimony and experiencing the trial as it unfolded (*Trochym*, at para. 82). It is thus necessary to afford any possible measure of doubt concerning the strength of the Crown’s case to the benefit of the accused person. The rationale for upholding a conviction in these circumstances is persuasive; in the words of Binnie J. in *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, at para. 46:

ne se situe pas au cœur de la décision globale sur la culpabilité ou l’innocence, ou si elle avantage la défense, par exemple par l’imposition d’un fardeau de preuve plus exigeant au ministère public (*Khan*, par. 30). Toutefois, la décision quant à la qualification d’une erreur ou de son incidence comme mineure devrait être prise sans évaluer la force probante des autres éléments de preuve présentés au procès. La question essentielle reste de déterminer si, à première vue ou du fait de son incidence, l’erreur demeurerait si mineure, si dépourvue de lien avec la question au cœur du procès, ou si manifestement dépourvue d’un effet préjudiciable qu’un juge ou un jury raisonnable n’aurait pas pu rendre un verdict différent si l’erreur n’avait pas été commise.

[36] Une cour d’appel peut également confirmer une déclaration de culpabilité en application du sous-al. 686(1)(b)(iii) si une erreur *n’est pas* mineure et *ne peut* être considérée comme n’ayant causé aucun préjudice à l’accusé, mais lorsque la preuve contre l’accusé est à ce point accablante qu’un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées conclurait forcément à la culpabilité (*Khan*, par. 31). Dans l’arrêt *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, le juge Sopinka a avec justesse admis cette possibilité de confirmer une déclaration de culpabilité même dans le cas où une erreur grave aurait été commise au procès lorsqu’il a écrit qu’« il est justifié de priver l’accusé d’un procès régulier puisque cette privation est minime lorsque le résultat serait forcément une autre déclaration de culpabilité » (p. 916, confirmé dans *Khan*, par. 31). Cette norme élevée selon laquelle une déclaration de culpabilité doit inévitablement ou inéluctablement être prononcée conserve toute sa validité parce qu’une cour d’appel, qui n’a pas entendu les témoignages ni suivi le déroulement du procès, n’évalue rétroactivement la solidité de la preuve du ministère public qu’avec difficulté (*Trochym*, par. 82). Il est donc nécessaire de laisser à l’accusé le bénéfice de tout doute éventuel concernant la solidité de la preuve du ministère public. Cette justification du maintien d’une déclaration de culpabilité dans ces circonstances est claire; pour citer le juge Binnie dans *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 46 :

Where the evidence against an accused is powerful and there is no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict, it is manifestly in the public interest to avoid the cost and delay of further proceedings. Parliament has so provided.

This reasoning was echoed in my concurring reasons in *Khan* (at para. 90). Thus, an appellate court is justified in refusing to allow an appeal against a conviction in the event of minor errors that could not possibly have affected the verdict and more serious errors that were committed in the face of an overwhelming case against the accused, since the underlying question is always whether the verdict would have been the same if the error had not been committed: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599.

D. *Application to This Case*

[37] In this appeal, the error lies in the trial judge's failure to include a limiting instruction in his charge to the jury concerning the permissible use of Det. Sgt. Nealon's testimony. I believe that while this error might not seem trivial when considered in isolation, its effect was sufficiently harmless in context that no prejudice was caused to the accused and the verdict would necessarily have been the same absent the error.

[38] First, the majority of the hearsay evidence that was introduced through Det. Sgt. Nealon's testimony was properly before the jury through the direct, admissible evidence of other witnesses. Most of Det. Sgt. Nealon's references to statements made by Mr. Kong, for example, were matched by Mr. Kong's direct testimony at trial. The hearsay evidence that was *not* before the jury through other sources was peripheral to the main issue at trial, and the jury's use of this evidence for the truth of its contents would not have affected the verdict. For instance, the respondent seeks to impugn Det. Sgt. Nealon's statements regarding the notes he received from the officers who had initiated the investigation, his communications with Mr. Kong's sisters, and his interviews with employees of Casino Niagara and an Ontario Provincial Police

Si la preuve contre l'accusé est forte et qu'il n'y a aucune possibilité réaliste qu'un nouveau procès aboutisse à un verdict différent, il est manifestement dans l'intérêt public d'éviter les coûts et retards qu'entraînent des procédures supplémentaires. C'est ce que le législateur a prévu.

Ce raisonnement se retrouve dans mes motifs concordants dans l'arrêt *Khan* (par. 90). Ainsi, une cour d'appel demeure justifiée de rejeter un appel d'une déclaration de culpabilité en cas d'erreurs mineures qui ne pouvaient manifestement pas avoir une incidence sur le verdict et en cas d'erreurs plus graves commises alors qu'une preuve accablante a été produite contre l'accusé puisque la question sous-jacente est toujours de savoir si, n'eût été l'erreur, le verdict aurait été le même : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599.

D. *Application au présent pourvoi*

[37] Dans ce pourvoi, le juge du procès a commis une erreur en omettant de donner au jury une directive restrictive à l'égard de l'utilisation admissible du témoignage du sergent-détective Nealon. À mon avis, bien que cette erreur puisse sembler ne pas être négligeable, considérée isolément, son effet restait suffisamment faible dans le contexte pour ne causer aucun préjudice à l'accusé et le verdict aurait nécessairement été le même en l'absence de l'erreur.

[38] Premièrement, la majorité des éléments de preuve par ouï-dire présentés par le sergent-détective Nealon lors de son témoignage ont été dûment soumis au jury par les témoignages directs et recevables d'autres témoins. La plupart des mentions des déclarations de M. Kong faites par le sergent-détective Nealon, par exemple, concordait avec le témoignage direct de M. Kong au procès. Les éléments de preuve par ouï-dire qui *n'ont pas* été soumis au jury au moyen d'autres sources se situaient en marge de la question principale soulevée au procès. L'utilisation par le jury de ces éléments de preuve du fait de la véracité de leur contenu n'aurait pas influé sur le verdict. Par exemple, l'intimé cherche à s'attaquer aux déclarations du sergent-détective Nealon concernant les notes obtenues des policiers qui avaient amorcé l'enquête,

officer stationed at that casino. However, none of this evidence was controversial or contested by the defence at trial, and none pointed to the guilt or innocence of the accused. It simply formed part of the narrative of the investigation, and the jury's knowledge of these events could not have caused any prejudice to the accused. The lack of centrality of the otherwise inadmissible hearsay evidence introduced through Det. Sgt. Nealon's testimony in the absence of a limiting instruction points to the error's minor effect.

[39] Second, it must be conceded that Det. Sgt. Nealon's statement of his opinion of the respondent's guilt was unwarranted and clearly foreclosed by the jurisprudence, due to the danger of the jury uncritically accepting the witness's opinion without drawing their own conclusions about the evidence (e.g. *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at para. 49). However, the expression of this opinion in the absence of a limiting instruction likely had an insignificant impact on the verdict in the context of Det. Sgt. Nealon's testimony and the trial as a whole. Detective Sergeant Nealon was relating to the jury the reasons for which he and his partner changed the focus of their investigation from known loan-shark enforcers to Mr. Van. In so doing, it would be natural for him to suggest that he believed he was pursuing the appropriate leads by investigating Mr. Van. It would come as no surprise to a jury that a police officer will investigate the person that he or she thinks is most likely to be guilty. Furthermore, the trial judge had instructed the jury at numerous points in his charge that it was their opinion of the evidence, and only theirs, that mattered. I trust that they would have understood their role as primary fact finders at trial.

[40] My colleague suggests that Det. Sgt. Nealon's testimony was of particular importance in the trial and states at para. 53 of his reasons that "the case, as left to the jury, in effect pitted the opinion of an experienced and respected police officer against

concernant ses communications avec les sœurs de M. Kong et concernant ses entretiens avec des employés du Casino Niagara et avec un agent de la Police provinciale de l'Ontario en poste au casino. Toutefois, aucun de ces éléments de preuve n'a été controversé ou contesté par la défense au procès ni n'a tendu à établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Ils ont simplement été joints au compte-rendu de l'enquête et la connaissance que le jury a eu de ces événements n'aurait pas pu causer un préjudice à l'accusé. Le peu d'importance des éléments de preuve par ouï-dire autrement irrecevables présentés par le sergent-détective Nealon dans son témoignage, en l'absence d'une directive restrictive, tend à confirmer l'incidence minime de l'erreur.

[39] Deuxièmement, il faut reconnaître que l'opinion du sergent-détective Nealon sur la culpabilité de l'intimé était injustifiée et clairement exclue par la jurisprudence en raison du risque que le jury accepte aveuglément l'opinion du témoin sans tirer ses propres conclusions sur la preuve faite (voir *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 49). Toutefois, dans le contexte de la déposition du sergent-détective Nealon et du procès dans son ensemble, cette opinion exprimée en l'absence de directive restrictive ne semble pas avoir eu des conséquences importantes sur le verdict. Le sergent-détective Nealon a fait part au jury des raisons pour lesquelles son confrère et lui ont orienté leur enquête vers M. Van plutôt que de continuer d'explorer la piste d'un attentat par des individus connus comme des hommes de main d'un usurier. Ce faisant, il serait naturel pour lui de laisser entendre qu'il croyait suivre la bonne piste en enquêtant sur M. Van. Le fait qu'un policier enquête sur la personne qu'il soupçonne le plus d'être coupable ne devrait pas plonger les jurés dans l'étonnement. En outre, dans son exposé, le juge du procès a rappelé à de nombreuses reprises aux jurés que seule leur opinion sur la preuve importait. Je ne doute pas que le jury aura compris son rôle de juge principal des faits au procès.

[40] Mon collègue laisse entendre que le témoignage du sergent-détective Nealon tenait une place particulièrement importante dans le procès et il affirme au par. 53 de ses motifs que « la preuve, telle que présentée au jury, opposait [. . .] l'opinion

the testimony of the accused”. I do not believe that one clear statement of the officer’s opinion and one ambiguous statement of opinion made in the course of a 17-day trial are sufficient to completely alter the nature of the trial as suggested. While Det. Sgt. Nealon was clearly a credible Crown witness, he was not the only Crown witness, nor was he the only police officer who testified to the steps taken during the investigation. I cannot accept that the jury would have attributed such significant weight to Det. Sgt. Nealon’s testimony, regardless of his years of experience or his seat at the counsel table in the courtroom. Again, I by no means wish to be understood as condoning the use of opinion statements in circumstances such as these. However, I fail to see how this particular statement of the officer’s opinion could possibly have affected the verdict when viewed in context.

[41] Third, I respectfully disagree with the majority of the Court of Appeal’s conclusion that Det. Sgt. Nealon’s reference to “information that I received” could have led the jury to believe that he was in possession of inculpatory evidence not presented at trial (para. 31). It is only when read in isolation that Det. Sgt. Nealon’s reference to information he received might have been understood to refer to evidence that was not before the jury. This statement was made on re-examination, after a detailed description of the evidence that had unfolded in the course of the investigation. A reasonable jury would have interpreted his statement to refer not to undisclosed sources, but to the evidence that he had described only moments before, especially given defence counsel’s failure to object to the statement at the time. Again, the jury were properly instructed on numerous occasions to rely only on evidence presented at trial and not to engage in speculation. For instance, the trial judge stated in his charge to the jury:

d’un policier chevronné et respecté au témoignage de l’accusé ». Je ne crois pas qu’une expression d’opinion claire de l’agent et une affirmation ambiguë énoncées dans le cours d’un procès de 17 jours suffisent pour changer complètement la nature de ce procès, comme on le laisse entendre. S’il est clair que le sergent-détective Nealon demeurait un témoin digne de foi pour le ministère public, il n’était pas le seul témoin du ministère public ni le seul policier à témoigner au sujet des mesures prises au cours de l’enquête policière. Je ne puis admettre que le jury ait attribué une telle importance au témoignage du sergent-détective Nealon, malgré sa longue expérience et le fait qu’il ait pris place à la table de l’avocat du ministère public dans la salle d’audience. Là encore, je ne veux aucunement que mes propos soient mal interprétés. Je n’approuve pas l’utilisation des témoignages d’opinion en pareilles circonstances. Toutefois, je ne vois pas comment, dans ce contexte, cet énoncé en particulier de l’opinion du policier aurait pu influencer sur le verdict.

[41] Troisièmement, en toute déférence, je ne puis accepter la conclusion des juges majoritaires de la Cour d’appel selon laquelle la mention, par le sergent-détective Nealon, des [TRADUCTION] « renseignements que j’ai obtenus » aurait pu permettre au jury de croire qu’il avait en sa possession un élément de preuve inculpatoire qui n’avait pas été présenté au procès (par. 31). La mention des renseignements obtenus faite par le sergent-détective Nealon ne pourrait être interprétée comme se rapportant à un élément de preuve non présenté au jury que si elle est examinée hors contexte. Cette déclaration a été faite lors du réinterrogatoire, après la présentation détaillée des éléments de preuve obtenus au cours de l’enquête. Un jury raisonnable n’aurait pas interprété cette déclaration comme faisant référence à des sources anonymes, mais plutôt aux éléments de preuve que le témoin venait juste de présenter, en raison, en particulier, de l’omission de l’avocat de la défense de s’opposer à la déclaration en question à ce moment. Encore une fois, le jury a reçu des directives appropriées à de nombreuses reprises sur son devoir de se fonder seulement sur la preuve présentée au procès et d’éviter de se lancer dans des conjectures. Par exemple, le juge du procès a précisé ce qui suit dans ses directives au jury :

You are entitled to come to some common sense conclusions based on the evidence that you accept, but you must not speculate about what evidence there might have been, or permit yourselves to guess or make up theories without evidence to support them. [A.R., at pp. 1180-81]

Thus, I concur with Winkler C.J.O., dissenting at the Court of Appeal, that it is highly unlikely that the jury would have understood Det. Sgt. Nealon's statement to refer to undisclosed sources, or that they would have relied on this inference in their deliberations.

[42] As for the Crown's question to Det. Sgt. Nealon in which counsel asked if there was anything else concerning the investigation that might "assist the jury in determining the guilt or innocence of the accused", I believe that her choice of words was, while misguided, of little consequence and would not have caused any real prejudice to the accused. The jury would have been aware that she was merely seeking to conclude the examination-in-chief and to ensure that there was nothing the witness had neglected to mention. The suggestion that the jury would use this statement to infer that everything Det. Sgt. Nealon had recounted previously could go to the ultimate issue of guilt is unfounded. Even taken together with the other troubling aspects of Det. Sgt. Nealon's testimony, the lack of a limiting instruction on this issue would not have made any significant difference to the jury's perception of Det. Sgt. Nealon's testimony.

[43] It should be noted that defence counsel failed to object to many of the questions put to Det. Sgt. Nealon, whose answers are now the subject of appeal, and that counsel registered no complaint following the trial judge's charge to the jury in which a limiting instruction was notably absent. A failure to object to an error may suggest that the error was not serious or that it did not result in an unfair trial (*Jacquard*, at para. 38; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 58). That said, an error might still be considered serious despite the absence of an objection at trial (*R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, at p. 143; *R. v.*

[TRANSDUCTION] Vous avez le droit de tirer des conclusions sensées à partir de la preuve que vous acceptez, mais vous ne devez pas conjecturer sur la preuve qui aurait pu être présentée ou vous permettre de deviner ou d'inventer des théories sans aucune preuve à l'appui. [d.a., p. 1180-1181]

Ainsi, je souscris à l'opinion du juge en chef Winkler, dissident en Cour d'appel, selon lequel il reste très peu probable que le jury ait pu interpréter la déclaration du sergent-détective Nealon comme un renvoi à des sources anonymes ou qu'il se soit fondé sur cette inférence dans ses délibérations.

[42] Quant à la question que l'avocate du ministère public a posée au sergent-détective Nealon sur l'existence d'autres détails de l'enquête qui puissent [TRANSDUCTION] « aider le jury à établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé », j'estime que son choix de mots, bien que malencontreux, n'avait guère de conséquences et n'aurait causé aucun préjudice réel à l'accusé. Le jury devait sûrement savoir que l'avocate voulait seulement achever l'interrogatoire principal et s'assurer que le témoin n'avait rien omis de mentionner. L'argument selon lequel le jury se servirait de cette déclaration pour inférer que tout ce que le sergent-détective Nealon avait antérieurement relaté pourrait ultimement entraîner un verdict de culpabilité n'est pas fondé. Même considérée conjointement avec les autres aspects problématiques du témoignage du sergent-détective Nealon, l'absence d'une directive restrictive à l'égard de cette question n'aurait eu aucun effet important sur l'impression que le témoignage du sergent-détective Nealon laissait au jury.

[43] Il convient de souligner que l'avocat de la défense a omis de s'opposer à bon nombre des questions posées au sergent-détective Nealon dont les réponses sont maintenant l'objet du présent pourvoi. De même, l'avocat ne s'est pas plaint, par la suite, de l'absence manifeste d'une directive restrictive dans l'exposé du juge au jury. Le défaut de signaler une erreur dans une telle directive peut laisser penser qu'il ne s'agissait pas d'une erreur grave ou que celle-ci n'a pas rendu le procès inéquitable (*Jacquard*, par. 38, et *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 58). Cela étant dit, il demeure toujours possible de considérer une erreur

Chambers, [1990] 2 S.C.R. 1293, at pp. 1319-20). In this case, the appellant suggests that defence counsel's failure to object may have been tactical, as the defence would not have wanted to further confine the use to which the officers' testimony, so central to the defence, could be made. However, the majority of the Court of Appeal questioned the logic of this submission, since the trial judge *had* cautioned the jury about the shortcomings of the defence's loan-shark theory. Accordingly, a limiting instruction with respect to the officers' testimony could not have done any further harm to the defence theory. I am inclined to this view myself, and believe that counsel's lack of objection to the errors at trial arose not from a calculated decision, but from the fact that the error was, in the context of the case, not significant.

[44] While this case did involve a contest of credibility between the parties, there were no serious credibility issues raised by the defence evidence. For example, the respondent seeks to impugn Mr. Kong's credibility by pointing to his inability to accurately describe his injuries in a manner consistent with the medical records. The respondent notes that Mr. Kong did not testify that he had been stabbed on the left chest as well as the right, and did not say that he had been stabbed in the abdomen causing harm to his intestines. The medical evidence, however, clearly showed that these injuries had occurred. With respect, I must confess that I find this argument bordering on absurd. Regardless of whether Mr. Kong was fully aware of the extent of his injuries, the injuries themselves are not contested. Moreover, one would not expect the victim of an attack so severe as this to be cognizant of each and every injury he sustained.

[45] For these reasons, I conclude that the trial judge's error in failing to give a limiting instruction on the permissible use of the investigative police evidence was minor. It was unlikely to have caused

comme grave malgré l'absence d'objection au procès (*R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, p. 143, et *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, p. 1319-1320). En l'espèce, l'appelante soutient que l'absence d'objection de l'avocat de la défense représente peut-être un choix tactique : il n'aurait pas voulu limiter davantage l'usage possible du témoignage du policier, élément capital de la défense. Toutefois, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont mis en doute la logique de cet argument puisque le juge du procès *avait* mis le jury en garde au sujet des lacunes de la théorie de la défense relative à l'implication d'un usurier. Ainsi, une directive restrictive à l'égard du témoignage du policier n'aurait pu causer aucun nouveau préjudice à la théorie de la défense. Je suis porté à partager cet avis. Selon moi, l'omission de l'avocat de s'opposer aux erreurs au procès ne découle pas d'une décision calculée, mais plutôt du fait que ces erreurs n'étaient pas importantes dans le contexte de l'affaire.

[44] Même si en l'espèce les parties se sont affrontées sur la crédibilité de leur preuve, la preuve de la défense n'a soulevé, néanmoins, aucune question sérieuse de crédibilité. Par exemple, l'intimé cherche à attaquer la crédibilité de M. Kong en signalant qu'il n'a pu décrire ses blessures avec exactitude et d'une manière compatible avec son dossier médical. L'intimé fait remarquer que M. Kong n'a pas déclaré qu'il avait été poignardé au côté gauche de la poitrine comme au côté droit, et qu'il n'a pas dit avoir reçu à l'abdomen un coup de couteau qui lui a perforé l'intestin. Toutefois, la preuve médicale confirmait clairement ces blessures. En toute déférence, je dois souligner que cet argument frôle l'absurdité. Peu importe que M. Kong ait ou non eu pleinement conscience de l'importance de ses blessures, les blessures elles-mêmes ne sont pas contestées. De plus, on ne peut s'attendre à ce que la victime d'une agression d'une telle gravité soit consciente de chacune des blessures subies et des caractéristiques de chacune d'entre elles.

[45] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que l'erreur commise par le juge du procès en omettant de donner une directive restrictive sur l'utilisation admissible de la preuve fournie par le policier

any real prejudice to the accused and would not have had any effect on the jury's verdict.

E. *The Scope of This Appeal*

[46] The appellant asks this Court to provide guidance on the difficult question of “when, if ever, the defence should be permitted to introduce investigative hearsay evidence to support an allegation that the police investigation of other leads was inadequate” (*Dhillon*, at para. 46). This defence strategy certainly has potential to derail the trial process or even to cause irremediable prejudice to the accused. In *Dhillon*, for instance, the Ontario Court of Appeal held that the Crown's introduction of bad character evidence of the accused and his family to rebut the defence allegation of inadequate investigation so thoroughly tainted the proceedings that it ordered a new trial. Similarly, in anticipation of the defence's attack on the integrity of the police investigation in *Mallory*, the Crown led a substantial amount of highly prejudicial hearsay evidence, including evidence of a prior conviction, admissions by the accused and otherwise inadmissible police intelligence information. Of course, the potential for this defence to spiral out of control does not mean that a trial can never function effectively when it is raised by the defence: see *Lane*, at paras. 40-50. But we must remain aware that this defence has the potential to divert criminal trials into blind alleys or to introduce side issues that may prove irrelevant to the central issue of the guilt or innocence of the accused.

[47] In this case, the trial judge's decision to admit evidence pertaining to the allegation of inadequate investigation was not challenged in the courts below, and the question of its admissibility was not developed by the parties in the current

chargé de l'enquête était mineure. Il était improbable qu'elle cause un préjudice réel à l'accusé et qu'elle ait une incidence sur le verdict du jury.

E. *La portée du présent pourvoi*

[46] L'appelante demande à notre Cour de donner des précisions sur l'épineuse question de savoir [TRADUCTION] « dans quelles circonstances, s'il y a lieu, la défense devrait être autorisée à présenter une preuve par oui-dire issu d'une enquête policière pour appuyer l'allégation selon laquelle l'enquête policière concernant d'autres pistes était inadéquate » (*Dhillon*, par. 46). Cette stratégie de la défense peut certainement faire dévier le cours du procès ou même causer un préjudice irréparable à l'accusé. Dans l'arrêt *Dhillon*, par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que la présentation par le ministère public d'une preuve de la mauvaise réputation de l'accusé et de sa famille pour réfuter l'allégation de la défense selon laquelle l'enquête était inadéquate a entaché si complètement les procédures que la cour a ordonné un nouveau procès. Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *Mallory*, en prévision d'une attaque de la défense visant l'intégrité de l'enquête policière, le ministère public a présenté un nombre appréciable d'éléments de preuve par oui-dire hautement préjudiciables, notamment une preuve d'une déclaration de culpabilité antérieure, des aveux de l'accusé et d'autres renseignements policiers par ailleurs irrecevables en preuve. La possibilité que cette stratégie de la défense dérape ne signifie évidemment pas qu'un procès ne peut fonctionner efficacement lorsque cette stratégie est déployée par la défense : voir *Lane*, par. 40-50. Nous devons toutefois garder à l'esprit que ce type de défense reste susceptible de faire dévier les procès criminels vers des culs-de-sac ou d'y introduire des questions secondaires, qui se révéleront non pertinentes à propos de la question centrale de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé.

[47] En l'espèce, la décision du juge du procès d'admettre la preuve portant sur l'allégation d'enquête policière inadéquate n'a pas été contestée devant les juridictions inférieures et les parties n'ont pas traité la question de sa recevabilité dans le

appeal. For these reasons, this is not an appropriate case in which to provide the parameters for the defence's use of investigative hearsay evidence to support an allegation of inadequate or defective investigation.

V. Conclusion

[48] In sum, the trial judge's error in failing to provide the jury with a limiting instruction concerning the lead investigator's testimony had a sufficiently minor effect that it could not possibly have affected the verdict. Applying s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, I would allow the appeal and restore the respondent's convictions.

[49] The respondent had also appealed his sentence at the Court of Appeal. The majority did not need to address this issue in light of their decision to stay the proceedings. Given this Court's decision to restore the convictions, however, the matter of the sentence appeal must be remitted to the Court of Appeal for full consideration.

The reasons of Binnie, Fish, Charron and Cromwell JJ. were delivered by

CROMWELL J. (dissenting) —

I. Introduction

[50] There is no doubt that the victim, Mr. Kong, was viciously attacked. At issue at trial was whether his assailant was the respondent Mr. Duc Van. He testified and called other evidence to support his position that he was not Mr. Kong's attacker. Credibility was thus a critical issue at trial.

[51] The Crown's case included testimony from a senior police officer that, in his opinion, the accused was guilty. The officer's testimony also implied that his opinion was based in part on facts which corroborated Mr. Kong's version of events but which were not before the jury.

présent pourvoi. Pour ces motifs, il n'apparaît pas opportun en l'espèce d'établir les paramètres visant l'utilisation, par la défense, de la preuve par ouï-dire issu de l'enquête en vue d'appuyer une alléga-tion d'enquête policière inadéquate ou déficiente.

V. Conclusion

[48] En résumé, l'erreur que le juge du procès a commise en ne donnant pas au jury de directive restrictive quant au témoignage de l'enquêteur principal n'a entraîné que des conséquences mineures qui n'auraient pu influencer sur le verdict. Appliquant le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité de l'intimé.

[49] L'intimé avait également fait appel de la peine devant la Cour d'appel. Les juges majoritaires n'ont pas eu à trancher cette question puisqu'ils ont ordonné l'arrêt des procédures. En raison de la décision de cette Cour de rétablir les condamnations toutefois, la question de l'appel de la peine est renvoyée pour examen à la Cour d'appel.

Version française des motifs des juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell rendus par

LE JUGE CROMWELL (dissident) —

I. Introduction

[50] Il ne fait aucun doute que la victime, M. Kong, a été agressée brutalement. Au procès, il s'agissait de déterminer si son agresseur était l'intimé, M. Duc Van. Ce dernier a témoigné et a présenté d'autres éléments de preuve pour étayer sa prétention selon laquelle il n'était pas l'agresseur de M. Kong. La crédibilité était donc un enjeu primordial au procès.

[51] La preuve du ministère public comprenait notamment le témoignage d'un policier chevronné indiquant qu'à son avis, l'accusé était coupable. Dans son témoignage, le policier laissait également entendre que son opinion était fondée en partie sur des faits qui corroboraient la version des événements donnée par M. Kong, mais qui n'avaient pas été présentés au jury.

[52] It is common ground that the trial judge erred in law by failing to give the jury proper instructions about the very limited use they could make of this evidence. There is no dispute between the parties that this was no mere minor or trivial error on its face and that the evidence against the accused was not overwhelming. The Crown maintains, however, that this error should be overlooked because there is no reasonable possibility that it made any difference in the jury's decision to convict. I cannot accept this contention.

[53] In a case in which the respondent's and Mr. Kong's credibility was front and centre, the case, as left to the jury, in effect pitted the opinion of an experienced and respected police officer against the testimony of the accused in a way not permitted by law. The key question at trial was whether there was a reasonable doubt on all of the evidence. In my opinion, it cannot be said in that context that it was a harmless error to leave the officer's opinion to the jury without telling them they should give it absolutely no weight. With great respect for those of a contrary view, I would affirm the decision of the majority of the Court of Appeal to that effect and dismiss the appeal.

II. What Is in Issue and What Is Not

[54] The way in which the case comes to us and the Crown's position significantly narrow the issues. It is therefore helpful at the outset to clarify what is and what is not before us for decision.

[55] There is no dispute that the trial judge made a legal error by failing to give the jury instructions required by law about the limited use they could make of the officer's testimony. The sole issue raised by the Crown's appeal as of right is the one on which Winkler C.J.O. dissented in the Court of Appeal: whether the trial judge's erroneous failure to give the required instructions to the jury occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice as set out in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[52] Nul ne conteste que le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de donner au jury les directives appropriées quant à l'utilisation très limitée qu'il pouvait faire de ce témoignage. Les parties s'entendent sur le fait qu'il ne s'agissait pas là d'une simple erreur mineure ou négligeable à première vue et que la preuve présentée contre l'accusé n'était pas accablante. Toutefois, le ministère public soutient qu'il ne faut pas tenir compte de cette erreur car il n'existe aucune possibilité raisonnable qu'elle ait influé sur la décision du jury de prononcer un verdict de culpabilité. Je ne puis retenir cette thèse.

[53] Au procès, la crédibilité de l'intimé et celle de M. Kong étaient au cœur du débat, et la preuve, telle que présentée au jury, opposait d'une manière interdite en droit l'opinion d'un policier chevronné et respecté au témoignage de l'accusé. La question fondamentale au procès était de savoir si l'ensemble de la preuve suscitait un doute raisonnable. À mon avis, on ne saurait affirmer dans ce contexte qu'il s'agissait d'une erreur inoffensive que de soumettre aux jurés l'opinion du policier sans leur dire qu'ils ne devraient y accorder aucune valeur. En toute déférence pour l'opinion contraire, je suis d'avis de confirmer la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel en ce sens et de rejeter le pourvoi.

II. Questions en litige et autres questions

[54] La façon dont l'affaire est venue devant nous et la position du ministère public réduisent sensiblement les questions en litige. Il est donc utile de préciser d'emblée les questions que nous sommes appelés à trancher.

[55] Nul ne conteste que le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de donner au jury, comme la loi l'exige, les directives quant à l'utilisation limitée que ce dernier pouvait faire du témoignage du policier. La seule question soulevée dans le pourvoi formé de plein droit par le ministère public est celle sur laquelle le juge en chef Winkler était dissident en Cour d'appel : l'omission fautive du juge du procès de donner au jury les directives nécessaires a-t-elle causé un tort important ou une erreur judiciaire grave au sens du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46?

[56] There is also no dispute about the legal principles governing the application of this section of the *Code*, which is often called the proviso. It is common ground that the proviso may be applied only if the error was harmless in the sense that even without the error, there is no reasonable possibility that the verdict would have been different: see e.g. *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599. There are two types of situations in which an error may be said to have had no effect on the verdict. The first includes both an error that is trivial or minor on its face or minor in its effect, and the second includes cases against the accused that are so overwhelming that any other verdict but a conviction would be impossible. The Crown concedes, and rightly so in my view, that this is neither a case where the error itself was minor on its face, nor one where the evidence was overwhelming.

[57] The issue for us in this case is whether the error, while not minor on its face, is nonetheless harmless because there is no reasonable possibility that it made a difference: *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 30; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 2. The Crown's position is that this is the only basis on which the error here may be said to be harmless. As Crown counsel put it in both his oral submissions and in his factum, we are here concerned with an error that is not minor on its face which the Crown submits had minor effects (transcript, at p. 27; A.F., at para. 33).

[58] The parties agree that this error cannot be said to be harmless because it was trivial. Trivial errors are so minor in themselves that they can be said not to have affected the result: see e.g. *Khan*, at paras. 29-30. The Crown not only concedes that the error here was not minor on its face, but submits that that position cannot reasonably be argued. As the Crown put it in its factum (at para. 33): "Because the instruction was omitted entirely,

[56] De plus, nul ne conteste les principes juridiques qui régissent l'application de cette disposition du *Code*, souvent appelée la disposition réparatrice. Il est bien établi que la disposition réparatrice ne peut être appliquée que si l'erreur était inoffensive, en ce sens que même en l'absence de l'erreur, il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eut été différent : voir p. ex. *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599. On peut considérer qu'une erreur n'a pas eu d'incidence sur le verdict dans deux types de situations. La première catégorie englobe tant l'erreur négligeable que l'erreur mineure à première vue ou ayant une incidence mineure, et la seconde comprend les cas où la preuve contre l'accusé est à ce point accablante que nul verdict autre que la déclaration de culpabilité ne serait possible. Le ministère public reconnaît, avec raison à mon avis, qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où l'erreur elle-même était mineure à première vue ni d'un cas où la preuve était accablante.

[57] La question que nous devons trancher en l'espèce est de savoir si l'erreur, bien qu'elle ne soit pas mineure à première vue, reste tout de même inoffensive parce qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable qu'elle ait changé quoi que ce soit : *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 30; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, par. 2. Selon le ministère public, il s'agit du seul fondement sur lequel l'erreur en cause peut être qualifiée d'inoffensive. Comme l'avocat du ministère public l'a fait remarquer dans sa plaidoirie et dans son mémoire, nous sommes saisis en l'espèce d'une erreur qui n'est pas mineure à première vue et qui, selon le ministère public, a eu des conséquences mineures (transcription, p. 27; m.a., par. 33).

[58] Les parties conviennent que cette erreur ne saurait être qualifiée d'inoffensive du fait qu'elle serait négligeable. Les erreurs négligeables sont à ce point mineures en soi qu'elles ne peuvent être considérées comme ayant eu une incidence sur le résultat : voir p. ex. *Khan*, par. 29-30. Non seulement le ministère public reconnaît que l'erreur en l'espèce n'était pas mineure à première vue, mais il soutient que cette opinion ne peut être raisonnablement

it cannot be reasonably argued that the error was minor on its face.” (Emphasis added.)

[59] The Crown does not contend that the evidence of the respondent’s guilt was overwhelming. Where there is overwhelming evidence, an error is harmless because, even without it, any verdict other than a conviction would have been impossible in the face of that overwhelming evidence: *Khan*, at para. 31. That, however, is not this case. As Crown counsel conceded during oral submissions and in his factum, “this is not an overwhelming case” and “I don’t argue that it’s an overwhelming case in the sense that even a serious error with serious effects could be cured. It’s not that kind of a case” (transcript, at pp. 6 and 26 (emphasis added); A.F., at para. 46). In my view, this concession was properly made, given the serious credibility issues raised by the defence evidence: see e.g. *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912.

[60] The issue for us to resolve is therefore a narrow one: May the trial judge’s failure to give the required instructions be found to have been harmless because there is no reasonable possibility that it had any effect on the verdict?

[61] To explain why I conclude that this is not the case, I will first place the error in the context of this trial, briefly review the relevant legal principles and then explain why, in my view, there is a reasonable possibility that the wrongly omitted instructions had some effect on the outcome of the trial.

III. The Error in Context

1. *The Factual Context at Trial*

[62] The respondent was convicted of attempted murder, robbery and forcible confinement after a

défendue. Comme il l’a affirmé dans son mémoire (au par. 33) : [TRADUCTION] « Puisque la directive a été complètement omise, on ne saurait raisonnablement prétendre que l’erreur était mineure à première vue. » (Je souligne.)

[59] Le ministère public ne prétend pas que la preuve de la culpabilité de l’intimé était accablante. En présence d’une preuve accablante, une erreur est inoffensive parce que, même sans cette erreur, il aurait été impossible d’obtenir un verdict autre qu’une déclaration de culpabilité en raison de cette preuve accablante : *Khan*, par. 31. Toutefois, ce n’est pas le cas en l’espèce. Comme l’a admis l’avocat du ministère public durant sa plaidoirie et dans son mémoire, [TRADUCTION] « il ne s’agit pas d’une preuve accablante » et « je ne prétends pas qu’il s’agit d’une preuve accablante en ce sens que même une erreur grave entraînant des conséquences graves pourrait être corrigée. Tel n’est pas le cas » (transcription, p. 6 et 26 (je souligne); m.a., par. 46). À mon sens, cette admission a été faite à juste titre compte tenu des questions importantes de crédibilité soulevées par la preuve de la défense : voir p. ex. *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912.

[60] La question que nous devons trancher est par conséquent très circonscrite : l’omission du juge du procès de donner au jury les directives nécessaires peut-elle être jugée inoffensive parce qu’il n’existe aucune possibilité raisonnable qu’elle ait influé sur le verdict?

[61] Afin d’expliquer pourquoi je conclus par la négative, je vais d’abord situer l’erreur dans le contexte de ce procès; j’examinerai ensuite brièvement les principes juridiques applicables puis j’expliquerai pourquoi, à mon avis, il existe une possibilité raisonnable que l’omission fautive de donner des directives ait influé sur l’issue du procès.

III. L’erreur en contexte

1. *Le contexte factuel établi au procès*

[62] À l’issue d’un procès devant jury qui a duré 17 jours, l’intimé a été reconnu coupable de

17-day jury trial. Not in dispute was that there had been a vicious attack on the victim, Mr. Kong, an attack that he was fortunate to have survived. In issue, however, was whether the respondent was the attacker. Mr. Kong had initially been unable to communicate effectively with the police, who suspected that the crime might have been connected to the collection of debts associated with Mr. Kong's illegal gambling activities. Mr. Kong subsequently identified the respondent as his attacker.

[63] The case therefore turned on credibility: Mr. Kong and the respondent put to the jury two different versions of the events leading up to and including the assault.

[64] Mr. Kong testified that on the night before the assault, he and the respondent had gone to Casino Niagara together in the respondent's van. On the return trip in the early hours of the morning, Mr. Kong testified that the respondent hit him on the head with a hammer but had claimed it was an accident. Later that day, he was stabbed in his apartment and robbed of a substantial quantity of cash. He recounted the assault in great detail, identifying the respondent as the assailant.

[65] The respondent testified and called evidence. His fundamental position was that he had not been the attacker. He admitted to having gone to a casino with Mr. Kong the day before and to having delivered food to him at his apartment on the day of the attack, but he denied any involvement in the crime. His defence suggested that the police had been too hasty in rejecting their initial suspicion that the attack on Mr. Kong was by someone trying to collect gambling debts (the so-called loanshark theory). The respondent also introduced evidence as to his whereabouts on December 21 that contradicted certain aspects of Kong's evidence as to the events that transpired on the day of the crime.

[66] Thus, credibility and existence of reasonable doubt on all of the evidence were the key issues

tentative de meurtre, de vol qualifié et de séquestration. Il n'était pas contesté que M. Kong avait été victime d'une agression brutale à laquelle il a heureusement survécu. Toutefois, la question à trancher était de savoir si l'intimé était l'agresseur. Au début, M. Kong n'était pas en mesure de communiquer efficacement avec la police, qui soupçonnait que le crime pouvait avoir un rapport avec le recouvrement de dettes liées à ses activités de jeu illégales. Par la suite, M. Kong a désigné l'intimé comme étant son agresseur.

[63] Par conséquent, l'issue de l'affaire reposait sur la crédibilité : M. Kong et l'intimé ont présenté au jury deux versions différentes de l'agression et des événements qui y ont mené.

[64] Monsieur Kong a déclaré que la nuit précédant l'agression, l'intimé et lui se sont rendus ensemble au Casino Niagara à bord de la fourgonnette de l'intimé. Monsieur Kong a soutenu que lors du voyage de retour, tôt le matin, l'intimé l'a frappé à la tête avec un marteau mais a prétendu qu'il s'agissait d'un accident. Plus tard le même jour, il a été poignardé dans son appartement et dépouillé d'une quantité importante d'argent comptant. Il a relaté l'agression en détail et a désigné l'intimé comme étant son agresseur.

[65] L'intimé a témoigné et a présenté des éléments de preuve. Il prétendait essentiellement qu'il n'était pas l'agresseur. Il a reconnu être allé au casino avec M. Kong la veille de l'agression et s'être rendu à son appartement pour lui porter de la nourriture le jour de l'agression, mais il a nié avoir participé au crime. Sa défense laissait entendre que les policiers avaient écarté trop rapidement leurs premiers soupçons que l'agression dont M. Kong a été victime avait été commise par quelqu'un qui tentait de recouvrer des dettes de jeu (la thèse de l'usurier). L'intimé a également présenté concernant ses allées et venues le 21 décembre des éléments de preuve qui contredisaient certains éléments de la preuve soumise par M. Kong quant aux événements qui se sont produits le jour du crime.

[66] Ainsi, la crédibilité et l'existence d'un doute raisonnable à l'égard de l'ensemble de la preuve

before the jury: Mr. Kong gave one version of the facts and the respondent gave a markedly different version.

2. *The Problematic Evidence*

[67] The problematic evidence in the case was given by Det. Sgt. Dan Nealon. As set out by Sharpe J.A., writing for the majority of the Court of Appeal (2008 ONCA 383, 92 O.R. (3d) 462, at paras. 21-28), Det. Sgt. Nealon, then a 19-year veteran of the Toronto Police Service, led the investigation together with Det. Craig Morton. Detective Sergeant Nealon's position before the jury was prominent. As the lead investigator assisting the Crown, he was exempted from the order excluding witnesses and, for most of the trial, he sat with the Crown at the counsel table. Detective Sergeant Nealon testified after all but one of the other police officers had given their evidence and immediately before Mr. Kong testified. Detective Sergeant Nealon's evidence added little to the testimony of the other police officers or to the direct evidence of Kong that would follow. The purpose of his evidence appears to have been to explain the steps the police had taken to investigate the attack, and to satisfy the jury that the crime had been properly and thoroughly investigated.

[68] Detective Sergeant Nealon testified that he had reviewed the notes of the other officers involved in the investigation and described the various steps he took to find information about Mr. Kong through Mr. Kong's family, through inquiries at the casino, and through a search for the respondent's van. He explained that, as there initially had been some thought that the attack might have been gang-related, a police guard had been placed at Kong's bedside "in the off-chance that whoever it was that committed this crime had wanted to finish the job off". Detective Sergeant Nealon testified that he spoke to an Ontario Provincial Police ("OPP") officer at the casino who shared "intelligence information" which "more or less corroborated what the victim was telling [him]".

constituaient les questions principales soumises au jury : M. Kong a donné une version des faits et l'intimé a donné une version très différente.

2. *La preuve problématique*

[67] En l'espèce, la preuve problématique a été présentée par le sergent-détective Dan Nealon. Comme l'a indiqué le juge Sharpe, s'exprimant pour les juges majoritaires de la Cour d'appel (2008 ONCA 383, 92 O.R. (3d) 462, par. 21-28), le sergent-détective Nealon, qui était au moment du procès membre du corps policier de Toronto depuis 19 ans, a mené l'enquête avec le détective Craig Morton. Devant le jury, le sergent-détective Nealon occupait un poste de premier plan. À titre d'enquêteur principal du ministère public, il n'était pas assujéti à l'ordonnance d'exclusion des témoins et, pendant la plus grande partie du procès, il a pris place à la table des avocats du ministère public. Le sergent-détective Nealon a été l'avant-dernier policier à témoigner et il a été appelé à la barre juste avant M. Kong. Le témoignage du sergent-détective Nealon n'a presque rien ajouté à celui des autres policiers ou à celui de M. Kong qui l'a suivi à la barre. Il semble qu'il devait expliquer les mesures prises par la police lors de l'enquête sur l'agression, et qu'il devait convaincre le jury que le crime avait fait l'objet d'une enquête adéquate et minutieuse.

[68] Le sergent-détective Nealon a déclaré qu'il avait examiné les notes des autres policiers qui participaient à l'enquête. Il a décrit les diverses mesures prises pour trouver des renseignements concernant M. Kong, auprès des membres sa famille, au casino ainsi que lors de recherches pour retrouver la fourgonnette de l'intimé. Il a expliqué que, comme la police avait d'abord cru que l'agression pouvait être liée à un gang, un policier était de faction auprès de M. Kong [TRADUCTION] « au cas où la personne qui a commis ce crime aurait voulu l'achever ». Le sergent-détective Nealon a déclaré avoir parlé, au Casino, à un policier de la Police provinciale de l'Ontario (« PPO ») qui lui a communiqué des [TRADUCTION] « renseignements de sécurité » qui [TRADUCTION] « corroboraient plus ou moins ce que la victime [lui] disait ».

[69] Significant aspects of Det. Sgt. Nealon's evidence as to how the investigation proceeded were based upon hearsay or unidentified sources. At several points, although he was cautioned not to give hearsay evidence, he related what he had done as a result of obtaining information from various sources, including Mr. Kong. Detective Sergeant Nealon related his efforts to obtain information from Casino Niagara that showed the respondent's history there. He also testified that a police officer had traced the ownership of the respondent's van. He related a second-hand hearsay description of the respondent given to another police officer by a witness.

[70] As he narrated the events of the investigation, Det. Sgt. Nealon indicated that as the various bits of information — some of which he described and some of which the Crown conceded were hearsay and which the jury was told it could not receive — were assembled, the investigation was “looking significantly better” as he and his team honed in on the respondent as Mr. Kong's assailant. At various points in his evidence, Det. Sgt. Nealon offered his personal opinion as to the respondent's guilt: “It was my intention [*sic*] at that point [following an interview with Mr. Kong] that the man responsible for this attack on [Mr. Kong] was a person known as Duc Van, driving a 1987 Dodge Caravan, red in colour, with that licence plate.”

[71] When defence counsel's cross-examination of Det. Sgt. Nealon began probing his investigation and knowledge of Mr. Kong's involvement in illegal gambling and Asian gangs, Crown counsel objected to the potential introduction of hearsay evidence. As a result, defence counsel agreed to restrict his questions to the witness's suspicions about Asian gangs and the steps he took to investigate such suspicions. Detective Sergeant Nealon agreed that one of the photo line-ups shown to Mr. Kong included a man suspected of being a collector

[69] Des aspects importants du témoignage du sergent-détective Nealon quant à la manière dont l'enquête s'est déroulée étaient fondés sur du ouï-dire ou sur des sources non identifiées. À plusieurs reprises, même si on lui avait demandé d'éviter le ouï-dire, il a relaté ce qu'il avait fait après avoir obtenu des renseignements de diverses sources, notamment de M. Kong. Le sergent-détective Nealon a décrit les efforts qu'il a déployés pour obtenir auprès du personnel du Casino Niagara des renseignements démontrant les antécédents de l'intimé à cet endroit. Il a également déclaré qu'un policier avait identifié le propriétaire de la fourgonnette conduite par l'intimé. Il a fait état d'une description de l'intimé qu'un témoin avait donnée à un autre policier, ce qui constitue un double ouï-dire.

[70] Dans son récit des faits de l'enquête, le sergent-détective Nealon a indiqué qu'au moment où lui et les membres de son équipe rassemblaient les différentes bribes d'information, — il a décrit certaines de ces informations et parmi celles-ci, le ministère public a reconnu que certaines constituaient du ouï-dire et l'on a dit au jury de ne pas en tenir compte — l'enquête [TRADUCTION] « progressait considérablement », alors qu'ils estimaient que l'intimé était l'agresseur de M. Kong. À plusieurs reprises au cours de sa déposition, le sergent-détective Nealon a exprimé son opinion personnelle quant à la culpabilité de l'intimé : [TRADUCTION] « À ce moment-là [après une entrevue avec M. Kong], j'avais l'impression que l'homme responsable de cette agression sur [M. Kong] était une personne dénommée Duc Van, qui conduisait une Dodge Caravan 1987 de couleur rouge portant cette plaque d'immatriculation. »

[71] Durant le contre-interrogatoire du sergent-détective Nealon, lorsque l'avocat de la défense a commencé à lui poser des questions sur son enquête et sur ce qu'il savait de la participation de M. Kong à des activités de jeu illégales et à des gangs asiatiques, l'avocat du ministère public s'est opposé à la présentation éventuelle d'une preuve par ouï-dire. Par conséquent, l'avocat de la défense a accepté de limiter la portée de ses questions aux soupçons que le policier entretenait concernant les gangs asiatiques et aux mesures qu'il avait prises

for loansharks and a potential suspect in the case and that one avenue the investigation had followed was the possibility that Mr. Kong had a gambling debt. He agreed that he had received information regarding a story in a Chinese-language newspaper that had caused Mr. Kong fear because it identified him as a victim and published his name and address. Detective Sergeant Nealon also agreed that once Mr. Kong identified the respondent as his assailant, all other investigation stopped and the police focussed on finding the respondent and evidence to corroborate his guilt.

[72] The trial judge permitted Crown counsel to revisit on re-examination the reasons for the investigation's focus on the respondent:

Q. Why did the information from Mr. Kong narrow your search?

A. Following that interview with Mr. Kong and the information that he did give me, over the next twenty hours a lot of information unfolded that allowed me the only path to take, and as a result of all the information that unfolded, and it seemed to me the other paths would be negligible to follow, because as far as I was concerned I was being led down the proper path for this from the information from Jack Kong.

Q. All right.

Then I guess, just to not to put too fine a point on it, but the follow-up question, why didn't you continue looking at gangs or loans or loansharks, why didn't you continue down that path?

A. Because, in my opinion, Duc Van is the one that is responsible for this act.

Q. Based on?

A. My investigation . . . and information that I received. [Emphasis added; A.R., at pp. 306-7.]

pour vérifier ces soupçons. Le sergent-détective Nealon a reconnu que l'une des séries de photos montrées à M. Kong comprenait la photo d'un homme soupçonné d'être un agent de recouvrement pour des usuriers et un suspect possible dans l'affaire d'agression, et que l'enquête avait porté sur la possibilité que M. Kong ait une dette de jeu. Il a reconnu avoir obtenu des renseignements concernant un article d'un journal publié en chinois qui avait effrayé M. Kong car ce dernier y était désigné comme victime et son nom et son adresse y étaient publiés. Le sergent-détective Nealon a également reconnu qu'une fois que M. Kong eut désigné l'intimé comme étant son agresseur, toutes les autres pistes d'enquête ont été exclues et les policiers se sont mis à la recherche de l'intimé et des éléments de preuve permettant de corroborer sa culpabilité.

[72] Le juge du procès a autorisé l'avocat du ministère public à réexaminer, lors d'un réinterrogatoire, les motifs qui ont poussé les policiers à cibler leur enquête sur l'intimé :

[TRANSDUCTION]

Q. Pour quelle raison les renseignements obtenus de M. Kong ont-ils réduit votre champ de recherche?

R. À la suite de l'entretien avec M. Kong et avec les renseignements qu'il m'a donnés, au cours des vingt heures qui ont suivi, de nombreux renseignements ont été dévoilés et m'ont indiqué la seule piste à suivre et, en raison de tous ces renseignements, il m'a semblé qu'il ne valait pas la peine de suivre les autres pistes car, à mon sens, les renseignements obtenus de Jack Kong m'avaient mené sur la bonne piste dans ce cas.

Q. D'accord.

Alors je suppose, simplement pour ne pas trop entrer dans le détail, mais la question suivante est : pourquoi n'avez-vous pas continué de chercher du côté des gangs, des prêteurs ou des usuriers, pourquoi avez-vous délaissé cette piste?

R. Parce que, selon moi, Duc Van est le responsable de cet acte.

Q. Vous vous fondez sur?

R. Mon enquête [. . .] et les renseignements que j'ai obtenus. [Je souligne; d.a., p. 306-307.]

Detective Sergeant Nealon's evidence, in chief and in re-examination, included both hearsay and police opinion evidence and suggested that his opinion was not based solely on information otherwise before the jury and that such information corroborated Mr. Kong's version of the events.

3. *The Legal Framework*

[73] The Court of Appeal unanimously found that this investigative hearsay and police opinion testimony required limiting instructions. As Sharpe J.A. put it on behalf of the majority (and the dissenting judge, Winkler C.J.O., did not disagree on this point), the trial judge should have cautioned the jury "that this evidence was to be used only as narrative to explain how the investigation had proceeded and that the hearsay and the sources undisclosed to the jury that were used by Nealon to further the investigation, as well as Nealon's opinion, were otherwise inadmissible and did not amount to evidence the jury could use to find that the appellant was guilty of the offences" (para. 30).

[74] Without these instructions, there were two related dangers that would go unaddressed: first, that the jury would improperly use the so-called "investigative hearsay" evidence as evidence of its truth and, second, that the jury would wrongly attach weight to the officer's personal opinion that the respondent was guilty.

[75] In combination, these two problematic aspects were of more concern than either might have been on its own. Each reinforced the other. Detective Sergeant Nealon's opinion likely bolstered Mr. Kong's credibility, as did the implication that Det. Sgt. Nealon relied in forming that opinion on material not before the jury but which corroborated Mr. Kong's evidence. As Sharpe J.A. put it, at para. 31:

Especially troubling is the suggestion created by Nealon's evidence as a whole — and in particular by

Le témoignage du sergent-détective Nealon, tant lors de l'interrogatoire principal que lors du réinterrogatoire, comportait de la preuve par ouï-dire et un témoignage d'opinion. Le sergent-détective Nealon laissait entendre que son opinion n'était pas fondée uniquement sur des renseignements qui avaient été présentés au jury et que ces renseignements venaient corroborer la version des événements faite par M. Kong.

3. *Le contexte juridique*

[73] La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le oui-dire issu de l'enquête et le témoignage d'opinion du policier nécessitaient une directive restrictive. Comme l'a indiqué le juge Sharpe au nom des juges majoritaires (et le juge en chef Winkler, dissident, ne lui a pas donné tort sur ce point), le juge du procès aurait dû avertir le jury [TRADUCTION] « que ce témoignage n'avait d'utilité qu'à titre de compte rendu explicatif du déroulement de l'enquête, et que le oui-dire, les sources non révélées au jury dont M. Nealon s'était servi pour faire avancer l'enquête ainsi que l'opinion de ce dernier étaient autrement inadmissibles et ne constituaient pas des éléments de preuve que le jury pouvait utiliser pour conclure à la culpabilité de l'appelant » (par. 30).

[74] Sans ces directives, deux dangers connexes persistaient : premièrement, le jury pouvait utiliser indûment la preuve dite de « ouï-dire issu de l'enquête » comme preuve de sa véracité et, deuxièmement, il pouvait à tort accorder du poids à l'opinion personnelle du policier selon laquelle l'intimé était coupable.

[75] Puisqu'ils se renforçaient mutuellement, ces deux aspects problématiques étaient encore plus préoccupants, cumulés, qu'ils ne pouvaient l'être chacun de son côté. L'opinion du sergent-détective Nealon, tout comme l'insinuation que cette opinion reposait sur des éléments qui n'avaient pas été présentés au jury mais qui corroboraient le témoignage de M. Kong, ajoutaient à la crédibilité de ce dernier. Ainsi que l'a signalé le juge Sharpe au par. 31 de ses motifs :

[TRADUCTION] Je trouve particulièrement troublante l'impression qui se dégage du témoignage de

what he said in re-examination — that as a result of a body of information not disclosed to the jury, he had formed the opinion that the appellant was guilty. Repeated references to information that “unfolded” and to “information that I received” could well have been taken by the jury to suggest that this senior and respected police officer had evidence inculcating the appellant that had not been presented at trial. The jury should have been warned against drawing that inference.

4. *The Possible Impact on the Verdict*

[76] As noted, the respondent testified and denied being the attacker. He also called evidence that supported certain aspects of his version of events and was inconsistent with certain aspects of Mr. Kong’s testimony. The jury was properly instructed that even if it did not believe the respondent’s evidence, he should be acquitted if his testimony left them with a reasonable doubt about his guilt or if they entertained a reasonable doubt on the evidence as a whole. Thus, in attempting to determine the effect of the error, one must bear firmly in mind that the question is whether, even had proper instructions been given, there is no reasonable possibility that the jury would have had a reasonable doubt about the respondent’s guilt.

IV. Analysis of the Crown Submissions

[77] Demonstrating that there is no reasonable possibility of a jury having a reasonable doubt in the face of conflicting evidence is no mean feat. But that is what the Crown must do to succeed on this appeal. It attempts to discharge this burden by making five main points. In my respectful view, they do not persuade.

[78] First, the Crown says, in effect, that if proper instructions had been given, they would have been more harmful to the defence than was the omission of the instructions which constitute the error. If this were accepted, it would be concluded that the omission was harmless because proper

M. Nealon dans son ensemble — et spécialement de sa déclaration lors du réinterrogatoire — qu’un ensemble de renseignements non révélés au jury l’avait amené à conclure que l’appelant était coupable. Il était très possible que ses nombreuses mentions des renseignements « dévoilés » ou qu’il avait « obtenus » aient donné à penser au jury que ce policier chevronné et respecté disposait d’éléments de preuve incriminants qui n’avaient pas été présentés au procès. Il aurait fallu mettre le jury en garde contre une telle inférence.

4. *L’incidence possible sur le verdict*

[76] Tel qu’indiqué précédemment, l’intimé a témoigné et il a nié avoir été l’agresseur. Il a également soumis une preuve qui étayait certains aspects de sa version des faits et contredisait certains points du témoignage de M. Kong. Dans ses directives, le juge a correctement indiqué aux jurés qu’ils devaient acquitter l’intimé, même s’ils n’ajoutaient pas foi à la preuve qu’il avait soumise, si son témoignage suscitait dans leur esprit un doute raisonnable au sujet de sa culpabilité ou si, compte tenu de l’ensemble de la preuve, un doute raisonnable subsistait dans leur esprit. Afin de déterminer les effets de l’erreur, par conséquent, il s’impose de ne pas perdre de vue que la question à trancher est celle de savoir s’il n’existe aucune possibilité raisonnable que le jury, même instruit correctement, ait eu un doute raisonnable au sujet de la culpabilité de l’intimé.

IV. Analyse des arguments du ministère public

[77] Démontrer qu’il n’existe aucune possibilité raisonnable qu’un jury ait un doute raisonnable devant des preuves contradictoires relève de l’exploit. Mais c’est ce que doit faire le ministère public pour que son pourvoi soit accueilli. Il tente de s’acquitter de son obligation au moyen de cinq arguments principaux. À mon avis, ces arguments ne sont pas convaincants.

[78] Tout d’abord, le ministère public soutient en fait que la formulation de directives appropriées aurait fait plus de tort à la défense que leur omission qui constitue l’erreur en l’espèce. Si cet argument était retenu, on pourrait déterminer les répercussions de l’omission et il faudrait conclure qu’elle

instructions would have been even less favourable to the defence.

[79] Respectfully, this is no answer to the judge's failure to tell the jury to ignore Det. Sgt. Nealon's opinion that the respondent was guilty. The Crown concedes that one aspect of proper instructions in these circumstances should have brought it home to the jury that the Detective Sergeant's opinion that he arrested the guilty party was not evidence of anything and must be disregarded. This instruction would not have undercut the defence in any respect or been less favourable to the defence than was its omission.

[80] Next the Crown says that the officer's opinion testimony was harmless because the jury would have assumed in any event that he thought the accused was guilty. This argument, in my respectful view, is contrary to long-settled, basic legal principles and in fact underlines the need for the omitted instruction.

[81] The Crown position in my view overlooks a good deal of learning about the dangers of evidence put in the form of opinions. As LeBel J. points out in his reasons at para. 39, the officer's "statement of his opinion of the respondent's guilt was unwarranted and clearly foreclosed by the jurisprudence, due to the danger of the jury uncritically accepting the witness's opinion without drawing their own conclusions about the evidence". This view is supported, among many authorities, by what Major J. said in *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275:

A basic tenet of our law is that the usual witness may not give opinion evidence, but testify only to facts within his knowledge, observation and experience. This is a commendable principle since it is the task of the fact finder, whether a jury or judge alone, to decide what secondary inferences are to be drawn from the facts proved. [para. 49]

était inoffensive parce que la défense se serait trouvée dans une position encore plus défavorable si les directives appropriées avait été données.

[79] En toute déférence, on ne saurait répondre de la sorte à l'omission du juge d'indiquer au jury de ne pas tenir compte de l'opinion du sergent-détective Nealon selon laquelle l'intimé était coupable. Le ministère public reconnaît qu'une directive appropriée en l'espèce aurait notamment signalé au jury que l'opinion du sergent-détective selon laquelle il avait arrêté le coupable ne prouvait rien et qu'il fallait en faire abstraction. Une telle directive n'aurait causé aucun tort à la défense et elle ne lui aurait pas non plus été moins favorable que l'omission de la donner.

[80] Le ministère public soutient ensuite que le témoignage d'opinion du policier serait inoffensif parce que le jury lui aurait de toute manière imputé l'opinion que l'accusé était coupable. À mon avis, cet argument va à l'encontre de principes élémentaires de droit établis depuis longtemps, et il a plutôt pour effet de souligner la nécessité de la directive qui a été omise.

[81] Il me semble que cet argument du ministère public fait abstraction de nombreuses connaissances acquises au sujet des dangers de la preuve par opinion. Comme le signale le juge LeBel au par. 39 de ses motifs, « l'opinion [du sergent-détective Nealon] sur la culpabilité de l'intimé était injustifiée et clairement exclue par la jurisprudence en raison du risque que le jury accepte aveuglément l'opinion du témoin sans tirer ses propres conclusions sur la preuve faite ». Ce point de vue trouve beaucoup d'appui en jurisprudence, notamment dans les motifs du juge Major dans *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275 :

Selon un principe fondamental de notre droit, le témoin ordinaire ne peut pas rendre un témoignage d'opinion; il ne peut témoigner que sur les faits relevant de ses connaissances, de ses observations et de son expérience. Il s'agit d'un principe louable puisqu'il appartient au juge des faits, qu'il s'agisse d'un jury ou d'un juge seul, de décider quelles conclusions secondaires doivent être tirées des faits prouvés. [par. 49]

[82] It is worth remembering that there are at least three dangers in receiving opinion evidence of the sort the officer gave in this case. First, it usurped the function of the jury by drawing critical inferences — a conclusion about the respondent's guilt — from the facts known to the witness. Second, it obscured the factual basis for the conclusions reached. In this case, it was at best unclear and at worst a likely inference that the officer's opinion was based on evidence other than that which had been admitted before the jury. Finally, there was a danger that, given the long experience and excellent career history of Det. Sgt. Nealon, the jury would attach undue weight to his opinion: see, for example, *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819, at pp. 839-40.

[83] This final point is particularly important in this case. There was a real risk that jurors would put more credence in the improperly offered opinion simply because it came from an experienced and respected police officer. In other words, there is a legitimate concern that the “jury might forego independent analysis of the facts and bow too readily to the opinion of an expert or other influential witness”: *McCormick on Evidence* (6th ed. 2006), vol. 1, at § 12. While of course this opinion was not presented as expert opinion evidence, the dangers noted by Major J. in *D.D.* at para. 53 in that context were also present here:

The primary danger arising from the admission of any opinion evidence is that the province of the jury might be usurped by that of the witness. This danger is especially prevalent in cases of expert opinion evidence. Faced with an expert's impressive credentials . . . , jurors are more likely to abdicate their role as fact-finders and simply attorn to the opinion of the expert in their desire to reach a just result.

[84] As underscored by Sharpe J.A., at the time of the investigation, Det. Sgt. Nealon was a 19-year veteran of the Toronto Police Service. He led the investigation with Det. Morton. Detective Sergeant

[82] Il convient de rappeler qu'il est dangereux à au moins trois égards d'accepter en preuve un témoignage d'opinion comme celui du policier en l'espèce. Premièrement, le policier usurpe la fonction du jury en formulant des conclusions fondamentales — une conclusion concernant la culpabilité de l'intimé — à partir de faits qu'il connaît. Deuxièmement, le témoignage d'opinion obscurcit le fondement factuel des conclusions tirées. En l'espèce, dans le meilleur des cas, il n'était pas certain que l'opinion du policier reposât exclusivement sur des éléments de preuve qui avaient été présentés au jury et, dans le pire des cas, il était probable que ce n'était pas le cas. Enfin, il y avait le danger que la longue expérience et les bons états de service du sergent-détective Nealon inciteraient le jury à attribuer un poids indu à ses opinions : voir, par exemple, *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, p. 839-840.

[83] Ce dernier point revêt une importance particulière en l'espèce. Le risque que le jury accorde plus de crédit à l'opinion irrégulièrement formulée simplement parce qu'elle émanait d'un policier expérimenté et respecté était réel. Autrement dit, on pouvait avec raison craindre que [TRADUCTION] « le jury renonce à analyser les faits de façon indépendante et souscrive trop facilement à l'opinion d'un expert ou d'un autre témoin influent » : *McCormick on Evidence* (6^e éd. 2006), vol. 1, § 12. Cette opinion n'a, bien sûr, pas été soumise comme étant celle d'un expert, mais elle n'en présente pas moins les dangers signalés à cet égard par le juge Major dans *D.D.* au par. 53 :

Le principal danger découlant de l'admission d'un témoignage d'opinion est que les fonctions du jury risquent d'être usurpées par celles du témoin. Ce danger est particulièrement présent dans les cas de témoignages d'opinion d'experts. Devant les qualifications impressionnantes d'un expert [. . .], les jurés sont plus susceptibles d'abandonner leur rôle de juge des faits et de simplement s'en remettre à l'opinion de l'expert dans leur désir d'en venir à un résultat juste.

[84] Comme l'a souligné le juge Sharpe, le sergent-détective Nealon comptait 19 ans de service dans la police de Toronto au moment de l'enquête qu'il menait avec le détective Morton. Le

Nealon testified after all but one of the other police officers and immediately before Kong. He was exempted from the order excluding witnesses and, for most of the trial, he sat with the Crown at the counsel table. His special role in the prosecution and his testimony about the thoroughness of the investigation and how he often worked overtime on this case would have contributed to his credibility before the jury. The jury may well have attached special importance to his evidence. That would also serve to bolster the credibility of the victim, Mr. Kong, and to undermine the credibility of the respondent.

[85] In short, the risks of the jury attaching undue weight to the officer's opinion have long been recognized in the jurisprudence and, on the facts of this case, there was at the very least a reasonable possibility of these risks materializing, absent proper limiting instructions.

[86] Moreover, the Crown's assertion that the jury likely assumed that the investigating officer thought the respondent was guilty serves to underline the need for the limiting instructions rather than to provide an excuse for their omission. The opinions of the police on the question of an accused's guilt have no place in the jury's deliberations. The proposition that the jury would assume the police think that the accused is guilty underlines the need for a limiting instruction, particularly where the police view is presented as opinion evidence.

[87] It is impossible, in my view, to determine the impact of the Detective Sergeant's opinion that the respondent was guilty. And this is all the more true where, as here, the respondent testified, denied his involvement and called evidence in his defence. It is also impossible to know what impact the required instruction to entirely disregard the officer's opinion would have had on the jury. Respectfully, it cannot be said that there is no reasonable possibility that the absence of the instruction affected the outcome of the trial.

sergent-détective a été l'avant-dernier policier à témoigner, et il a été appelé à la barre juste avant M. Kong. Il a été exempté de l'ordonnance d'exclusion des témoins et, pendant la plus grande partie du procès, il a pris place à la table des avocats du ministère public. Le rôle spécial qu'il a joué dans la poursuite et son témoignage au sujet de l'exhaustivité de l'enquête et des heures supplémentaires qu'il y a consacrées ont pu contribuer à fonder sa crédibilité dans l'esprit du jury — lequel a fort bien pu attribuer une importance particulière à son témoignage — ainsi qu'à ajouter à la crédibilité de la victime, M. Kong, et à discréditer l'intimé.

[85] En résumé, la jurisprudence reconnaît depuis longtemps le risque qu'un jury accorde un poids indu aux opinions des policiers et, compte tenu des faits de l'espèce, il existait à tout le moins une possibilité raisonnable que ce risque se concrétise si le juge ne donnait pas les directives restrictives qu'il fallait.

[86] En outre, loin de justifier l'absence de directives restrictives, l'argument du ministère public voulant que le jury aurait vraisemblablement supposé que l'enquêteur croyait l'intimé coupable signale plutôt la nécessité de ces directives. Les opinions de policiers au sujet de la culpabilité d'un accusé n'ont pas leur place dans les délibérations du jury. En faisant valoir que le jury supposerait que, pour les policiers, l'accusé est coupable, on met en évidence la nécessité de donner des directives restrictives, en particulier lorsque le point de vue des policiers prend la forme d'un témoignage d'opinion.

[87] À mon avis, il est impossible de déterminer avec certitude l'incidence qu'a pu avoir l'opinion du sergent-détective Nealon quant à la culpabilité de l'accusé. Ce l'est d'autant plus que l'intimé, en l'espèce, a témoigné, a nié sa participation et a présenté une preuve en défense. Il est également impossible d'établir l'effet qu'aurait pu avoir sur le jury une directive lui indiquant de ne tenir aucun compte de l'opinion du sergent-détective. On ne saurait affirmer qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que l'absence de directive ait influé sur l'issue du procès.

[88] Detective Sergeant Nealon's testimony in effect conveyed to the jury that he, an experienced and respected police officer, believed Mr. Kong over the respondent. We cannot, in my respectful view, conclude that there is no reasonable possibility that the omitted instructions had no impact on the ultimate determination of guilt.

[89] As a third point, the Crown submits that the concerns of the majority of the Court of Appeal about the officer's evidence being based on material not before the jury were misplaced. The argument is that the jury would have recognized that the officer was simply referring to matters that were in evidence and would not have thought that his opinion was based on material not otherwise before them. Respectfully, I cannot accept this submission.

[90] Detective Sergeant Nealon referred in his evidence to several sources of information that were not otherwise before the jury. He testified, for example, that he reviewed the notebooks of the officers involved up to the point that he took over the investigation. Some of these officers were named, others were not and none of them testified at trial. He testified about his interviews with Mr. Kong's three sisters, none of whom testified. His evidence was that he did this to "get some information about [Mr. Kong] and his background, and any information . . . with respect to [the] offence". He referred to his conversation with an OPP intelligence officer at the casino whose information "more or less corroborated what the victim was telling [him]." He referred to interviews with eight unnamed casino employees and to a videotaped statement he took from Mr. Kong. None of this material was otherwise before the jury. His testimony also included references to a "lot of information", and his opinion that the respondent was the guilty party was based on all of his investigation. His evidence gave the impression that all of the information he received from all of these sources corroborated Mr. Kong's version of the events. The re-examination evidence, which I set out earlier, demonstrates the likelihood that the jury would have understood the officer's opinion to be based on everything he had done,

[88] Pour le jury, il ressortait du témoignage du sergent-détective Nealon qu'un policier expérimenté et respecté croyait M. Kong et non l'intimé. On ne peut, à mon avis, conclure à l'absence de possibilité raisonnable que cette omission n'ait pas pesé dans le prononcé du verdict de culpabilité.

[89] Dans son troisième argument, le ministère public soutient que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort de craindre que le témoignage du policier ne soit perçu comme reposant sur des éléments qui n'avaient pas été présentés au jury. Selon cet argument, les jurés auraient considéré que le policier se reportait simplement à des points déjà mis en preuve et n'aurait pas pensé que l'opinion de ce dernier était fondée sur des éléments qui ne leur avaient pas été présentés. Je ne puis accepter cet argument.

[90] Le sergent-détective Nealon a fait mention, dans sa déposition, de plusieurs sources de renseignements dont le jury ne disposait pas. Le témoin a indiqué, par exemple, qu'il avait examiné les carnets de note des policiers responsables de l'enquête avant qu'il la prenne en charge. Il a nommé certains des policiers, mais pas tous, et aucun d'eux n'a témoigné au procès. Il a mentionné ses entretiens avec les trois sœurs de M. Kong, mais aucune n'a été citée comme témoin. Il a déclaré qu'il avait fait cela pour [TRADUCTION] « recueillir des renseignements au sujet de [M. Kong] et de son passé et des renseignements [. . .] concernant l'infraction ». Il a évoqué sa conversation avec un agent du renseignement de la PPO au casino qui lui a fourni des renseignements [TRADUCTION] « corroborant plus ou moins les dires de la victime ». Il a fait état d'entrevues avec huit employés de casino non identifiés ainsi que d'une déclaration de M. Kong qu'il a enregistrée sur vidéo. Rien de cela n'a été autrement présenté au jury. Dans sa déposition, le policier mentionnait aussi de [TRADUCTION] « nombreux renseignements », ainsi que son opinion, fondée sur l'ensemble de son enquête, que l'intimé était le coupable. Il a donné l'impression, par sa déposition, que tous les renseignements provenant de toutes les sources auxquelles il avait puisé corroboraient la version des faits donnée par M. Kong.

including many things that were not in the evidence. His evidence was, in effect, that the officer's opinion that the respondent was guilty was based, as he put it, on "[his] investigation . . . and information that [he] received".

[91] I respectfully agree with the majority of the Court of Appeal that the officer's testimony created the impression that his personal opinion about the respondent's guilt was based in part on a body of information not disclosed to the jury. I would add that some of this information (such as from the OPP intelligence officer) was expressly represented to the jury as corroborating Mr. Kong's version of events while it was implicit in the officer's testimony that other information also had this effect, as for example, the interviews with the three sisters and the eight casino employees.

[92] I conclude that the jury would have had the impression that Det. Sgt. Nealon's opinion about the respondent's guilt and about the credibility of Mr. Kong was based not only on his long experience as a police officer, but also on a body of information not disclosed to them. This impression compounded the seriousness of the omission of proper instructions that his opinion should be given no weight.

[93] Fourth, the Crown submits that the impact of the failure to give the proper limiting instructions was mitigated in this case by other instructions given by the judge. These instructions consist of a single, brief mid-trial instruction given during Det. Sgt. Nealon's testimony in relation to his use of Det. Morton's notes and several instructions that the jury must decide the case on the evidence it saw and heard in the courtroom.

[94] These instructions, in my view, did not mitigate the impact of the error in this case at all.

L'extrait du réinterrogatoire reproduit précédemment est indicatif de la probabilité que le jury comprenne que l'opinion du policier reposait sur tout ce qu'il avait fait, y compris de nombreux éléments qui n'avaient pas été mis en preuve. Il affirmait, en fait, que son opinion que l'intimé était coupable reposait, comme il l'a dit, sur [TRADUCTION] « [son] enquête [. . .] et les renseignements [qu'il] a obtenus ».

[91] Je partage l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel que ce témoignage a donné l'impression que l'opinion personnelle du témoin au sujet de la culpabilité de l'intimé reposait en partie sur un ensemble de renseignements qui n'avaient pas été présentés au jury. J'ajouterais qu'il a expressément été dit au jury que certains de ces renseignements (comme ceux obtenus de l'agent de renseignement de la PPO) corroboraient la version des faits de M. Kong, tandis qu'il ressortait implicitement du témoignage du policier que d'autres renseignements avaient également cet effet, par exemple les entretiens avec les trois sœurs et les huit employés du casino.

[92] Je conclus que les jurés auraient eu l'impression que l'opinion du sergent-détective Nealon au sujet de la culpabilité de l'intimé et de la crédibilité de M. Kong ne reposait pas uniquement sur sa longue expérience dans la police mais également sur un ensemble de renseignements qui ne leur avait pas été présentés. Cette impression ajoutait à la gravité de l'omission d'indiquer dans des directives appropriées qu'il ne fallait pas accorder de poids à cette opinion.

[93] Dans son quatrième argument, le ministère public soutient que d'autres directives du juge ont atténué les effets de son omission de donner les directives restrictives appropriées. Il s'agit en fait d'une seule et brève directive formulée en cours d'instance, se rapportant à l'utilisation par le sergent-détective Nealon, pendant son témoignage, des notes du détective Morton, et de plusieurs directives enjoignant au jury de fonder sa décision sur les éléments de preuve qui lui avait été présentés.

[94] À mon avis, ces directives n'ont absolument pas atténué l'effet de l'erreur en l'espèce. Le

Detective Sergeant Nealon's evidence was of course evidence that the jury saw and heard in the courtroom and fell within the judge's repeated admonition to the jury to consider all of the evidence in reaching their decision.

[95] Finally, the Crown argues that the failure of defence counsel to object should persuade us that the omission of the instruction had no impact on the outcome of the case. I do not accept this view.

[96] The failure to object is, of course, a relevant consideration in assessing the importance of a legal error as seen in the concrete reality of the trial. Thus, as this Court has held, defence counsel's failure to comment at the trial is worthy of consideration: *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 38; see also *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, and *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293. The failure to object may inform a court's conclusion on both the overall accuracy of an instruction and the seriousness and likely impact of the error. It is, however, only one consideration.

[97] The omission of the limiting instructions was a mistake, and there is no plausible argument, in my view, that the substance of the required instructions was addressed in other aspects of the charge. The failure to object, therefore, is of no assistance in determining the overall accuracy of the judge's directions. All other considerations, in my respectful view, support the Crown's concession that this error was serious and, in my view, there are strong reasons to think that the omission had a direct impact on the critical issue of the credibility of the respondent and Mr. Kong. So it becomes a question of whether the failure to object, on its own, should persuade us that there is no reasonable possibility that the error had any impact.

[98] In my respectful view, it should not. The inferences to the contrary are too compelling to allow this one factor to tip the balance.

témoignage du sergent-détective Nealon était à l'évidence un élément de preuve qui avait été présenté au jury, et il était donc visé par les directives répétées du juge selon lesquelles le jury devait fonder sa décision sur la totalité de la preuve.

[95] Enfin, le ministère public plaide l'absence d'objection de la part de l'avocat de la défense et nous invite à en conclure que l'omission de la directive n'a pas influé sur l'issue du procès. Je ne puis accepter ce raisonnement.

[96] Lorsqu'il s'agit d'apprécier l'importance d'une erreur de droit compte tenu de la réalité concrète d'un procès, l'absence d'objection constitue, naturellement, un facteur pertinent. Notre Cour a indiqué qu'il y avait lieu de prendre en considération l'omission de l'avocat de la défense de faire des commentaires au procès : *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 38; voir aussi *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, et *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293. La conclusion formulée tant à l'égard de l'exactitude générale d'une directive qu'à l'égard des conséquences probables d'une erreur et de la gravité de celle-ci peut faire intervenir l'absence d'objection, mais il ne s'agit là que d'un facteur parmi d'autres.

[97] L'absence de directive restrictive constituait une erreur, et il est impossible, à mon avis, d'affirmer que la substance des directives nécessaires a été communiquée dans d'autres aspects des directives au jury. Par conséquent, le fait qu'il n'y ait pas eu d'objection n'est d'aucun secours pour l'appréciation de l'exactitude générale des directives du juge. Toutes les autres considérations étaient à mon avis la reconnaissance, par le ministère public, qu'il s'agissait d'une erreur grave, et selon moi, on peut sérieusement penser que l'omission a directement influé sur la question cruciale de la crédibilité de l'intimé et de M. Kong. Il faut donc se demander si l'absence d'objection, en elle-même, pourrait nous convaincre qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que l'erreur ait eu des conséquences.

[98] Selon moi, cette absence d'objection n'est pas convaincante. Les facteurs pointant vers la conclusion contraire sont trop déterminants pour que cette seule considération fasse pencher la balance.

[99] Of course, appellate courts will not look favourably upon counsel who deliberately fail to object to the charge for tactical reasons. However, there is nothing in the record here to indicate that the failure to object was a deliberate strategy. Like Sharpe J.A., for the majority in the Court of Appeal, and LeBel J. in his reasons in this Court, I do not think that the failure to object in this case may reasonably be viewed as a tactical decision by the defence. The trial judge had already cautioned the jury that they were not to use speculation to accept the defence's loanshark theory. A limiting instruction would not have further undermined the position of the defence. And a limiting instruction about the officer's opinion would not have in any respect undermined the defence.

[100] In my opinion, defence counsel's failure to object at trial in this case cannot on its own or in combination with other considerations assist the Crown in discharging its burden of showing that this serious legal error could not reasonably have had any impact on the verdict.

[101] To conclude, the omission of limiting instructions about the officer's opinion evidence, based in part on a body of information not otherwise before the jury, was a serious error that may well have directly affected the jury's assessment of the credibility not only of the respondent but of Mr. Kong. This error was not mitigated by other instructions. A proper instruction about this opinion evidence would not have undermined the defence, and it is impossible to say what impact a proper instruction would have had on the jury's deliberations. Like the majority of the Court of Appeal, I would conclude that the Crown has not discharged its heavy onus of showing that there is no reasonable possibility that the omitted instruction would have made no difference to the outcome of the case.

V. Conclusion

[102] I would dismiss the appeal.

[99] Il est certain que les avocats qui s'abstiennent délibérément de contester une directive pour des raisons d'ordre tactique ne trouvent pas grâce aux yeux des tribunaux d'appel. Rien dans le dossier de la présente espèce n'indique toutefois que l'absence d'objection s'inscrive dans une stratégie calculée. Comme le juge Sharpe, dans les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel, et comme le juge LeBel dans ses motifs, j'estime qu'il n'y a pas lieu de penser que l'absence d'objection participe en l'espèce d'une décision stratégique de la défense. Le juge du procès avait déjà averti le jury qu'il ne devait pas se fonder sur des hypothèses pour accepter la thèse des usuriers soutenue par la défense. Une directive restrictive n'aurait pas affaibli davantage la position de la défense. Et une directive restrictive concernant l'opinion du policier n'aurait d'aucune façon affaibli la défense.

[100] J'estime que, prise isolément ou combinée à d'autres facteurs, l'absence d'objection de l'avocat de la défense au procès ne peut en l'espèce aider le ministère public à s'acquitter du fardeau de prouver que la grave erreur de droit en cause ne pouvait raisonnablement avoir eu de répercussion sur le verdict.

[101] En conclusion, l'omission de donner une directive restrictive au sujet du témoignage d'opinion du policier fondé en partie sur un ensemble de renseignements qui n'avaient pas été présentés au jury constituait une erreur grave tout à fait susceptible d'influer sur l'appréciation, par le jury, de la crédibilité non seulement de l'intimé, mais aussi de M. Kong. La gravité de cette erreur n'a pas été atténuée par d'autres directives. La présentation d'une directive appropriée n'aurait pas causé préjudice à la défense, et il est impossible de dire quel effet une telle directive aurait eu sur les délibérations du jury. Comme les juges majoritaires de la Cour d'appel, j'estime que le ministère public ne s'est pas acquitté de sa lourde obligation de démontrer qu'il n'existe pas de possibilité raisonnable que l'omission de la directive aurait été sans conséquence sur l'issue du procès.

V. Conclusion

[102] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal allowed, BINNIE, FISH, CHARRON and CROMWELL JJ. dissenting.

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

Solicitor for the respondent: Joseph S. Wilkinson, Toronto.

Pourvoi accueilli, les juges BINNIE, FISH, CHARRON et CROMWELL sont dissidents.

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

Procureur de l'intimé : Joseph S. Wilkinson, Toronto.

Judy Ann Craig *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: R. v. CRAIG

Neutral citation: 2009 SCC 23.

File No.: 32102.

2008: November 13; 2009: May 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Controlled drugs and substances — Forfeiture orders — Specific proportionality test provided for offence-related real property forfeiture orders — Relationship of test with general sentencing principles — Accused guilty of producing marihuana in her home — Accused fined and given conditional imprisonment sentence — Court of Appeal setting aside fine and ordering forfeiture of house — Whether real property forfeiture orders should be considered together with terms of imprisonment as a global punishment — Whether court empowered to order partial forfeiture of real property — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 19.1(3).

The accused pleaded guilty to one count of producing marihuana, contrary to s. 7(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act* (“CDSA”). The charge related to her activities in her North Vancouver home. By the time she was sentenced, the Canada Revenue Agency had assessed her \$250,000 for unpaid taxes relating to marihuana earnings reaching back to 1998. The debt was secured by a lien on her two houses. The

Judy Ann Craig *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. CRAIG

Référence neutre : 2009 CSC 23.

N° du greffe : 32102.

2008 : 13 novembre; 2009 : 29 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
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Drôit criminel — Drogues et autres substances réglementées — Ordonnances de confiscation — Critère de proportionnalité spécifiquement établi à l'égard des ordonnances de confiscation visant des biens immeubles infractionnels — Relation entre ce critère et les principes généraux de détermination de la peine — Accusée déclarée coupable de production de marihuana dans sa résidence — Accusée condamnée à une amende et à une peine d'emprisonnement avec sursis — Annulation de l'amende par la Cour d'appel et confiscation de la résidence ordonnée par celle-ci — Est-ce que les ordonnances de confiscation de biens immeubles et les périodes d'emprisonnement doivent être considérées comme constituant ensemble une peine globale? — Est-ce que les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner la confiscation partielle d'un bien immeuble? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 19.1(3).

L'accusée a plaidé coupable à un chef de production de marihuana, infraction prévue au par. 7(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* (« LRCDas »). L'accusation concernait des activités auxquelles elle s'était livrée dans sa résidence de North Vancouver. Lorsque la peine a été prononcée, l'Agence du revenu du Canada lui avait adressé un avis de cotisation lui réclamant la somme de 250 000 \$ pour impôts

trial judge declined to order forfeiture, concluding that it was more appropriate to order a \$100,000 fine, in addition to a 12-month conditional sentence of imprisonment and a victim surcharge of \$15,000. The Court of Appeal upheld the conditional sentence but set aside the fine and the victim surcharge. It also ordered the forfeiture of the accused's home. In its view, the term of imprisonment and the forfeiture order should be considered together as a global punishment.

Held (Fish J. dissenting in part): The appeal should be allowed and the forfeiture order set aside.

1. *Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: The proportionality test set out in s. 19.1 of the *CDSA* is different from and independent from sentencing.
2. *Per* LeBel and Fish JJ.: The decision to forfeit under s. 19.1 of the *CDSA* should be considered in crafting a sentence in cases where forfeiture is punitive.
3. *Per* Binnie, LeBel, Deschamps and Abella JJ.: Partial forfeiture of real property can be ordered under s. 19.1 of the *CDSA*.
4. *Per* McLachlin C.J. and Fish and Rothstein JJ.: Partial forfeiture of real property cannot be ordered under s. 19.1 of the *CDSA*.

Per Binnie, Deschamps and Abella JJ.: The forfeiture inquiry under s. 19.1(3) of the *CDSA* is a discrete and distinct one from terms of imprisonment or other aspects of the sentence. While the rest of an offender's sentence is governed by the principles of sentencing found in the *Criminal Code*, the forfeiture of offence-related real property is determined with reference only to the principles contained in s. 19.1(3), which set out a different and unique template. [13]

The risk in approaching the forfeiture inquiry as being interdependent with terms of imprisonment is

impayés à l'égard des revenus tirés de la marijuana depuis 1998. Cette créance était garantie par un privilège grevant ses deux maisons. La juge du procès a refusé d'ordonner la confiscation, concluant qu'il convenait davantage d'infliger une amende de 100 000 \$, en plus d'une période d'emprisonnement avec sursis de 12 mois et une suramende compensatoire de 15 000 \$. La Cour d'appel a confirmé la peine d'emprisonnement avec sursis mais a annulé l'amende et la suramende compensatoire. Elle a également ordonné la confiscation de la résidence de l'accusée. Selon elle, les périodes d'emprisonnement et les ordonnances de confiscation doivent être considérées ensemble, comme des éléments d'une même punition globale.

Arrêt (le juge Fish est dissident en partie) : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de confiscation est annulée.

1. *La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Abella et Rothstein : Le critère de proportionnalité établi à l'art. 19.1 de la *LRCIDAS* constitue une analyse distincte et indépendante de la détermination de la peine.
2. *Les* juges LeBel et Fish : La décision d'ordonner une mesure de confiscation en vertu de l'art. 19.1 de la *LRCIDAS* doit être prise en considération dans l'établissement de la peine lorsque cette mesure a un caractère punitif.
3. *Les* juges Binnie, LeBel, Deschamps et Abella : La confiscation partielle d'un bien immeuble peut être ordonnée en vertu de l'art. 19.1 de la *LRCIDAS*.
4. *La* juge en chef McLachlin et les juges Fish et Rothstein : La confiscation partielle d'un bien immeuble ne peut être ordonnée en vertu de l'art. 19.1 de la *LRCIDAS*.

Les juges Binnie, Deschamps et Abella : L'analyse relative à la confiscation prévue au par. 19.1(3) de la *LRCIDAS* constitue un volet distinct et indépendant de la période d'emprisonnement ou d'autres aspects de la peine. Bien que le reste de la peine infligée à un délinquant soit régi par les principes énoncés dans le *Code criminel* en matière de détermination de la peine, la confiscation des biens immeubles infractionnels, elle, est régie uniquement par les principes énoncés au par. 19.1(3) de la *LRCIDAS*, qui établissent une grille d'analyse différente et tout à fait particulière. [13]

Le risque que comporte le fait de considérer l'analyse relative à la confiscation comme une mesure en

that, based on a “totality” approach, those who have property available for forfeiture will likely be able to trade property for jail time or to avoid jail entirely. This would result in lengthier custodial terms being imposed on those who have no property available for forfeiture, an untenable result. [2-3] [12] [34-35]

The purpose and statutory language underlying the forfeiture scheme reflect Parliament’s intention that forfeiture orders be treated independently. While the sentencing inquiry focuses on the individualized circumstances of the offender, the main focus of forfeiture orders is on the property itself. The structure of the *CDSA* confirms this interpretation. Part I, entitled “Offences and Punishment”, governs sentences for offences under the statute and refers to ordinary sentencing principles, including the circumstances of the offender. Part II, called “Enforcement”, contains a proportionality test in s. 19.1(3) governing the forfeiture of offence-related real property. The two tests are distinct and s. 19.1(3) notably excludes the circumstances of the offender. Furthermore, forfeiture may apply to property owned by a complicit individual who is neither sentenced nor even charged with an offence, and certain types of forfeiture orders operate without the existence of a term of imprisonment imposed on anyone for the relevant offence. [18] [40-45]

The fairness of a forfeiture order under the *CDSA* is further ensured by the availability of partial forfeiture. Partial forfeiture is consistent with the plain language of the statute, as well as with a contextual interpretation of s. 19.1(3), and allows a court to tailor the amount of property to be forfeited in a way that takes into account the relative weight of the listed factors. The proportionality analysis under s. 19.1(3) and partial forfeiture have a common source, in that both recognize that real property is a qualitatively and quantitatively different kind of asset, and that ordering its forfeiture can be a draconian measure. [50-56]

Based on the particular circumstances of the case, judges therefore have the discretion to order no forfeiture, partial forfeiture or full forfeiture of offence-related real property. Each situation will be subject to the judge’s appreciation of how the s. 19.1(3) factors

interdépendance avec la période d’emprisonnement est que, dans le cadre d’une approche « globale », les personnes possédant des biens confisquables seront vraisemblablement en mesure d’éviter soit entièrement soit partiellement l’incarcération en échange de biens. Cela se traduirait par l’infliction de peines d’emprisonnement plus lourdes aux délinquants ne possédant pas de biens confisquables, un résultat indéfendable. [2-3] [12] [34-35]

L’objectif du régime de confiscation et le libellé de ses dispositions révèlent que le Parlement entendait que les ordonnances de confiscation soient considérées d’une façon indépendante. Alors que l’examen portant sur la détermination de la peine est axé sur la situation particulière du délinquant, dans le cas de l’ordonnance de confiscation l’analyse s’attache principalement au bien lui-même. La structure de la *LRCIDAS* confirme cette interprétation. La partie I, intitulée « Infractions et peines », régit les peines prononcées à l’égard des infractions à la loi et renvoie aux principes généraux de détermination de la peine en général, notamment la situation particulière du délinquant. La partie II, intitulée « Exécution et mesures de contrainte », renferme au par. 19.1(3) un critère de proportionnalité régissant la confiscation des biens immeubles infractionnels. Les deux analyses sont distinctes et la situation particulière du délinquant est notablement exclue au par. 19.1(3). En outre, la confiscation peut s’appliquer à des biens appartenant à un complice qui n’est ni condamné ni même accusé d’une infraction et certaines ordonnances de confiscation peuvent être rendues sans qu’une peine d’emprisonnement soit infligée à quiconque à l’égard de l’infraction en cause. [18] [40-45]

La possibilité pour le tribunal de prononcer une confiscation partielle contribue aussi à garantir le caractère équitable de l’ordonnance de confiscation rendue en vertu de la *LRCIDAS*. Cette possibilité est conforme à la lettre de la loi ainsi qu’à l’interprétation contextuelle du par. 19.1(3), et permet au tribunal de déterminer la proportion du bien qui sera confisquée en tenant compte du poids relatif des facteurs énumérés. L’analyse de la proportionnalité établie au par. 19.1(3) et la confiscation partielle ont une assise commune, en ce que les deux reconnaissent que les biens immeubles constituent un type de biens différents sur les plans quantitatif et qualitatif et que la confiscation d’un tel bien peut constituer une mesure draconienne. [50-56]

En conséquence, selon les circonstances particulières de l’affaire le juge a le pouvoir discrétionnaire de refuser la confiscation du bien immeuble infractionnel, de n’ordonner que la confiscation partielle de celui-ci ou encore d’en ordonner la confiscation totale. Chaque

should be applied in the particular circumstances of the case. Although in this case neither the trial judge nor the Court of Appeal treated the forfeiture order as a separate inquiry, the application of the relevant factors shows no reason to interfere with the decision not to order forfeiture. Since the Crown did not ask this Court to reinstate the fine imposed by the sentencing judge, the appropriate disposition is to set aside the Court of Appeal's forfeiture order. [59] [66-67]

Per McLachlin C.J. and Rothstein J.: The reasons and conclusion of Abella J. are agreed with, except for her reasons on the issue of partial forfeiture. The phrase "part of the property" in s. 19.1(3) of the *CDSA* does not empower a court to order that only part of the real property be forfeited. This phrase is more convincingly read as a reflection of the language in s. 19(3), whereby forfeiture will apply only to the part of the real property remaining after some of it was returned to innocent third parties at their eventual request. This interpretation is more compatible with the general rule, set out in s. 16(1), that offence-related property is forfeited in its entirety and with the broader objectives of the statutory scheme. Forfeiture of offence-related property under criminal law is generally mandatory and total because the intention of Parliament is to deprive offenders and complicit individuals of the tools of the trade. Importantly, no provision is made in the Act for a fine in lieu of forfeiture. Instead, the sole focus of the Act is on the physical property, rather than its value. If Parliament had intended to grant not only the power to relieve against forfeiture of real property, but also to determine what proportion of the property should be exempted, it would have said so in clearer language. It seems reasonable to assume that Parliament intended the forfeiture procedure to be as simple as justice permits. Imposing an unpredictable calculation based on a weighing of the factors listed in s. 19.1(3) would add to the complexity of already complex proceedings. [69] [73-74] [78-79] [81-82]

Per LeBel J.: The conclusion of Fish J. that a sentencing judge may take a punitive order of forfeiture into consideration in crafting a sentence is agreed with. The conclusion of Abella J. that partial forfeiture may be ordered is agreed with. The present appeal should be disposed of as Abella J. proposes. [89]

situation sera laissée à l'appréciation du juge, qui décidera comment il convient d'appliquer à l'affaire dont il est saisi les facteurs énoncés au par. 19.1(3). Bien qu'en l'espèce ni la juge du procès ni la Cour d'appel n'ont considéré l'ordonnance de confiscation comme une mesure commandant une analyse distincte, l'application des facteurs pertinents ne révèle aucune raison d'intervenir à l'égard de la décision de ne pas ordonner la confiscation. Comme le ministre public n'a pas demandé à la Cour de rétablir l'amende infligée par la juge qui a déterminé la peine, la décision qui s'impose consiste simplement à annuler l'ordonnance de confiscation prononcée par la Cour d'appel. [59] [66-67]

La juge en chef McLachlin et le juge Rothstein : Il y a accord avec les motifs et la conclusion de la juge Abella, sauf sur la question de la confiscation partielle. Les mots « ou partie de biens immeubles » au par. 19.1(3) de la *LRCDAS* n'habilitent pas le tribunal à ordonner la confiscation d'une partie des biens immeubles seulement. L'interprétation la plus convaincante de ces mots est celle suivant laquelle ils répondent à la formulation du par. 19(3), de sorte que la confiscation ne vise que la partie des biens immeubles qui subsiste après qu'une portion de ceux-ci a été restituée à des tiers innocents en ayant fait la demande. Cette interprétation est davantage compatible avec la règle générale énoncée au par. 16(1) selon laquelle les biens infractionnels sont confisqués en totalité, et avec les grands objectifs du régime législatif. La confiscation des biens infractionnels en vertu du droit criminel est d'une manière générale obligatoire et totale, car l'intention du législateur est de priver les délinquants et leurs complices des outils servant à leurs activités. Il importe de souligner que la loi ne permet pas de remplacer la confiscation par une amende. Au contraire, la loi s'attache uniquement aux biens eux-mêmes plutôt qu'à leur valeur. Si le législateur avait voulu conférer le pouvoir, non seulement de soustraire des biens immeubles à la confiscation, mais également de déterminer quelle proportion des biens devrait y être soustraite, il l'aurait exprimé plus clairement. Il paraît raisonnable de présumer que le législateur entendait que la procédure de confiscation soit aussi simple que la justice le permet. Imposer un calcul imprévisible en fonction des facteurs énumérés au par. 19.1(3) ne ferait qu'accroître davantage la complexité de procédures déjà complexes. [69] [73-74] [78-79] [81-82]

Le juge LeBel : Il y a accord avec la conclusion du juge Fish que le juge chargé de déterminer la peine peut prendre en considération l'ordonnance de confiscation lorsqu'il conçoit la peine. Il y a accord avec la conclusion de la juge Abella que la confiscation partielle est une sanction qui peut être ordonnée. Le présent pourvoi est tranché de la manière que propose la juge Abella. [89]

Per Fish J. (dissenting in part): Forfeiture of offence-related real property may be taken into account by the sentencing judge when it constitutes punishment of the offender for having committed the offence. Forfeiture is punitive where the property was legally and honestly acquired by the offender before engaging in criminal activity, independently of criminal activity, and not in contemplation of future criminal conduct. Punitive forfeiture is a relevant consideration in determining the appropriate sentence since it is the global punishment that must fit the crime. While taking into account a punitive order of forfeiture may reduce the sentence of imprisonment in certain circumstances, this concern does not justify the disproportionately severe sentences that will inevitably occur, in some cases at least, if sentencing judges are required to entirely disregard punitive orders of forfeiture. The *Criminal Code* explicitly provides that “an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances”. It is consistent with this mandatory principle of sentencing that jail time should be avoided or reduced where another punishment will suffice. [93] [95-96] [107-108] [111]

The joint conclusion of McLachlin C.J. and Rothstein J. is agreed with as to partial forfeiture. Partial forfeiture will frequently, as a practical matter, deprive persons of the use of their property and this is precisely what the proportionality requirement at s. 19.1 of the *CDSA* is intended to prevent. Where partial forfeiture leads to the forced sale of a person’s home, that person is deprived of the home, as in full forfeiture, and is left instead with a discretionary percentage of the price realized upon its sale. In the absence of a forced sale, partial forfeiture would impose an inherently litigious partnership on the Crown and the offender as unwilling co-owners — a result Parliament can hardly have intended. [116]

In the absence of a reviewable error by the trial judge, the Court of Appeal should not have intervened and substituted an order of forfeiture for a fine. The accused should not emerge with neither forfeiture nor a fine. Accordingly, the forfeiture order should be set aside and the sentence imposed at trial should be restored. [119-120] [125]

Le juge Fish (dissident en partie) : Le juge qui détermine la peine peut prendre en considération la confiscation lorsque celle-ci constitue une mesure punitive infligée au délinquant à l’égard de l’infraction. La confiscation a un effet punitif lorsque le bien a été acquis de manière honnête et licite par le délinquant avant d’entreprendre une activité criminelle, indépendamment d’une activité criminelle et non en vue d’une activité criminelle future. Une confiscation à caractère punitif peut être prise en considération dans la détermination de la peine appropriée, puisque c’est la sanction globale qui doit être proportionnelle au crime. Bien que la prise en compte d’une ordonnance de confiscation à caractère punitif puisse se traduire par une réduction de la période d’emprisonnement dans certains cas, cette crainte ne saurait justifier les peines démesurément sévères qui seront inévitablement infligées, à tout le moins dans certains cas, s’il est absolument interdit aux juges de tenir compte des ordonnances de confiscation à caractère punitif dans la détermination de la peine. Le *Code criminel* précise en termes explicites que le tribunal a « l’obligation, avant d’envisager la privation de liberté, d’examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient ». Il est conforme à ce principe impératif de la détermination de la peine que le tribunal soit tenu d’éviter d’infliger une peine de prison ou de la réduire lorsqu’une autre sanction sera suffisante. [93] [95-96] [107-108] [111]

Il y a accord avec la conclusion conjointe de la juge en chef McLachlin et du juge Rothstein en ce qui concerne la confiscation partielle. Dans la pratique, une ordonnance de confiscation partielle privera fréquemment les personnes visées de l’usage de leur propriété et c’est justement ce résultat que l’exigence de la proportionnalité prévue à l’art. 19.1 de la *LRCDS* a pour but de prévenir. Dans les cas où la confiscation partielle oblige à vendre la maison d’une personne, cette personne est alors privée de sa maison, tout comme s’il y avait eu confiscation totale, et se retrouve à la place avec un pourcentage discrétionnaire du prix obtenu par suite de la vente. Par ailleurs, même en l’absence de vente, la confiscation partielle aurait pour effet d’imposer à l’État et au délinquant une association intrinsèquement tumultueuse en tant que co-propriétaires forcés — résultat que ne souhaitait sans doute pas le législateur. [116]

Vu l’absence d’erreur donnant ouverture à révision de la part de la juge du procès, la Cour d’appel n’aurait pas dû intervenir et substituer à l’amende une ordonnance de confiscation. L’accusée ne devrait pas échapper à la fois à la confiscation et à l’amende. Par conséquent, l’ordonnance de confiscation est annulée et la peine prononcée à l’issue du procès devrait être confirmée. [119-120] [125]

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *R. v. Gisby*, 2000 ABCA 261, 148 C.C.C. (3d) 549; *R. v. Nguyen*, 2007 BCCA 474, 246 B.C.A.C. 263, aff'g 2006 BCSC 1846, [2006] B.C.J. 3202 (QL); *R. v. Ouellette*, [2004] R.J.Q. 2619, aff'd 2007 QCCA 518, 229 C.C.C. (3d) 563; *R. v. Siek*, 2007 NSCA 23, 218 C.C.C. (3d) 353; *Industrial Acceptance Corp. v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 273; *R. v. Green* (1983), 148 D.L.R. (3d) 767; *R. v. Johnson* (1971), 5 C.C.C. (2d) 541; *R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530; *R. v. Lavigne*, 2006 SCC 10, [2006] 1 S.C.R. 392; *R. v. Sandover-Sly*, 2002 BCCA 56, 163 B.C.A.C. 312; *R. v. Yee*, 2008 ABPC 89, [2008] A.J. No. 866 (QL).

By McLachlin C.J. and Rothstein J.

Referred to: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Gisby*, 2000 ABCA 261, 148 C.C.C. (3d) 549; *R. v. Lavigne*, 2006 SCC 10, [2006] 1 S.C.R. 392.

By Fish J. (dissenting in part)

R. v. Gisby, 2000 ABCA 261, 148 C.C.C. (3d) 549; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (organized crime and law enforcement) and to make consequential amendments to other Acts, Bill C-24, 1st Sess., 37th Parl.

Controlled Drugs and Substances Act, Bill C-7, 1st Sess., 35th Parl., s. 2.

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 2(1) "designated substance offence", "offence-related property", Part I, 4(1), (2), 5(1), (2), 6(1), (2), 7(1), 10, Part II, 16, 17, 18, 19, 19.1, 20.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XII.2, Part XXI, ss. 673, 718.1, 718.2, 734(1)(a), 785.

Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1.

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 45.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., October 30, 1995, p. 15978.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., April 23, 2001, pp. 2952, 2955, 2956.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 7th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *R. c. Gisby*, 2000 ABCA 261, 148 C.C.C. (3d) 549; *R. c. Nguyen*, 2007 BCCA 474, 246 B.C.A.C. 263, conf. 2006 BCSC 1846, [2006] B.C.J. 3202 (QL); *R. c. Ouellette*, [2004] R.J.Q. 2619, conf. par 2007 QCCA 518, [2007] R.J.Q. 787; *R. c. Siek*, 2007 NSCA 23, 218 C.C.C. (3d) 353; *Industrial Acceptance Corp. c. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 273; *R. c. Green* (1983), 148 D.L.R. (3d) 767; *R. c. Johnson* (1971), 5 C.C.C. (2d) 541; *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530; *R. c. Lavigne*, 2006 CSC 10, [2006] 1 R.C.S. 392; *R. c. Sandover-Sly*, 2002 BCCA 56, 163 B.C.A.C. 312; *R. c. Yee*, 2008 ABPC 89, [2008] A.J. No. 866 (QL).

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Rothstein

Arrêts mentionnés : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Gisby*, 2000 ABCA 261, 148 C.C.C. (3d) 549; *R. c. Lavigne*, 2006 CSC 10, [2006] 1 R.C.S. 392.

Citée par le juge Fish (dissident en partie)

R. c. Gisby, 2000 ABCA 261, 148 C.C.C. (3d) 549; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie XII.2, partie XXI, art. 673, 718.1, 718.2, 734(1)a), 785.

Loi modifiant le Code criminel (crime organisé et application de la loi) et d'autres lois en conséquence, projet de loi C-24, 1^{re} sess., 37^e lég.

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 2(1) « infraction désignée », « bien infractionnel », partie I, 4(1), (2), 5(1), (2), 6(1), (2), 7(1), 10, partie II, 16, 17, 18, 19, 19.1, 20.

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, projet de loi C-7, 1^{re} sess., 35^e lég., art. 2.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 45.

Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1^{re} sess., 35^e lég., 30 octobre 1995, p. 15978.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 23 avril 2001, pp. 2952, 2955, 2956.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 7th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Rowles, Ryan and Low J.J.A.), 2007 BCCA 234, 240 B.C.A.C. 77, 398 W.A.C. 77, 218 C.C.C. (3d) 510, [2007] B.C.J. No. 814 (QL), 2007 CarswellBC 838, reversing in part a decision of Gedye Prov. Ct. J., 2005 CarswellBC 3685. Appeal allowed, Fish J. dissenting in part.

Howard Rubin, Q.C., and David H. Albert, for the appellant.

François Lacasse, W. Paul Riley and Simon William, for the respondent.

John Corelli and Deborah Calderwood, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Louis P. Strezos and Brennagh Smith, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The reasons of Binnie, Deschamps and Abella J.J. were delivered by

[1] ABELLA J. — The issue in this appeal is how to apply the forfeiture provisions for offence-related real property under ss. 16(1) and 19.1(3) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.* Two interpretive approaches are possible. Neither is free from difficulty, but one is, it seems to me, generally fairer than the other.

[2] The first approach views forfeiture orders as an aspect of an interdependent global punishment. This approach, which conceptually combines the forfeiture order with terms of imprisonment or other aspects of a sentence, leads almost inevitably to less jail time for those who have property available for forfeiture than for those who have none, on the theory that the accused has been sufficiently punished through the forfeiture order.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Rowles, Ryan et Low), 2007 BCCA 234, 240 B.C.A.C. 77, 398 W.A.C. 77, 218 C.C.C. (3d) 510, [2007] B.C.J. No. 814 (QL), 2007 CarswellBC 838, qui a infirmé en partie une décision de la juge Gedye, 2005 CarswellBC 3685. Pourvoi accueilli, le juge Fish est dissident en partie.

Howard Rubin, c.r., et David H. Albert, pour l'appelante.

François Lacasse, W. Paul Riley et Simon William, pour l'intimée.

John Corelli et Deborah Calderwood, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Louis P. Strezos et Brennagh Smith, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française des motifs des juges Binnie, Deschamps et Abella rendus par

[1] LA JUGE ABELLA — La question en litige dans le présent pourvoi concerne les modalités d'application des dispositions relatives à la confiscation de biens immeubles infractionnels figurant aux par. 16(1) et 19.1(3) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19*. Deux interprétations sont possibles. Chacune soulève des difficultés, mais l'une d'elles me paraît, de manière générale, plus équitable que l'autre.

[2] Suivant la première interprétation, l'ordonnance de confiscation constitue un aspect d'une punition globale dont tous les éléments sont interdépendants. Cette interprétation, qui amalgame sur le plan conceptuel l'ordonnance de confiscation et la période d'emprisonnement ou d'autres aspects de la peine, se traduit presque inévitablement par un emprisonnement moins long pour un accusé qui possède des biens confisquables que pour celui qui n'en possède pas, suivant la thèse que l'ordonnance de confiscation constitue une punition suffisante.

* The relevant provisions of the *Controlled Drugs and Substances Act* and the *Criminal Code* are reproduced in the Appendix.

* Les dispositions pertinentes de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* et du *Code criminel* sont reproduites dans l'annexe.

[3] The second approach sees the need for a separate inquiry into whether forfeiture is justified based on a discrete statutory proportionality test. This approach, supported by the structure and wording of the statute, seems to me to be preferable because it avoids the unpalatable possibility of trading property for jail time, and therefore ensures that the legitimate liberty interests of individuals will be protected in a more consistent way. In my view, the loss or retention of liberty should not depend on whether an individual has property available as a sacrificial alternative.

Background

[4] Judy Ann Craig pleaded guilty to one count of producing marihuana, contrary to s. 7(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*. The charge related to activities in the home she owned in North Vancouver.

[5] She had previously been a real estate agent. For a long time, she lived abroad. Some years after her return to Canada, she went through a difficult divorce that left her depressed and unable to work, forcing her to mortgage her property. She owns a second home, also subject to a mortgage.

[6] By the time Ms. Craig was sentenced, the Canada Revenue Agency had assessed \$250,000 against her for unpaid taxes relating to marihuana earnings reaching back to 1998. This amount was secured by a lien on her homes. This left her with very little equity in them, though she disputed the assessment. Observing that the tax assessment already amounted to forfeiture, the sentencing judge, Gedye Prov. Ct. J., concluded that what was left of Ms. Craig's interest in her properties could be dealt with by way of a fine.

[7] In sentencing Ms. Craig, Gedye Prov. Ct. J. noted that she had no criminal record, but that the

[3] Selon la seconde interprétation, le tribunal doit procéder à une analyse distincte et se demander si la confiscation est justifiée, en fonction du critère de proportionnalité établi dans la loi. Cette interprétation — qu'étaient d'ailleurs la structure et le libellé des dispositions législatives — me semble préférable, car elle permet d'écartier un résultat intolérable, à savoir la possibilité d'éviter l'incarcération en échange de biens, et elle garantit ainsi que le droit à la liberté sera protégé d'une façon plus uniforme. À mon avis, la perte ou le maintien de la liberté ne devrait pas dépendre du fait que l'intéressé possède ou non des biens qu'il est en mesure de sacrifier.

Contexte

[4] Judy Ann Craig a plaidé coupable à un chef de production de marihuana, infraction prévue au par. 7(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. L'accusation concernait des activités auxquelles elle s'était livrée dans la maison dont elle était propriétaire à North Vancouver.

[5] Madame Craig avait auparavant exercé la profession d'agente immobilière. Pendant de nombreuses années, elle avait vécu à l'étranger. Quelques années après son retour au Canada, elle a connu un divorce difficile dont elle est sortie déprimée et incapable de travailler, ce qui l'a obligée à hypothéquer sa résidence. Elle est propriétaire d'une autre maison, également grevée d'une hypothèque.

[6] Lorsque la peine a été prononcée, l'Agence du revenu du Canada avait adressé à M^{me} Craig un avis de cotisation lui réclamant la somme de 250 000 \$ pour impôts impayés à l'égard des revenus tirés de la marihuana depuis 1998. Cette créance était garantie par un privilège grevant les immeubles de M^{me} Craig. Par conséquent, celle-ci ne possédait dans ses maisons qu'une très faible valeur nette, quoiqu'elle ait contesté la cotisation en question. Soulignant que la cotisation fiscale équivalait déjà à une confiscation, la juge Gedye, de la Cour provinciale, a conclu qu'une amende suffirait pour épuiser l'intérêt subsistant de M^{me} Craig dans ses propriétés.

[7] Lorsqu'elle a prononcé la peine infligée à M^{me} Craig, la juge Gedye a signalé que cette

operation was sizeable and had been going on for a number of years. Ms. Craig was given a conditional sentence of 12 months, fined \$100,000, and was also ordered to pay a victim surcharge of \$15,000 (2005 CarswellBC 3685).

[8] The Crown had also sought a forfeiture order against Ms. Craig's house, but Gedye Prov. Ct. J. refused to impose one on the basis that a fine was sufficient.

[9] Both Ms. Craig and the Crown appealed. At the Court of Appeal, Ryan J.A., writing for a unanimous court, upheld the conditional sentence but set aside the fine and the victim surcharge (2007 BCCA 234, 240 B.C.A.C. 77). She also ordered the forfeiture of Ms. Craig's home. In her view, terms of imprisonment and forfeiture orders had to be considered together as aspects of a single, interdependent, global punishment.

[10] The Court of Appeal's approach in finding an interdependency between forfeiture and terms of imprisonment, and its conclusion that full forfeiture was warranted in the circumstances, are the subject of Ms. Craig's appeal. For the reasons that follow, my respectful view is that both this approach and conclusion are contrary to the statutory mandate in the *Controlled Drugs and Substances Act*.

Analysis

[11] This is the Court's first opportunity to consider whether there is an interdependent relationship between a forfeiture order for offence-related real property under the *Controlled Drugs and Substances Act*, and other sentencing consequences. The issue is complex and not easily resolved. On balance, however, it seems to me fairer to approach the forfeiture inquiry as a discrete and distinct one.

dernière n'avait aucun antécédent criminel, mais que la production de marijuana avait été importante et avait duré plusieurs années. Madame Craig a été condamnée à une peine d'emprisonnement avec sursis de 12 mois, à une amende de 100 000 \$ et à une suramende compensatoire de 15 000 \$ (2005 CarswellBC 3685).

[8] Le ministère public avait en outre réclamé la confiscation de la résidence de M^{me} Craig, mais la juge Gedye avait refusé de rendre une telle ordonnance au motif qu'une amende était suffisante.

[9] Madame Craig et le ministère public ont tous deux interjeté appel. Rédigeant l'arrêt unanime de la Cour d'appel, la juge Ryan a confirmé la peine d'emprisonnement avec sursis mais a annulé l'amende et la suramende compensatoire (2007 BCCA 234, 240 B.C.A.C. 77). Elle a également ordonné la confiscation de la résidence de M^{me} Craig. Selon elle, les périodes d'emprisonnement et les ordonnances de confiscation doivent être considérées ensemble, comme des éléments interdépendants d'une seule et même punition globale.

[10] Dans son pourvoi, M^{me} Craig conteste l'analyse qui a amené la Cour d'appel à conclure à l'interdépendance de la confiscation et de la peine d'emprisonnement, ainsi que la conclusion de celle-ci suivant laquelle la confiscation totale de la maison était une sanction justifiée dans les circonstances. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis, soit dit en tout respect, que tant l'analyse de la Cour d'appel que sa conclusion vont à l'encontre des prescriptions de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*.

Analyse

[11] C'est la première fois que la Cour a l'occasion d'examiner s'il existe un rapport d'interdépendance entre une ordonnance de confiscation d'un bien immeuble infractionnel fondée sur la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* et les autres conséquences de la peine prononcée. Il s'agit d'une question complexe, qui n'est pas facile à trancher. Tout bien considéré, cependant, il m'apparaît plus juste de considérer l'analyse relative à la confiscation comme une étape distincte et indépendante.

[12] Interdependency would entail an overall application of the sentencing provisions in ss. 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, particularly those dealing with proportionality, parity and totality. This would result in what is to me an unacceptable risk, namely that those who have no property available for forfeiture will likely attract longer jail sentences than those with property.

[13] This appeal, it is worth remembering, is not based on a constitutional challenge to the forfeiture provisions; it is based only on arguments relating to statutory interpretation. A combination of the words of — and the policy underlying — the *Controlled Drugs and Substances Act* leads me to conclude that Parliament intended that the forfeiture of offence-related property be a discrete inquiry. This leads to the result that while the rest of an accused's sentence is governed by the principles of sentencing found in the *Criminal Code*, the forfeiture of offence-related real property is governed by the principles contained in s. 19.1(3) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, which provide a different and unique template.

[14] The *Controlled Drugs and Substances Act* is the statutory successor to the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1. It originated in Bill C-7 in 1994 and came into force in 1997.

[15] While the original text of the Bill included a forfeiture scheme, the scheme did not apply to real property. Bill C-7 was subsequently amended to address the problem of fortified drug houses used by criminal organizations for the production of illegal substances (*House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., October 30, 1995, at p. 15978). The definition of “offence-related property” was accordingly changed to include “real property built or significantly modified for the purpose of facilitating the commission of a designated substance offence” (Bill C-7, *Controlled*

[12] L'interdépendance supposerait l'application globale des dispositions sur la détermination de la peine des art. 718.1 et 718.2 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, particulièrement celles portant sur la proportionnalité, la parité et la totalité. Cela créerait à mon sens un risque inacceptable, à savoir que les personnes qui ne possèdent pas de biens confisquables se verraient alors vraisemblablement infliger des peines d'incarcération plus longues que celles qui en possèdent.

[13] Dans le présent pourvoi, il faut le rappeler, on n'invoque pas l'inconstitutionnalité des dispositions relatives à la confiscation, mais uniquement des arguments relevant de l'interprétation législative. Les termes utilisés dans la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* — ainsi que les principes qui sous-tendent cette loi — m'amènent à conclure que le Parlement entendait que la confiscation des biens infractionnels fasse l'objet d'une analyse distincte. Il s'ensuit que, bien que le reste de la peine infligée à un accusé soit régi par les principes énoncés dans le *Code criminel* en matière de détermination de la peine, la confiscation des biens immeubles infractionnels, elle, est régie par les principes énoncés au par. 19.1(3) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, qui établissent une grille d'analyse différente et tout à fait particulière.

[14] La *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* est le texte qui a remplacé la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1. Découlant du projet de loi C-7 de 1994, elle est entrée en vigueur en 1997.

[15] Le projet de loi initial comprenait un régime de confiscation, mais il ne s'appliquait cependant pas aux biens immeubles. Le projet de loi C-7 a par la suite été amendé afin de remédier au problème des maisons fortifiées utilisées par des organisations criminelles pour la production de substances illégales (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1^{re} sess., 35^e lég., 30 octobre 1995, p. 15978). La définition du terme « bien infractionnel » a en conséquence été modifiée de manière à inclure les biens immeubles qui « ont été construits ou ont subi d'importantes modifications en vue de faciliter la

Drugs and Substances Act, 1st Sess., 35th Parl., s. 2).

[16] This scheme received extensive judicial consideration in *R. v. Gisby*, 2000 ABCA 261, 148 C.C.C. (3d) 549. Wittmann J.A. described the purposes of the legislation as follows:

The *CDSA* was enacted by Parliament to combat the illicit drug industry. A review of the *CDSA* and in particular, the provisions related to the forfeiture of property, indicate that the *CDSA* does so both through punishment and deterrence. The forfeiture provisions are punitive to the extent that they deprive one of offence-related property, broadcasting the message that Canadian society regards designated substance offences with abhorrence. But they also introduce an element of deterrence in relation to designated substance offences. In this respect, the forfeiture provisions attach a very real cost to the business of drug crime directly equivalent to the monetary value of the offence-related property that is subject to forfeiture, thus raising the stakes associated with the commission of those offences. [para. 19]

[17] He also concluded that forfeiture served a preventative purpose, helping “prevent or at least reduce the likelihood of future offences by removing from the illicit drug industry property which, by virtue of the definition found at s. 2(1), is being used to facilitate the commission of a designated substance offence” (para. 20). Finally, he noted that “it is often the case that offence-related property is not owned by the offender, but by a culpable third-party with some sort of relationship to him or her, and continues to be used for illicit purposes by other persons” (para. 21).

[18] The *Controlled Drugs and Substances Act* was amended by Bill C-24 in 2001. It contained two important changes of relevance to this appeal: it expanded the definition of offence-related property to include *any* real property, including property not built or significantly modified for criminal purposes, and it set out a proportionality test in s. 19.1(3).

perpétration d’une infraction désignée » (Projet de loi C-7, *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, 1^{re} sess., 35^e lég., art. 2).

[16] Ce régime a été étudié de façon approfondie dans *R. c. Gisby*, 2000 ABCA 261, 148 C.C.C. (3d) 549. Le juge d’appel Wittmann y a décrit ainsi les objectifs de la loi :

[TRADUCTION] La *LRCDas* a été adoptée par le Parlement afin de lutter contre l’industrie des drogues illicites. L’examen de la *LRCDas*, et en particulier des dispositions sur la confiscation de biens, révèle que la loi utilise à cette fin des mesures punitives et dissuasives. Les dispositions sur la confiscation sont punitives en ce qu’elles privent un individu d’un bien infractionnel, ce qui envoie le message que la société canadienne tient les infractions désignées en aversion. Mais elles introduisent également un élément de dissuasion en ce qui a trait aux infractions désignées. À cet égard, elles font peser sur l’activité criminelle liée aux drogues un coût très réel, directement équivalent à la valeur pécuniaire du bien infractionnel susceptible d’être confisqué, ce qui augmente le risque associé à la perpétration de ces infractions. [par. 19]

[17] Le juge Wittmann a également conclu que la confiscation répondait à un objectif préventif, soit aider [TRADUCTION] « à prévenir la perpétration de futures infractions, ou du moins à en réduire la probabilité, en privant l’industrie des drogues illicites de biens qui, selon la définition donnée au par. 2(1), sont utilisés pour faciliter la perpétration d’une infraction désignée » (par. 20). Enfin, il a souligné que [TRADUCTION] « souvent les biens infractionnels n’appartiennent pas à l’auteur de l’infraction, mais à un tiers coupable ayant un certain lien avec lui, et ils continuent à être utilisés à des fins illicites par d’autres personnes » (par. 21).

[18] La *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* a été modifiée en 2001 par le projet de loi C-24, qui renfermait deux importantes modifications, pertinentes dans le cadre du présent pourvoi. Le projet de loi élargissait la définition de bien infractionnel pour que soit visé *tout* bien immeuble, y compris ceux qui n’ont pas été construits ou n’ont pas subi d’importantes modifications à des fins criminelles, et il instituait un critère de proportionnalité au par. 19.1(3).

[19] Various routes to forfeiture are provided in the statute. The one at issue in this case is set out in ss. 16 and 19.1, the relevant portions of which state:

16. (1) Subject to sections 18 to 19.1, where a person is convicted of a designated substance offence and, on application of the Attorney General, the court is satisfied, on a balance of probabilities, that any property is offence-related property and that the offence was committed in relation to that property, the court shall

(a) in the case of a substance included in Schedule VI, order that the substance be forfeited to Her Majesty in right of Canada and disposed of by the Minister as the Minister thinks fit; and

(b) in the case of any other offence-related property,

(i) where the prosecution of the offence was commenced at the instance of the government of a province and conducted by or on behalf of that government, order that the property be forfeited to Her Majesty in right of that province and disposed of by the Attorney General or Solicitor General of that province in accordance with the law, and

(ii) in any other case, order that the property be forfeited to Her Majesty in right of Canada and disposed of by such member of the Queen's Privy Council for Canada as may be designated for the purposes of this subparagraph in accordance with the law.

19.1 . . .

(3) Subject to an order made under subsection 19(3), if a court is satisfied that the impact of an order of forfeiture made under subsection 16(1) . . . in respect of real property would be disproportionate to the nature and gravity of the offence, the circumstances surrounding the commission of the offence and the criminal record, if any, of the person charged with or convicted of the offence, as the case may be, it may decide not to order the forfeiture of the property or part of the property and may revoke any restraint order made in respect of that property or part.

(4) Where all or part of the property that would otherwise be forfeited under subsection 16(1) . . . is a dwelling-house, when making a decision under subsection (3), the court shall also consider

[19] Le texte de loi prévoit diverses voies de confiscation. Celle en cause en l'espèce est énoncée aux art. 16 et 19.1, dont voici les passages pertinents :

16. (1) Sous réserve des articles 18 à 19.1 et sur demande du procureur général, le tribunal qui déclare une personne coupable d'une infraction désignée et qui est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que des biens infractionnels sont liés à la perpétration de cette infraction ordonne :

a) dans le cas de substances inscrites à l'annexe VI, que celles-ci soient confisquées au profit de Sa Majesté du chef du Canada pour que le ministre en dispose à sa guise;

b) que les autres biens infractionnels soient confisqués au profit :

(i) soit de Sa Majesté du chef de la province où les procédures relatives à l'infraction ont été engagées, si elles l'ont été à la demande du gouvernement de cette province et menées par ce dernier ou en son nom, pour que le procureur général ou le solliciteur général de la province en dispose en conformité avec la loi,

(ii) soit de Sa Majesté du chef du Canada pour que le membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada chargé par le gouverneur en conseil de l'application du présent sous-alinéa en dispose en conformité avec la loi, dans tout autre cas.

19.1 . . .

(3) Sous réserve d'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 19(3), le tribunal peut ne pas ordonner la confiscation de tout ou partie de biens immeubles confisquables en vertu des paragraphes 16(1) [. . .] et annuler toute ordonnance de blocage à l'égard de tout ou partie des biens, s'il est convaincu que la confiscation serait démessurée par rapport à la nature et à la gravité de l'infraction, aux circonstances de sa perpétration et, s'il y a lieu, au casier judiciaire de la personne accusée ou reconnue coupable de l'infraction, selon le cas.

(4) Dans le cas où les biens confisquables en vertu des paragraphes 16(1) [. . .] sont composés d'une maison d'habitation en tout ou en partie, le tribunal, pour rendre sa décision au titre du paragraphe (3), prend aussi en compte les facteurs suivants :

(a) the impact of an order of forfeiture on any member of the immediate family of the person charged with or convicted of the offence, if the dwelling-house was the member's principal residence at the time the charge was laid and continues to be the member's principal residence; and

(b) whether the member referred to in paragraph (a) appears innocent of any complicity in the offence or of any collusion in relation to the offence.

[20] In introducing the amending legislation, the Honourable Anne McLellan, then Minister of Justice and Attorney General of Canada, stated:

... I am pleased today to lead off the debate on an issue of major concern to all Canadians: the problem of organized crime and the legislative tools available to our police, prosecutors and courts to address that problem.

. . .

Not all provisions of the bill specifically target organized crime groups. Several elements in the proposed legislation are meant to improve criminal law generally. These improvements to the law will nonetheless be extremely useful in combatting organized crime.

. . .

The last element that I want to stress deals with offence related property. The bill contains amendments to make the offence related property forfeiture regime in the code apply to all indictable offences. As well, the present exemption from forfeiture for most real property would be eliminated. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., April 23, 2001, at pp. 2952, 2955 and 2956)

[21] As is apparent from the scheme's wording, the forfeiture provisions were intended to be of general application. However, the above statement by the Minister of Justice indicates that organized crime may be a relevant factor in the forfeiture inquiry. The preoccupation with organized crime becomes particularly relevant, in my view, in

a) l'effet qu'aurait la confiscation à l'égard d'un membre de la famille immédiate de la personne accusée ou reconnue coupable de l'infraction, si la maison était la résidence principale de ce membre avant que l'accusation soit portée et elle continue de l'être par la suite;

b) le fait que le membre de la famille visé à l'alinéa a) semble innocent ou non de toute complicité ou collusion à l'égard de l'infraction.

[20] Lors de l'introduction de la loi modificative, l'honorable Anne McLellan, qui était à l'époque ministre de la Justice et procureure générale du Canada, a déclaré ce qui suit :

... je suis heureuse de lancer le débat sur une question qui préoccupe vivement tous les Canadiens : le problème du crime organisé et les mesures législatives dont disposent les policiers, les procureurs et les tribunaux pour s'y attaquer.

. . .

Ce ne sont pas toutes les dispositions du projet de loi qui visent précisément le crime organisé. Plusieurs dispositions proposées tendent à améliorer le droit pénal en général. Les améliorations à la loi seront toutefois extrêmement utiles pour combattre le crime organisé.

. . .

Le dernier élément dont je voudrais parler concerne les biens infractionnels. Le projet de loi propose d'élargir l'application des dispositions sur les biens infractionnels à tous les actes criminels prévus par le Code criminel. De plus, l'exemption actuelle qui protège la plupart des biens immeubles contre la confiscation serait abolie. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 23 avril 2001, p. 2952, 2955 et 2956)

[21] Comme il ressort des termes utilisés pour établir le régime, ces dispositions sur la confiscation sont censées être d'application générale. Toutefois, les propos de la ministre rapportés au paragraphe précédent indiquent que la présence du crime organisé peut constituer un facteur pertinent dans l'analyse relative à la confiscation. Cette

applying the proportionality analysis, as discussed later in these reasons.

[22] In addition to providing insight into the purposes intended by Parliament, a number of salient features of the legislative scheme emerge from its history. First, I think it is reasonable to infer that the s. 19.1(3) proportionality test was adopted to counterbalance the potentially harsh effects of extending the definition of offence-related property, without qualification, to *all* real property. The test, therefore, should be read in this remedial light. Second, the legislative history supports Ryan J.A.'s observation (at para. 51) that while the offender's involvement in organized crime is not the *only* focus of the forfeiture of offence-related property scheme, it can nevertheless be an important factor in applying the test under s. 19.1(3). Finally, while a forfeiture order may have a punitive impact on an offender, it is also aimed at taking offence-related property out of circulation and rendering it unavailable for future designated substance offences.

[23] “[O]ffence-related property” is broadly defined in s. 2(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act* to include “any property, within or outside Canada, (a) by means of or in respect of which a designated substance offence is committed, (b) that is used in any manner in connection with the commission of a designated substance offence, or (c) that is intended for use for the purpose of committing a designated substance offence”.

[24] A “designated substance offence” is defined in s. 2(1) to mean “(a) an offence under Part I, . . . or (b) a conspiracy or an attempt to commit, being an accessory after the fact in relation to, or any counselling in relation to, an offence referred to in paragraph (a)”. The offences referred to in this definition are: obtaining a substance (s. 4(2)); trafficking

préoccupation à l'égard du crime organisé devient particulièrement pertinente, à mon avis, quand il s'agit d'appliquer le critère de la proportionnalité, comme nous le verrons plus loin dans les présents motifs.

[22] En plus de donner une idée des objectifs poursuivis par le législateur, cet historique fait ressortir plusieurs points saillants du régime législatif. Premièrement, je pense qu'il est raisonnable de conclure que le critère de proportionnalité établi au par. 19.1(3) a été adopté pour contrebalancer les possibles effets draconiens de l'élargissement de la définition du bien infractionnel à *tout* bien immeuble sans restriction. Le critère devrait donc être interprété dans cette perspective. Deuxièmement, l'historique législatif vient corroborer l'observation de la juge Ryan (par. 51) selon laquelle, bien qu'ils ne forment pas la *seule* préoccupation du régime de confiscation des biens infractionnels, les liens de l'auteur de l'infraction avec le crime organisé peuvent néanmoins constituer un facteur important pour l'application du critère de proportionnalité formulé au par. 19.1(3). Enfin, bien qu'elle puisse avoir des conséquences punitives sur l'auteur de l'infraction, l'ordonnance de confiscation vise également à retirer les biens infractionnels de la circulation et à les rendre inutilisables pour la perpétration de futures infractions désignées.

[23] La notion de « bien infractionnel » est définie de manière large au par. 2(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* : « Bien situé au Canada ou à l'extérieur du Canada [. . .] qui sert ou donne lieu à la perpétration d'une infraction désignée ou qui est utilisé de quelque manière dans la perpétration d'une telle infraction, ou encore qui est destiné à servir à une telle fin. »

[24] L'expression « infraction désignée » est définie ainsi au par. 2(1) : « Soit toute infraction prévue par la partie I [. . .], soit le complot ou la tentative de commettre une telle infraction, la complicité après le fait à son égard ou le fait de conseiller de la commettre. » Les infractions auxquelles renvoie cette définition sont les suivantes : l'obtention de

in a substance (s. 5(1)); possession for the purpose of trafficking a substance (s. 5(2)); importing or exporting a substance (s. 6(1)); possession for the purpose of exporting a substance (s. 6(2)) and *production of a substance* (s. 7(1)). Mere possession of a substance is not included.

[25] An order for forfeiture under s. 16(1) is *subject to* s. 19.1. That means that before a court orders forfeiture, it must consider the factors set out in s. 19.1. This includes the proportionality factors in s. 19.1(3), the provision dealing with real property.

[26] Under s. 19.1(3), the court must consider whether “the impact of an order of forfeiture . . . would be disproportionate to the nature and gravity of the offence, the circumstances surrounding the commission of the offence and the criminal record, if any, of the person charged with or convicted of the offence”. If so, the court “may decide not to order the forfeiture of the property or part of the property”.

[27] If the real property is a dwelling-house, a further inquiry is mandated by s. 19.1(4), which states that a court deciding whether to order forfeiture under s. 19.1(3) must additionally take into consideration the impact of an order of forfeiture on any member of the immediate family of the person charged with or convicted of the offence, if it was, and remains, that family member’s principal residence at the time the charge was laid. That family member’s apparent innocence of any complicity in the offence or any collusion in relation to the offence is also to be taken into account.

[28] Separate sections deal with protecting the interests of innocent third parties in the property to be forfeited.

[29] This argues for the following process. When an offender is convicted of a designated substance offence and the Attorney General requests the

substances (par. 4(2)); le trafic de substances (par. 5(1)); la possession de substances en vue du trafic (par. 5(2)); l’importation et l’exportation de substances (par. 6(1)); la possession de substances en vue de leur exportation (par. 6(2)) et la *production de substances* (par. 7(1)). La simple possession n’est pas visée.

[25] L’ordonnance de confiscation prévue au par. 16(1) est rendue *sous réserve* de l’art. 19.1. Avant de prononcer une ordonnance de confiscation, le tribunal est donc tenu d’examiner les facteurs énoncés à l’art. 19.1, parmi lesquels figurent les facteurs de proportionnalité du par. 19.1(3), la disposition relative aux biens immeubles.

[26] Suivant le par. 19.1(3), le tribunal doit se demander si « la confiscation serait démessurée par rapport à la nature et à la gravité de l’infraction, aux circonstances de sa perpétration et, s’il y a lieu, au casier judiciaire de la personne accusée ou reconnue coupable de l’infraction, selon le cas ». Dans l’affirmative, le tribunal « peut ne pas ordonner la confiscation de tout ou partie de biens immeubles ».

[27] Si le bien immeuble est une maison d’habitation, le tribunal qui statue sur la confiscation en application du par. 19.1(3) doit également prendre en compte, selon le par. 19.1(4), l’effet qu’aurait la confiscation à l’égard d’un membre de la famille immédiate de la personne accusée ou reconnue coupable de l’infraction, si la maison était la résidence principale de ce membre avant que l’accusation soit portée et si elle continue de l’être. Si ce membre de la famille semble innocent ou non de toute complicité ou collusion à l’égard de l’infraction, ce fait doit lui aussi être pris en compte.

[28] D’autres articles portent sur la protection des droits que possèdent des tiers innocents sur le bien devant être confisqué.

[29] Le processus suivant découle de ce qui précède. Lorsqu’une personne est déclarée coupable d’une infraction désignée et que le procureur

forfeiture of real property, the court has a discretion under s. 19.1(3) and (4) to refuse to order forfeiture, in whole or in part. Pursuant to s. 19.1(3), this discretion must be exercised having regard to the applicable statutory factors. In addition, if the real property is a dwelling-house, s. 19.1(4) applies, obliging the court to consider the interests of the offender's family members residing in the home and their degree of involvement in the offence.

[30] This brings us to the central question in this appeal: whether a forfeiture order for offence-related real property under the *Controlled Drugs and Substances Act* should be considered as a distinct inquiry, or interdependently with terms of imprisonment or other aspects of a sentence. This involves deciding between two approaches: the first resting on an overall application of the principles of sentencing found in the *Criminal Code*; the second as an independent inquiry resting on an application of the specific test set out in s. 19.1(3) and (4) to a forfeiture order.

[31] The approach adopted in the prior proceedings in this case and in the companion cases of *R. v. Nguyen*, 2007 BCCA 474, 246 B.C.A.C. 263, and *R. v. Ouellette*, [2004] R.J.Q. 2619 (C.Q.), treats terms of imprisonment and forfeiture orders as interdependent and therefore subject to general sentencing principles. This may be described as the "totality" approach. The application of these principles leads to the conclusion that because forfeiture may have a punitive impact, one can take it into consideration in deciding whether, in combination with the imposition of a jail sentence, the total punishment would be unduly harsh. This approach led to conditional sentences in each of the three cases under review.

général demande la confiscation d'un bien immeuble, le tribunal dispose, en vertu des par. 19.1(3) et (4), du pouvoir discrétionnaire de refuser d'ordonner la confiscation, en tout ou en partie. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé en fonction des critères indiqués au par. 19.1(3). De plus, si le bien immeuble est une maison d'habitation, le par. 19.1(4) oblige le tribunal à prendre en considération les intérêts des membres de la famille de l'auteur de l'infraction qui habitent dans cette maison et leur degré de participation à l'infraction.

[30] Cela nous amène à la question centrale soulevée par le présent pourvoi : L'ordonnance visant la confiscation d'un bien immeuble infractionnel en vertu de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* doit-elle être considérée comme une mesure autonome commandant une analyse distincte ou comme une mesure en interdépendance avec la période d'emprisonnement ou d'autres aspects de la peine? Pour répondre à cette question, il faut choisir entre deux approches : la première reposant sur l'application générale des principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*; la seconde constituant une analyse indépendante reposant sur l'application à l'ordonnance de confiscation des critères décrits aux par. 19.1(3) et (4).

[31] Selon l'approche adoptée par les juridictions inférieures dans la présente affaire et dans les affaires connexes *R. c. Nguyen*, 2007 BCCA 474, 246 B.C.A.C. 263, et *R. c. Ouellette*, [2004] R.J.Q. 2619 (C.Q.), les périodes d'emprisonnement et les ordonnances de confiscation sont considérées comme interdépendantes et sont par conséquent assujetties aux principes généraux de détermination de la peine. On pourrait la qualifier d'approche dite « globale ». L'application de ces principes amène à conclure que, parce que la confiscation peut avoir un effet punitif, il est possible d'en tenir compte pour décider si la punition globale résultant de la confiscation et d'une période d'incarcération serait excessivement sévère. Cette approche a mené à l'infliction d'une peine d'emprisonnement avec sursis dans chacune des trois affaires dont nous sommes saisis.

[32] The other approach, adopted by the Nova Scotia Court of Appeal in *R. v. Siek*, 2007 NSCA 23, 218 C.C.C. (3d) 353, treats a forfeiture order under the *Controlled Drugs and Substances Act* as a distinct and independent consequence tailored to serious drug offences.

[33] Although neither approach is free from difficulty at a policy level, the statutory scheme does not support an approach that results in an exchange of jail time for property.

[34] There is no doubt that forfeiture may be punitive in its impact. (See *Industrial Acceptance Corp. v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 273, at p. 278, *R. v. Green* (1983), 148 D.L.R. (3d) 767 (Ont. H.C.J.), at p. 768, and *Gisby*, at para. 19.) It does not follow, however, that it should be consolidated with sentencing on a totality approach, especially since it almost inevitably leads to lower terms of imprisonment for offenders with property if one treats the “total” punishment (jail plus forfeiture) as unduly harsh. In other words, people with property might be able to avoid jail or receive reduced custodial terms, while those without property would not.

[35] Such a result troubles not only the conscience by inadvertently rewarding offenders with property available for forfeiture and penalizing those without, it offends our bedrock notions of fitness in sentencing since individuals with no property to forfeit are no more blameworthy than those with property. It would be unjust for them to receive more severe custodial terms simply because they have no property to forfeit.

[36] As McKinnon C.J.N.S. forcefully observed in *R. v. Johnson* (1971), 5 C.C.C. (2d) 541 (N.S.S.C.,

[32] L'autre approche — qui a été adoptée par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *R. c. Siek*, 2007 NSCA 23, 218 C.C.C. (3d) 353 — considère l'ordonnance de confiscation prévue à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* comme une conséquence pénale distincte et indépendante, conçue pour les infractions graves en matière de drogue.

[33] Bien que chacune de ces approches soulève certaines difficultés sur le plan des considérations d'intérêt général, le régime établi par la loi ne saurait justifier une approche qui permettrait d'écarter l'incarcération en échange de biens.

[34] Il ne fait aucun doute que la confiscation peut avoir un effet punitif. (Voir *Industrial Acceptance Corp. c. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 273, p. 278, *R. c. Green* (1983), 148 D.L.R. (3d) 767 (H.C.J. Ont.), p. 768, et *Gisby*, par. 19.) Il ne s'ensuit pas toutefois que cette mesure devrait être intégrée à la détermination de la peine dans le cadre d'une approche globale, particulièrement si l'on tient compte du fait que cela se traduit inévitablement par des périodes d'emprisonnement moins lourdes pour les délinquants qui possèdent des biens, si le tribunal considère la punition « globale » (incarcération plus confiscation) excessivement sévère. En d'autres mots, les personnes qui possèdent des biens pourraient être en mesure d'éviter la prison ou d'obtenir une peine d'emprisonnement réduite, alors que celles qui n'en possèdent pas seraient privées de cette possibilité.

[35] Non seulement un tel résultat heurte la conscience, car on se trouve alors, sans le vouloir, à récompenser les délinquants possédant des biens confiscables et à pénaliser ceux qui n'en ont pas, mais il va aussi totalement à l'encontre de nos principes fondamentaux en ce qui concerne la justesse de la peine, puisque les personnes qui ne possèdent aucun bien confiscable ne sont pas plus blâmables que celles qui en possèdent. Il serait dès lors injuste de leur infliger une peine d'incarcération plus sévère simplement parce qu'elles ne disposent d'aucun bien confiscable.

[36] Comme l'a dit le juge en chef McKinnon dans *R. c. Johnson* (1971), 5 C.C.C. (2d) 541

App. Div.), in explaining why he refused to impose a jail sentence rather than a fine on an accused who was a “man of means” who could, it was argued, readily afford monetary penalties: “What concerns the Court deeply is the cardinal principle upon which our criminal judicial system, with which we are concerned here, is based, namely, that all persons stand equal before the Court. It matters not what the race, creed, colour, status in society, whether pauper or rich man, an accused must receive equality of treatment before the law” (p. 543). (See also Clayton C. Ruby, *Sentencing* (7th ed. 2008), at para. 11.17, and *R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530.)

[37] The sentencing principles of the *Criminal Code* themselves suggest that the deprivation of an individual’s liberty is qualitatively different from other sanctions. Section 718.2(d) states that, “an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances”. Offenders should not be able to avoid jail time or receive lesser terms of imprisonment simply because they have more property. Yet considering forfeiture orders and the rest of the sentence interdependently would mandate precisely this kind of troubling calculation.

[38] The conditional sentences imposed in all three of the appeals under consideration demonstrate what may likely result when forfeiture orders and terms of imprisonment are considered interdependently. There is no doubt that in the circumstances of at least two of the cases, a prison term would otherwise have been ordered. Ryan J.A. stated in this case: “I agree with the Crown that, viewed in isolation of forfeiture, a conditional sentence as the primary sentence was unfit, and a sentence of conventional incarceration would have been appropriate” (para. 126). Similarly, in the companion case of *R. v. Nguyen*, 2006 BCSC 1846, [2006] B.C.J. No. 3202 (QL), the trial judge stated: “The only impediment to the imposition of a conditional sentence in this case is the failure of such

(C.S.N.-É., Div. app.), en expliquant pourquoi il refusait d’infliger une peine d’emprisonnement plutôt qu’une amende à un [TRADUCTION] « homme aisé » qui, affirmait-t-on, pouvait facilement acquitter des amendes : [TRADUCTION] « Ce qui préoccupe grandement la Cour, c’est le principe essentiel sur lequel repose notre système de justice pénale, dont il est ici question, à savoir que tous sont égaux devant les tribunaux. Peu importe sa race, ses croyances, sa couleur et sa condition sociale, qu’il soit pauvre ou riche, tout accusé a droit à l’égalité de traitement devant la loi » (p. 543). (Voir aussi Clayton C. Ruby, *Sentencing* (7^e éd. 2008), par. 11.17, et *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530.)

[37] Il se dégage des principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel* que la privation de liberté diffère qualitativement des autres sanctions. Aux termes de l’al. 718.2d), le tribunal a « l’obligation, avant d’envisager la privation de liberté, d’examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient ». Un délinquant ne devrait pas pouvoir éviter la prison ou obtenir une peine d’emprisonnement moins longue du seul fait qu’il possède des biens. Or, le fait d’envisager d’une façon interdépendante l’ordonnance de confiscation et le reste de la peine entraînerait précisément ce genre de calculs troublants.

[38] Les peines d’emprisonnement avec sursis prononcées dans les trois pourvois dont la Cour est saisie montrent ce qui risque vraisemblablement d’arriver lorsque les ordonnances de confiscation et les périodes d’emprisonnement sont considérées de façon interdépendante. Il ne fait aucun doute que, dans les circonstances d’au moins deux des affaires qui nous occupent, une peine d’incarcération aurait autrement été ordonnée. La juge Ryan a dit ceci dans la présente affaire : [TRADUCTION] « Je suis d’accord avec le ministère public pour dire que, abstraction faite de la confiscation, une période d’emprisonnement avec sursis n’était pas une peine juste, alors qu’une peine d’incarcération ferme l’aurait été » (par. 126). De même, dans l’affaire connexe *R. c. Nguyen*, 2006 BCSC

a sentence to provide an adequate level of deterrence. With forfeiture of a home with an equity of some \$150,000, that impediment is now removed” (para. 19).

[39] The only accused, therefore, who will benefit from a “global” approach to the forfeiture order are those with property available for forfeiture, who will be able to argue that its imposition should result in a more lenient jail term. A legal system that tolerates differences about who goes to jail based on whether they have property, risks impairing its own integrity and credibility.

[40] In addition to my concern that those without property should not be treated more harshly than those who have it, I see the purpose and statutory language underlying the forfeiture scheme as a reflection of Parliament’s intention that forfeiture orders be treated independently, pursuant to a separate rationale and as a distinct response to distinct circumstances. The sentencing inquiry focuses on the individualized circumstances of the offender; the main focus of forfeiture orders, on the other hand, is on the property itself and its role in past and future crime.

[41] For a start, the fact that forfeiture may apply to property owned by a complicit individual who is neither sentenced nor even charged with an offence is, to me, an indication that forfeiture orders and terms of imprisonment or other aspects of a sentence were intended to be treated as separate and distinctive consequences. The forfeiture scheme is focused in part on taking offence-related property out of circulation and on confronting organized crime, whether or not the property is owned by the offender. Individuals who have allowed their property to be used for criminal purposes, even if

1846, [2006] B.C.J. No. 3202 (QL), le juge du procès s’est exprimé ainsi : [TRADUCTION] « Le seul obstacle à une peine d’emprisonnement avec sursis en l’espèce réside dans l’insuffisance de l’aspect dissuasif d’une telle peine. La confiscation d’une résidence d’une valeur nette d’environ 150 000 \$ fait disparaître cet obstacle » (par. 19).

[39] Par conséquent, les seuls accusés qui profiteront d’une approche « globale » en ce qui concerne l’ordonnance de confiscation sont les propriétaires de biens confisquables, qui pourront plaider que le prononcé d’une telle ordonnance devrait entraîner une peine d’emprisonnement plus clémente. Un système juridique qui tolère des différences au chapitre de la condamnation à la prison selon que le délinquant est ou non propriétaire de biens risque de porter atteinte à sa propre intégrité et à sa propre crédibilité.

[40] Outre mon souci que les personnes dépourvues de biens ne soient pas traitées plus sévèrement que celles qui en possèdent, j’estime que l’objectif du régime de confiscation et le libellé de ses dispositions révèlent que le Parlement entendait que les ordonnances de confiscation soient considérées d’une façon indépendante, en fonction de principes distincts et à titre de réponse distincte à des circonstances distinctes. L’examen portant sur la détermination de la peine est axé sur la situation particulière du délinquant, alors que dans le cas de l’ordonnance de confiscation, on s’attache principalement au bien lui-même ainsi qu’à son rôle dans des crimes passés et futurs.

[41] Tout d’abord, le fait que la confiscation puisse s’appliquer à des biens appartenant à un complice qui n’est ni condamné ni même accusé d’une infraction est, à mon avis, une indication que, dans l’esprit du législateur, les ordonnances de confiscation et les périodes d’emprisonnement ou d’autres aspects de la peine devaient être considérées comme des conséquences séparées et distinctes. Le régime de confiscation a notamment pour but de retirer les biens infractionnels de la circulation et de lutter contre le crime organisé, et ce, que les biens appartiennent ou non à

their conduct does not rise to the level of criminal liability with respect to the particular offence, may, as a result, also be subject to forfeiture orders, as reflected in s. 19(3), which provides a recovery mechanism for third-party owners of offence-related property to be forfeited. Under that section, a court must be satisfied that individuals are innocent of any complicity or collusion in the offence before they can recover their property. This is consistent with the historic roots of forfeiture as punishment for negligently allowing one's property to be used for wrongful purposes, a consequence connected to, but not identical to, punishment for the offence.

[42] Certain types of forfeiture orders under the *Controlled Drugs and Substances Act* operate without the existence of a term of imprisonment imposed on *anyone* for the particular designated substance offence. Under s. 16(2), even if certain property is not related to the designated substance offence for which an offender was convicted, forfeiture may nevertheless be ordered if the property can be established to be offence-related beyond a reasonable doubt. In addition, under s. 17, the Attorney General may apply for *in rem* forfeiture where the property is found to be offence-related beyond a reasonable doubt, the accused has died or absconded, and proceedings have been commenced. In these situations, a relevant custodial sentence will not exist and therefore clearly cannot be related to any forfeiture order. This further suggests Parliament's view that there is a separate blameworthy element to using or allowing the use of one's property for criminal purposes.

[43] The very structure of the *Controlled Drugs and Substances Act* confirms the separate character

l'auteur de l'infraction. Par conséquent, les personnes qui ont permis l'utilisation de leurs biens à des fins criminelles, même si leur comportement n'entraîne pas une responsabilité criminelle à l'égard de l'infraction en cause, peuvent également tomber sous le coup d'une ordonnance de confiscation, comme il ressort du par. 19(3), qui prévoit un mécanisme de restitution des biens infractionnels devant être confisqués et appartenant à des tiers. Selon cette disposition, le tribunal doit être convaincu que ces personnes sont innocentes de toute complicité ou collusion à l'égard de l'infraction avant de pouvoir leur permettre de récupérer leurs biens. Cela s'accorde avec les origines historiques de la confiscation en tant que punition infligée aux personnes qui ont fait preuve de négligence en permettant l'utilisation de leurs biens à des fins illicites : la confiscation constitue une conséquence rattachée à la peine infligée pour l'infraction, sans pour autant se confondre avec elle.

[42] Certaines ordonnances de confiscation peuvent être rendues en vertu de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* sans qu'une peine d'emprisonnement soit infligée à *quiconque* à l'égard de l'infraction désignée. En vertu du par. 16(2), par exemple, la confiscation peut être ordonnée à l'égard de biens qui ne sont pas liés à l'infraction désignée dont une personne a été déclarée coupable, s'il est établi hors de tout doute raisonnable qu'il s'agit de biens infractionnels. De plus, l'art. 17 permet au procureur général de demander la confiscation quand il est prouvé hors de tout doute raisonnable que les biens sont des biens infractionnels, que la personne accusée de l'infraction est décédée ou s'est esquivée et que des procédures ont été engagées. Dans de tels cas, il n'existe de toute évidence aucune peine d'emprisonnement susceptible d'être reliée à une quelconque ordonnance de confiscation. Voilà une autre indication que, pour le législateur, l'utilisation d'un bien à des fins criminelles ou le fait d'autoriser l'utilisation d'un bien à de telles fins comporte un élément condamnable distinct.

[43] La structure même de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* confirme le

of the two orders. Part I is called “Offences and Punishment”. In this part, s. 10(1) deals with the principles applicable to sentences for offences under the statute and states that “[w]ithout restricting the generality of the *Criminal Code*, the fundamental purpose of any sentence for an offence under this Part is to contribute to the respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society while encouraging rehabilitation, and treatment in appropriate circumstances, of offenders and acknowledging the harm done to victims and to the community.”

[44] These are, in essence, the ordinary sentencing principles, and refer specifically to the circumstances of the offender. The forfeiture provisions, on the other hand, are in a separate section of the statute, Part II, called “Enforcement”. This is where we find s. 19.1(3). The proportionality analysis mandated under s. 19.1(3) sets out different considerations from those mandated by the sentencing principles under the *Criminal Code*. What it directs, unlike s. 10(1) found in Part I, is that the court consider whether “the impact of an order of forfeiture . . . would be disproportionate to the nature and gravity of the offence, the circumstances surrounding the commission of the offence and the criminal record, if any, of the person charged with or convicted of the offence”. If these factors suggest disproportionality, the court “may decide not to order the forfeiture of the property or part of the property”.

[45] While the considerations under s. 19.1(3) are undoubtedly part of what is normally taken into account in the ordinary sentencing inquiry, the circumstances of the offender, a key aspect of the sentencing process, have significantly been excluded. The three listed factors, in fact, make no specific reference to whether any other punishment has been imposed for the offence. The absence of any words to this effect, it seems to me, is a reflection of Parliament’s intention that this should not be a

caractère distinct des deux ordonnances. La partie I est intitulée « Infractions et peines ». Dans cette partie, le par. 10(1) porte sur les principes applicables à l’égard des peines prononcées à l’égard des infractions à la loi et énonce que, « [s]ans qu’en soit limitée la portée générale du *Code criminel*, le prononcé des peines prévues à la présente partie a pour objectif essentiel de contribuer au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre tout en favorisant la réinsertion sociale des délinquants et, dans les cas indiqués, leur traitement et en reconnaissant les torts causés aux victimes ou à la collectivité. »

[44] Ces principes sont essentiellement ceux qui régissent la détermination de la peine en général et il y est expressément fait mention de la situation particulière du délinquant. En revanche, les dispositions relatives à la confiscation figurent dans une partie distincte de la loi, la partie II, intitulée « Exécution et mesures de contrainte ». Le paragraphe 19.1(3) se trouve dans cette partie. L’analyse de la proportionnalité qui y est prescrite comporte des considérations différentes de celles que prévoient les principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*. Contrairement aux dispositions du par. 10(1) de la partie I, elles enjoignent au tribunal de se demander si « la confiscation serait démesurée par rapport à la nature et à la gravité de l’infraction, aux circonstances de sa perpétration et, s’il y a lieu, au casier judiciaire de la personne accusée ou reconnue coupable de l’infraction ». Si l’examen de ces facteurs tend à indiquer une disproportion, le tribunal « peut ne pas ordonner la confiscation de tout ou partie de biens immeubles confisquables ».

[45] Alors que les considérations énoncées au par. 19.1(3) font incontestablement partie de ce qui est normalement pris en compte dans le processus habituel de détermination de la peine, un aspect essentiel de ce processus, soit la situation particulière du délinquant, a d’une façon significative été exclu. En fait, il n’y a dans les trois facteurs énumérés aucune mention spécifique de la possibilité qu’une autre sanction ait été infligée relativement à l’infraction. Ce silence me paraît révélateur

relevant factor in the forfeiture inquiry. To consider a term of imprisonment under s. 19.1(3), therefore, would be to introduce into the forfeiture analysis broader sentencing considerations that have been specifically excluded.

[46] The Court of Appeal concluded that because s. 19.1(3) states that a court may refuse to order forfeiture if “the impact” of the order would be “disproportionate”, this mandates an inquiry into the accused’s individualized circumstances, including the term of imprisonment or other aspect of a sentence. Significantly, it acknowledged that without the word “impact”, the term of imprisonment could not be taken into consideration in the s. 19.1(3) analysis. In my view, with respect, such an interpretation is not justified by the wording of the provision. A court is entitled to refuse forfeiture only if the impact of the forfeiture order would be disproportionate with respect to the three listed factors. Furthermore, the French version of the *Controlled Drugs and Substances Act* states in the relevant part “*s’il est convaincu que la confiscation serait démesurée*” (s. 19.1(3)). There is no reference to “impact” or to an equivalent term. This too casts doubt on Parliament’s intention that an individual’s personal circumstances be considered.

[47] The absence of any reference to these wider sentencing factors stands in marked contrast to the approach found in s. 10(1) in Part I of the statute. Had Parliament intended that the *Criminal Code* sentencing principles apply to the imposition of forfeiture orders, it would have made them subject to the same considerations as those set out in s. 10(1), which, as previously noted, direct that the traditional approach to sentencing be applied. The fact that forfeiture orders do not have a similar direction as is found in Part I is, to me, another indication that Parliament intended that forfeiture

de l’intention du législateur de ne pas en faire un facteur pertinent pour la décision sur la confiscation. Prendre en compte la peine d’emprisonnement dans le cadre du par. 19.1(3) reviendrait donc à introduire dans l’analyse relative à la confiscation des considérations de nature plus large touchant la détermination de la peine qui ont été expressément exclues.

[46] Selon la Cour d’appel, le fait qu’il soit précisé au par. 19.1(3) que le tribunal peut refuser d’ordonner la confiscation lorsque, selon la version anglaise de la loi, son « *impact* » (« effet »), serait « démesuré », rend nécessaire l’examen de la situation particulière de l’accusé, y compris la période d’emprisonnement ou les autres aspects de la peine à laquelle il est condamné. Fait significatif, la Cour d’appel a reconnu que, sans la présence du terme « *impact* », on ne pourrait pas prendre en compte la période d’emprisonnement dans l’analyse exigée par le par. 19.1(3). À mon avis, une telle interprétation n’est pas justifiée par le libellé de la disposition. Le tribunal ne peut refuser la confiscation que si l’effet de celle-ci serait démesuré par rapport aux trois facteurs énumérés. Qui plus est, le passage pertinent de la version française de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* dit ceci : « ... s’il est convaincu que la confiscation serait démesurée ... » (par. 19.1(3)). Il n’y est pas question d’« effet » ou de quelque chose d’équivalent. Il s’agit là d’un autre élément jetant un doute sur l’interprétation selon laquelle le législateur entendait que la situation particulière de la personne soit prise en considération.

[47] L’absence de toute mention de ces facteurs de nature plus générale contraste vivement avec l’approche employée au par. 10(1) de la partie I de la loi. Si le Parlement avait voulu que les principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel* s’appliquent aux ordonnances de confiscation, il aurait fait en sorte qu’elles soient soumises à des considérations identiques à celles du par. 10(1), qui exigent, comme nous l’avons vu, l’application de l’approche traditionnelle en matière de détermination de la peine. Le fait que les ordonnances de confiscation ne fassent pas l’objet de

orders not be subject to general sentencing principles.

[48] In *R. v. Lavigne*, 2006 SCC 10, [2006] 1 S.C.R. 392, Deschamps J., in considering whether a forfeiture order for the proceeds of crime is part of the sentence, concluded that a court's discretion in imposing an order is necessarily limited by the purpose of the order to be made and by the statutory factors at issue (paras. 23-24). The forfeiture factors found in s. 19.1(3), therefore, should similarly be seen to constitute a complete code for deciding whether, and to what extent, a forfeiture order should be made. This exercise of discretion does not engage the full panoply of principles used to determine whether a sentence is fit when the statute sets out its own guiding factors. The expansive principle of proportionality used in sentencing, therefore, has been excluded both expressly and by necessary implication, in favour of the more specific factors outlined in s. 19.1(3). The different scope and purpose of the two inquiries suggests that they ought logically to be considered as separate.

[49] The argument was also made that because s. 16(3) of the *Controlled Drugs and Substances Act* provides that an appeal can be taken from a forfeiture order "as if the appeal were an appeal against the sentence imposed on the person in respect of the offence", an offender's term of imprisonment or other aspects of a sentence and a forfeiture order are to be treated as interrelated. Furthermore, s. 673 of the *Criminal Code*, found in Part XXI entitled "Appeals" relating to "Indictable Offences", includes forfeiture orders under the *Controlled Drugs and Substances Act* in the definition of "sentence", as does s. 785 in the context of summary conviction offences. These provisions, in my

lignes directrices analogues à celles figurant dans la partie I est pour moi une autre indication que le Parlement entendait que les ordonnances de confiscation ne soient pas régies par les principes généraux de détermination de la peine.

[48] Dans *R. c. Lavigne*, 2006 CSC 10, [2006] 1 R.C.S. 392, la juge Deschamps a conclu, sur la question de savoir si une ordonnance de confiscation de produits de la criminalité fait partie de la peine, que le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal pour rendre une telle ordonnance est nécessairement limité par l'objectif de cette ordonnance et par les facteurs prévus par la loi (par. 23-24). Par conséquent, les facteurs relatifs à la confiscation énoncés au par. 19.1(3) doivent de la même façon être considérés comme formant la totalité des éléments à prendre en considération pour décider s'il convient de rendre une ordonnance de confiscation et quelle devrait en être la portée. Lorsque le texte législatif lui-même indique les critères à suivre pour prendre la décision, l'exercice du pouvoir discrétionnaire ne donne pas lieu à l'application de la panoplie des principes utilisés normalement pour déterminer si une peine est juste. Le principe général de la proportionnalité appliqué dans la détermination des peines a donc été écarté, à la fois explicitement et par voie de conséquence nécessaire, en faveur des facteurs plus précis énoncés au par. 19.1(3). Il ressort de la portée et de la finalité différentes des deux analyses qu'elles devraient logiquement être considérées comme des démarches séparées.

[49] On a également fait valoir que le par. 16(3) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* permet d'interjeter appel de l'ordonnance de confiscation « comme s'il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre de la peine infligée à la personne relativement à l'infraction désignée en cause », et que, pour cette raison, il faut considérer comme interreliés l'ordonnance de confiscation et la période d'emprisonnement ou d'autres aspects de la période infligée à l'auteur de l'infraction. En outre, les ordonnances de confiscation rendues en vertu de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* sont visées par la définition des termes « sentence », « peine » ou « condamnation »

view, are plainly procedural, effectively importing *Criminal Code* appeal provisions into the *Controlled Drugs and Substances Act*. They do not assist in the substantive question of whether forfeiture should be considered as part of a single, global sentence (see *R. v. Sandover-Sly*, 2002 BCCA 56, 163 B.C.A.C. 312, at para. 18).

[50] The fairness of a forfeiture order pursuant to this proportionality test is further ensured by the availability of partial forfeiture. In my view, the underlying rationale of Parliament's decision to offset an expanded definition of offence-related property with a proportionality analysis under s. 19.1(3) is similar to that of partial forfeiture — namely, a recognition that forfeiture of real property can be a draconian measure. The courts in the present appeal and in the companion case of *Nguyen* did not address the possibility of partial forfeiture. Giroux J.A., on the other hand, in the *Ouellette* appeal, interpreted s. 19.1(3) as enabling a court to order partial forfeiture (*R. v. Ouellette*, 2007 QCCA 518, 229 C.C.C. (3d) 563). In my view, he was correct to do so. (See also *R. v. Yee*, 2008 ABPC 89, [2008] A.J. No. 866 (QL), *per* Tilley Prov. Ct. J.)

[51] Interpreting the legislation to permit partial forfeiture is consistent with the plain language of s. 19.1(3), which states that a court “may decide not to order the forfeiture of the property or part of the property”. With respect for the contrary view, it is difficult to see how the section by itself can be interpreted other than as providing that, based on the factors in s. 19.1(3), the court may decide that even though a forfeiture order for the entire property is unwarranted, an order for forfeiture of

figurant à l'art. 673 du *Code criminel*, qui se trouve dans la partie XXI intitulée « Appels — Actes criminels », comme dans celle figurant à l'art. 785 dans le contexte des infractions punissables par voie de déclaration sommaire de culpabilité. À mon avis, ces dispositions sont de nature purement procédurale; elles ont pour effet d'incorporer à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* les dispositions du *Code criminel* régissant les appels. Elles ne sont d'aucune utilité pour trancher la question de fond, c'est-à-dire la question de savoir si la confiscation devrait être considérée comme faisant partie d'une seule et même peine globale (voir *R. c. Sandover-Sly*, 2002 BCCA 56, 163 B.C.A.C. 312, par. 18).

[50] La possibilité pour le tribunal de prononcer une confiscation partielle contribue aussi à garantir le caractère équitable de l'ordonnance de confiscation rendue conformément à ce critère de proportionnalité. À mon avis, le fondement de la décision du Parlement de contrebalancer l'élargissement de la définition des biens infractionnels par l'analyse de la proportionnalité décrite au par. 19.1(3) est similaire à celui de la confiscation partielle — à savoir, la reconnaissance du fait que la confiscation de biens immeubles peut constituer une mesure draconienne. Dans la présente affaire et dans l'affaire connexe *Nguyen*, les tribunaux n'ont pas abordé la possibilité d'une confiscation partielle. Dans l'affaire *Ouellette*, en revanche, le juge Giroux (de la Cour d'appel du Québec) a considéré, à juste titre selon moi, que le par. 19.1(3) habilite le tribunal à ordonner une confiscation partielle : *R. c. Ouellette*, 2007 QCCA 518, [2007] R.J.Q. 787. (Voir aussi *R. c. Yee*, 2008 ABPC 89, [2008] A.J. No. 866 (QL), le juge Tilley.)

[51] Le fait d'interpréter la loi d'une manière qui autorise les ordonnances de confiscation partielle est conforme à la lettre du par. 19.1(3), aux termes duquel le tribunal « peut ne pas ordonner la confiscation de tout ou partie de biens immeubles confisquables ». Soit dit en tout respect pour l'opinion contraire, il est difficile de voir comment on peut donner au texte de cet article une autre interprétation que celle selon laquelle, eu égard aux facteurs énoncés au par. 19.1(3), le tribunal peut décider que,

only a part of the property may nonetheless be justified.

[52] The argument was advanced that, because s. 19.1(3) is made *subject to* “an order made under subsection 19(3)”, the “part” referred to in s. 19.1(3) refers to the “part” remaining available for forfeiture after the court orders property returned to innocent third parties under s. 19(3). As previously noted, that section provides a recovery mechanism for certain lawful owners of “any property or any part of any property that would otherwise be forfeited”. However, in my view, since s. 19.1(3) is already made *subject to* an order under s. 19(3), the court would only be entitled to order the forfeiture of that “part” remaining of the property in any event. Interpreting the language of the section to allow for partial forfeiture, on the other hand, gives the words “part of the property” fuller effect.

[53] Furthermore, while s. 16(1) is also made *subject to* s. 19(3), there is no mention of a court ordering the forfeiture of only “part” of that property, even though innocent third parties may just as easily have legitimate claims to personal property, to which s. 19.1(3) does not apply. If the language of “part of the property” used in s. 19.1(3) was necessary to safeguard an innocent third party’s interest in real property, or to identify the remaining portion of the property available for forfeiture, then it would have been consistent across the provisions and, in particular, with respect to personal property.

[54] It is only in connection with real property that one finds language which, in my view, supports a discretion to order the partial forfeiture of even a blameworthy individual’s property. Interpreting s. 19.1(3) in this manner is consistent with the recognition in the proportionality analysis that real property is a quantitatively and qualitatively different kind of asset.

même si la confiscation totale du bien n’est pas justifiée, la confiscation d’une partie seulement de celui-ci pourrait néanmoins l’être.

[52] On a soutenu que, comme le par. 19.1(3) s’applique *sous réserve* « d’une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 19(3) », la « partie » dont il est question au par. 19.1(3) consiste dans la « partie » qui demeure confiscable après que le tribunal a ordonné la restitution de biens aux tiers innocents en vertu du par. 19(3). Comme je l’ai indiqué plus tôt, cette disposition institue un mécanisme permettant au tribunal de restituer à certains propriétaires légitimes, « en tout ou en partie », des « biens qui autrement seraient confisqués ». Or à mon avis, étant donné que le par. 19.1(3) s’applique déjà *sous réserve* d’une ordonnance rendue en vertu du par. 19(3), le tribunal ne pourrait de toute façon ordonner que la confiscation de cette « partie » restant du bien. En revanche, l’interprétation selon laquelle la disposition en question permet une confiscation partielle, donne plus pleinement effet aux mots « partie de biens immeubles ».

[53] De plus, bien que le par. 16(1) s’applique lui aussi *sous réserve* du par. 19(3), il n’y est pas mentionné que le tribunal pourrait n’ordonner la confiscation que d’une « partie » des biens. Or, des tiers innocents pourraient tout aussi bien avoir des prétentions légitimes sur des biens meubles, biens auxquels le par. 19.1(3) ne s’applique pas. Si les mots « partie de biens immeubles » au par. 19.1(3) étaient nécessaires pour protéger les droits de tiers innocents sur des biens immeubles ou pour désigner la partie des biens qui demeure confiscable, le législateur les aurait utilisés dans les autres dispositions, en particulier celles qui visent les biens meubles.

[54] C’est seulement à l’égard des biens immeubles que l’on trouve des dispositions qui, par leur formulation, indiquent selon moi que le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d’ordonner la confiscation partielle, même lorsque le bien appartient à une personne blâmable. Cette interprétation du par. 19.1(3) s’accorde avec la reconnaissance, dans l’analyse de la proportionnalité, du fait que les biens immeubles constituent un type de biens différents sur les plans quantitatif et qualitatif.

[55] The proportionality test under s. 19.1(3) therefore allows a court to tailor the amount of property to be forfeited in a way that takes into account the relative weight of the listed factors. Partial forfeiture gives the court greater scope for applying the proportionality test so that the only options available to the sentencing judge are not a stark choice between full or no forfeiture. This establishes a spectrum of potential forfeiture orders that can be adjusted to reflect the relative gravity of the case, pursuant to the purposes of the forfeiture scheme.

[56] What, then, should a judge consider under s. 19.1(3)? The nature and gravity of the offence could include the character and quantity of the substance involved, the level of sophistication of the crime and the extent to which the commercial production or distribution of drugs was involved.

[57] The second factor, the circumstances surrounding the commission of the offence, might include consideration of the offender's role in the commission of the offence, the nature of the property and the manner in which it was used in the offence, risks to the security or safety of the community, whether the property was used in a manner that detrimentally affected its legitimate use and enjoyment, whether the property was fortified or otherwise adapted to accommodate the grow operation, the extent of the offender's involvement in organized crime and whether the property itself was held by a criminal organization.

[58] The criminal record of the offender is self-explanatory. It will be of particular relevance if the prior offences were drug related.

[59] Based on the particular circumstances of the case, therefore, judges have the discretion to order no forfeiture, partial forfeiture or full forfeiture of offence-related real property. The extent of the property forfeited will vary. Full forfeiture may be anticipated, for example, in the case of a fortified property purchased for criminal purposes and

[55] Le critère de proportionnalité établi au par. 19.1(3) permet donc au tribunal de déterminer la proportion du bien qui sera confisquée en tenant compte du poids relatif des facteurs énumérés. La confiscation partielle donne au tribunal une plus grande latitude dans l'application du critère de proportionnalité, en lui évitant un choix difficile : la confiscation totale ou l'absence de confiscation. Il existe ainsi toute une gamme d'ordonnances de confiscation susceptibles d'être rendues selon la gravité relative des faits et en fonction des objectifs du régime de confiscation.

[56] Par conséquent, quels sont les éléments que le juge devrait prendre en considération dans l'application du par. 19.1(3)? En ce qui concerne la nature et la gravité de l'infraction, il pourrait s'agir de la nature et de la quantité de la substance en cause, du degré de sophistication du crime et de la mesure dans laquelle les drogues ont été produites ou distribuées à une échelle commerciale.

[57] Pour le deuxième facteur, soit les circonstances de la perpétration de l'infraction, le tribunal pourrait tenir compte des éléments suivants : le rôle joué par le délinquant, la nature du bien et la façon dont il a été utilisé pour la perpétration de l'infraction, les risques pour la sécurité de la collectivité, le fait que la manière dont le bien a été utilisé a nui ou non à son utilisation et à sa jouissance légitimes, le fait que le bien a ou non été fortifié ou autrement adapté pour la culture de la drogue, la mesure dans laquelle le délinquant est lié au crime organisé et le fait que le bien lui-même était détenu par une organisation criminelle ou ne l'était pas.

[58] Le casier judiciaire du délinquant est un aspect qui se passe d'explications. Il sera particulièrement pertinent si les condamnations antérieures étaient reliées à la drogue.

[59] En conséquence, selon les circonstances particulières de l'affaire, le juge a le pouvoir discrétionnaire de refuser la confiscation du bien immeuble infractionnel, de n'ordonner que la confiscation partielle de celui-ci ou encore d'en ordonner la confiscation totale. L'ampleur de la confiscation variera. Par exemple, on peut penser qu'il y aura

solely dedicated to the commercial production and distribution of illegal substances, perhaps with a connection to organized crime. On the other hand, one might decline to order forfeiture in the case of an individual with no criminal record and no connection to organized crime who grows very little marihuana in her home. Each situation will be subject to a judge's appreciation of how the s. 19.1(3) factors should be applied in the particular circumstances, which, as previously stated, may result in no, partial or full forfeiture.

[60] The forfeiture scheme is not aimed strictly at defeating organized crime, as a plain reading of the provisions shows. However, even absent the legislative history to this effect, there is no doubt that involvement in organized crime is a relevant factor in applying the proportionality test under s. 19.1(3). It is significant not only because it is a serious circumstance in itself, but also because it indicates that the property was dedicated to and adapted for criminal purposes.

[61] This brings us to the forfeiture order in this case.

[62] At the suggestion of a friend, in 1998 Ms. Craig began growing marihuana. She sold it to various clients, including to some of her friends suffering from AIDS and hired employees to help her with the operation. She testified that she was approached by an individual involved in organized crime for the purpose of setting up a lucrative sales arrangement but refused. No weapons were found in her home and she did not use an electric by-pass.

[63] Ms. Craig was arrested, together with two other individuals, after police observed them removing plants and paraphernalia from the residence and attempting to conceal them on city property. The basement level and portions of the main floor of her home were devoted to marihuana

confiscation totale dans le cas d'un immeuble fortifié acquis à des fins criminelles et utilisé uniquement pour la production et la distribution commerciales de substances illicites, où il y aurait peut-être aussi existence d'un lien avec le crime organisé. Au contraire, le tribunal pourrait refuser d'ordonner la confiscation dans le cas d'une personne qui cultive une petite quantité de marihuana dans sa maison, mais qui n'a ni casier judiciaire ni lien avec le crime organisé. Chaque situation sera laissée à l'appréciation du juge, qui décidera comment il convient d'appliquer en l'espèce les facteurs énoncés au par. 19.1(3) et choisira entre l'absence de confiscation, la confiscation partielle et la confiscation totale.

[60] Comme il appert à la lecture du texte des dispositions, le régime de confiscation ne vise pas strictement à lutter contre le crime organisé. Il n'y a cependant aucun doute, même en faisant abstraction de l'historique législatif, que la participation au crime organisé constitue un facteur pertinent dans l'application du critère de proportionnalité établi au par. 19.1(3). Ce facteur est important non seulement parce qu'il s'agit d'une circonstance grave en soi, mais aussi parce qu'il indique que le bien était affecté et adapté à des fins criminelles.

[61] Cela nous amène à l'ordonnance de confiscation qui a été rendue en l'espèce.

[62] À l'instigation d'un ami, M^{me} Craig a commencé à cultiver de la marihuana en 1998. Elle vendait la marihuana à différents clients, y compris quelques amis atteints du sida, et elle a embauché des employés pour l'aider dans cette activité. Selon son témoignage, une personne mêlée au crime organisé l'a approchée et lui a proposé de lui acheter la drogue à des conditions très avantageuses, mais elle a décliné l'offre. Aucune arme n'a été trouvée dans sa maison et elle n'a utilisé aucun dispositif de détournement d'électricité.

[63] Madame Craig a été arrêtée, avec deux autres personnes, après que les policiers les ont vues sortir des plants et du matériel de la résidence et tenter de les dissimuler sur un terrain appartenant à la ville. Le sous-sol et certaines parties du rez-de-chaussée de sa maison étaient affectées à la culture

cultivation. Her operation included three growing rooms and one drying room, as well as industrial lighting, ventilation and irrigation systems. Her home, in which she lived alone, was therefore adapted to some degree for the purpose of growing marihuana. She continued to live there and these activities occupied only a part of the house.

[64] At the time of her arrest, police seized 186 marihuana plants (including clones), packaging, scales, various other materials, and a container with one pound of marihuana packaged for wholesale distribution. They also seized cash, additional pre-packaged marihuana, and “score sheets” documenting marihuana sales from her car. According to a police officer with expertise in marihuana sales, the value of the plants was \$87,500 and the value of the marihuana seized from her was \$15,000.

[65] Ms. Craig has no criminal record.

[66] Neither the sentencing judge nor the Court of Appeal treated the forfeiture order as a separate inquiry. Nor did they consider the possibility of partial forfeiture. In fact, Gedye Prov. Ct. J. appeared to take a global approach in her ruling, which included a conditional sentence, a fine and a refusal to order forfeiture. The Court of Appeal set aside the fine and ordered full forfeiture.

[67] These cases deal with a novel legal issue under the *Controlled Drugs and Substances Act* which this Court has not previously addressed. Whatever my views on what orders ought to have been made under this new analysis, I see no reason either in this case or in the two companion appeals to attempt at this stage to unravel the sentencing packages ultimately imposed. Nor do I see significant benefit in sending the matters back for reconsideration. Ms. Craig has already completed her conditional sentence. Based too on the

de la marihuana. Les installations comprenaient trois pièces utilisées pour la culture et une pour le séchage, ainsi que des systèmes industriels d'éclairage, de ventilation et d'irrigation. La résidence de M^{me} Craig, où elle vivait seule, avait donc été adaptée dans une certaine mesure pour la culture de la marihuana. Elle a continué à y habiter et cette activité n'occupait qu'une partie de la maison.

[64] Au moment de son arrestation, les policiers ont saisi 186 plants de marihuana (y compris des boutures), du matériel d'emballage, des balances, divers autres articles ainsi qu'un contenant dans lequel se trouvait une livre de marihuana emballée pour la distribution en gros. Ils ont également saisi dans son automobile de l'argent, d'autre marihuana préemballée et des « feuilles de pointage » documentant les ventes de marihuana. Selon un policier possédant une expertise en matière de vente de ce produit, la valeur des plants s'élevait à 87 500 \$ et celle de la marihuana saisie auprès de M^{me} Craig à 15 000 \$.

[65] Madame Craig ne possède pas de casier judiciaire.

[66] Ni la juge qui a prononcé la peine ni la Cour d'appel n'ont considéré l'ordonnance de confiscation comme une mesure distincte de la peine. Elles n'ont pas non plus envisagé la possibilité d'une confiscation partielle. En fait, la juge Gedye semble avoir appliqué une approche globale dans sa décision, laquelle comportait une peine d'emprisonnement avec sursis, une amende et le refus d'ordonner la confiscation. La Cour d'appel a annulé l'amende et ordonné la confiscation totale de l'immeuble.

[67] Ces pourvois portent sur une nouvelle question de droit, jamais abordée jusqu'ici par notre Cour, qui concerne la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. Quelle que soit mon opinion sur les ordonnances qui auraient dû être prononcées selon cette nouvelle analyse, je ne vois aucune raison, dans le présent pourvoi comme dans les deux pourvois connexes, de tenter à ce stade-ci de modifier l'ensemble des mesures qui ont en fin de compte été imposées dans chacun. Il ne me semblerait pas non plus vraiment utile de renvoyer

circumstances of the offence outlined by Gedye Prov. Ct. J., I would not at this stage interfere either with her decision not to order forfeiture or with the decision of the Court of Appeal to set aside the fine. The Crown did not ask this Court to reinstate the fine, and I see no reason to do so in the absence of such a request.

[68] I would therefore allow the appeal from the Court of Appeal's order for full forfeiture. As the sentence has been served and since the Crown has not sought reinstatement of the \$100,000 fine imposed by the sentencing judge, the appropriate disposition is simply to set aside the Court of Appeal's forfeiture order.

The following are the reasons delivered by

[69] THE CHIEF JUSTICE AND ROTHSTEIN J. — We agree with the reasons of Abella J., except on the issue of partial forfeiture. In our view, the language of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, imposes mandatory forfeiture of offence-related property, with a limited discretion not to order forfeiture in the case of real property. Partial forfeiture turns this limited discretion into a mandate “to tailor the amount of property to be forfeited in a way that takes into account the relative weight of the listed factors” in s. 19.1(3) (Abella J.'s reasons at para. 55). We cannot conclude that this was what Parliament intended.

1. Interpretation of the Statute

[70] The issue is one of statutory interpretation. Statutory interpretation rests on reading the words of the provision contextually, as part of the overall scheme: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26.

les affaires devant les tribunaux de première instance pour un nouvel examen. Madame Craig a déjà purgé sa peine d'emprisonnement avec sursis. Compte tenu en outre des circonstances de l'infraction, décrites par la juge Gedye, je n'interviendrais à ce stade ni à l'égard de sa décision de ne pas ordonner la confiscation, ni à l'égard de la décision de la Cour d'appel d'annuler l'amende. Le ministère public n'a pas demandé à notre Cour de rétablir l'amende, et je ne vois aucune raison de le faire en l'absence d'une demande en ce sens.

[68] Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi interjeté contre l'ordonnance de confiscation totale prononcée par la Cour d'appel. Étant donné que la peine a été purgée et que le ministère public n'a pas demandé le rétablissement de l'amende de 100 000 \$ infligée par la juge qui a déterminé la peine, la décision qui s'impose consiste simplement à annuler l'ordonnance de confiscation prononcée par la Cour d'appel.

Version française des motifs rendus par

[69] LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE ROTHSTEIN — Nous souscrivons aux motifs de la juge Abella, sauf sur la question de la confiscation partielle. À notre avis, le texte de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, impose la confiscation des biens infractionnels, tout en conférant aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire restreint de ne pas l'ordonner dans le cas de biens immeubles. Or, la confiscation partielle aurait pour effet de transformer ce pouvoir discrétionnaire restreint en une injonction « de déterminer la proportion du bien qui sera confisquée en tenant compte du poids relatif des facteurs énumérés » au par. 19.1(3) (motifs de la juge Abella, par. 55). Nous sommes incapables de conclure qu'il s'agissait là de l'intention du législateur.

1. Interprétation du texte législatif

[70] Nous sommes en présence d'une question d'interprétation législative. Les mots de la disposition en cause doivent être interprétés en fonction du contexte, dans le cadre du régime dans lequel elle s'inscrit : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26.

[71] In our view, when correctly interpreted, the words “part of the property” in s. 19.1(3) authorize a sentencing judge not to order the forfeiture of the part of the real property remaining after the interests of innocent third parties have been accounted for under s. 19(3) where the impact of forfeiture of the remaining part would be disproportionate having regard to the factors listed in s. 19.1(3). This is all that Parliament intended when it used the words “part of the property” in s. 19.1(3).

(a) *How the Provisions Work*

[72] In order to understand the words “part of the property” in s. 19.1(3), it is helpful to see how they operate in practice:

- (i) The first and seminal provision is s. 16(1). Where a person has been convicted of a designated substance offence, all property related to that offence is subject to forfeiture. The judge is given no discretion in the matter. Section 16(1) says that the judge “shall” order that the offence-related property be forfeited to the Crown, in right of the province or in right of Canada, as the case may be: s. 16(1)(b)(i).
- (ii) Before the court makes an order of forfeiture, anyone who “appears to have a valid interest in the property” must be given notice and may be provided with an opportunity to be heard: s. 19(1). If the court is satisfied that the person is the lawful owner or is lawfully entitled to possession of “any property or any part of any property that would otherwise be forfeited”, and the person is innocent of any complicity or collusion in the offence, the court may order that the “property or part” be returned to that person: s. 19(3). Section 19 applies equally to all offence-related property subject to an order under s. 16(1). If the offence-related property is not real property, then the court’s inquiry into forfeiture ends here with the forfeiture of any interest in that

[71] À notre avis, selon l’interprétation qu’il convient de leur donner, les mots « partie de biens immeubles » figurant au par. 19.1(3) autorisent le juge qui détermine la peine à ne pas ordonner la confiscation de la partie du bien immeuble qui subsiste après la prise en compte des droits des tiers innocents prévue au par. 19(3), lorsque la confiscation de la partie subsistante serait démesurée eu égard aux facteurs énumérés au par. 19.1(3). Là s’arrête l’intention du législateur lorsqu’il a employé les mots « partie de biens immeubles » au par. 19.1(3).

a) *Application concrète des dispositions*

[72] Pour bien comprendre les mots « partie de biens immeubles » au par. 19.1(3), il est utile de voir comment ils s’appliquent dans la pratique :

- (i) La première disposition, dont procèdent les autres, est le par. 16(1). Lorsqu’une personne a été déclarée coupable d’une infraction désignée, tous les biens liés à la perpétration de cette infraction sont confiscables. Aucun pouvoir discrétionnaire n’est conféré au juge à ce chapitre. Conformément au par. 16(1), celui-ci « ordonne » que les biens infractionnels soient confisqués au profit de Sa Majesté du chef de la province ou du Canada, selon le cas : sous-al. 16(1)(b)(i).
- (ii) Avant de rendre une ordonnance de confiscation, le tribunal exige qu’un avis soit donné à toutes les personnes « qui lui semblent avoir un droit sur le bien »; il peut aussi les entendre : par. 19(1). Si le tribunal est convaincu qu’une personne est le propriétaire légitime de « biens qui autrement seraient confisqués » ou a droit à leur possession, et qu’elle est innocente de toute complicité ou collusion à l’égard de l’infraction, il peut ordonner que ces biens lui soient restitués « en tout ou en partie » : par. 19(3). L’article 19 s’applique de la même façon à tous les biens infractionnels pouvant faire l’objet de l’ordonnance prévue au par. 16(1). Si le bien infractionnel n’est pas un bien immeuble, l’examen du tribunal relatif à la confiscation s’arrête là, avec la

property which is not an interest held by an innocent third party.

(iii) Where the property in question is real property, special provisions apply. Section 19.1(3) provides that a judge may relieve against forfeiture in the case of real property if the impact of forfeiture would be disproportionate, having regard to “the nature and gravity of the offence, the circumstances surrounding the commission of the offence and the criminal record, if any, of the person charged with or convicted of the offence”. If satisfied that the impact of forfeiture would be disproportionate, the court “may decide not to order the forfeiture of the property or part of the property”. The authority of the judge to preserve “part” of the property appears both with respect to all offence-related property (under s. 19(3)) and with respect to real property (under s. 19.1(3)).

(iv) In the case of a dwelling-house, Parliament has provided special protections for immediate family members living in the house who are not complicit in the offence. Hence the notice provisions of s. 19.1(1) and (2) (s. 19.1(1) referring to “all or part of offence-related property”). Section 19.1(4) supplements s. 19.1(3) by adding that “[w]here all or part of the property that would otherwise be forfeited under subsection 16(1) or 17(2)” is a dwelling-house, the court, in making its decision under subsection (3), “shall also consider” the impact of ordering forfeiture on members of the offender’s immediate family residing in the dwelling-house, as long as the dwelling-house is the member’s principal residence and the member appears innocent of any complicity in the offence or of any collusion.

(v) Finally, s. 20 provides a procedure for a person who claims an interest in forfeited property to have a judge declare “the nature and the extent or value of the[ir] interest” and

confiscation de tout droit sur ce bien qui n’est pas détenu par un tiers innocent.

(iii) Si le bien en question est un bien immeuble, des dispositions particulières s’appliquent. Selon le par. 19.1(3), le juge peut ne pas ordonner la confiscation lorsqu’elle serait démesurée par rapport à « la nature et à la gravité de l’infraction, aux circonstances de sa perpétration et, s’il y a lieu, au casier judiciaire de la personne accusée ou reconnue coupable de l’infraction, selon le cas ». S’il est convaincu que la confiscation serait démesurée, le tribunal « peut ne pas ordonner la confiscation de tout ou partie de biens immeubles confiscales ». Le pouvoir du juge de préserver une « partie » des biens existe tant à l’égard de l’ensemble des biens infractionnels (par. 19(3)) qu’à l’égard des biens immeubles (par. 19.1(3)).

(iv) Dans le cas d’une maison d’habitation, le législateur a institué des mesures de protection particulières pour les membres de la famille immédiate qui y habitent et ne sont pas complices de l’infraction. D’où les dispositions relatives aux avis que prévoient les par. 19.1(1) et (2) (il est question, au par. 19.1(1), « de biens infractionnels — composés d’une maison d’habitation en tout ou en partie — »). Le paragraphe 19.1(4) complète le par. 19.1(3) en précisant que, « [d]ans le cas où les biens confiscales en vertu des paragraphes 16(1) ou 17(2) sont composés d’une maison d’habitation en tout ou en partie, le tribunal, pour rendre sa décision au titre du paragraphe (3), prend aussi en compte » l’effet qu’aurait la confiscation sur les membres de la famille immédiate de l’auteur de l’infraction dont la maison est la résidence principale et qui semblent innocents de toute complicité ou collusion à l’égard de l’infraction.

(v) Finalement, l’article 20 permet à la personne qui prétend avoir un droit sur un bien confisqué de faire préciser par un juge « la nature et la portée ou la valeur de ce droit » et de

to require the Minister to return “the property, or the part of it to which the interest of the applicant [the person holding the interest] relates” or to pay to the applicant (the person holding the interest) “an amount equal to the value of the[ir] interest . . . , as declared in the [judge’s] order”: s. 20(4) and (6).

(b) *Interpretation of “part of the property” in Section 19.1(3)*

[73] Against this background, we come to the question of how the reference to “part of the property” in s. 19.1(3) should be interpreted. The words can be read in two different ways:

- (i) As a reference to the fact that before forfeiture takes place, the interest of others in real property must be taken into account under s. 19(3) so that forfeiture will apply only to the “part of the [real] property” remaining after those interests have been accounted for.
- (ii) As empowering the court to order that only part of the real property be forfeited.

Neither of these interpretations is free from doubt.

[74] Against the first option, it can be argued that the fact that s. 19.1(3) is subject to s. 19(3) means that we are already concerned only with the “part of the property” remaining after the interests of innocent third parties have already been accounted for under s. 19(3). In this light, it is arguably redundant to add “or part of the property” in s. 19.1(3) if what is meant by these words is the “part” remaining after the operation of s. 19(3). This is the view we understand our colleague Abella J. to adopt.

[75] Against the second option, it can be argued that if Parliament had intended to confer on the court a broad power to relieve against forfeiture of only a part of the interest remaining in real property

demander au ministre la restitution « du bien ou de la partie du bien sur laquelle porte le droit », ou le paiement à cette personne « d’une somme égale à la valeur de son droit déclarée dans l’ordonnance [du juge] » : par. 20(4) et (6).

b) *Interprétation des mots « partie de biens immeubles » au par. 19.1(3)*

[73] Ces précisions apportées, nous en venons à la question de savoir quel sens il convient de donner aux mots « partie de biens immeubles » au par. 19.1(3). Ces mots sont susceptibles de deux interprétations :

- (i) soit ils renvoient au fait que, avant d’ordonner la confiscation, le juge doit tenir compte des droits des tiers sur les biens immeubles, comme le prévoit le par. 19(3), de sorte que la confiscation ne vise que la « partie de[s] biens immeubles » qui subsiste après la prise en compte de ces droits;
- (ii) soit ils habilent le tribunal à ordonner la confiscation d’une partie des biens immeubles seulement.

Aucune de ces interprétations n’est pleinement satisfaisante.

[74] À l’encontre de la première, on peut faire valoir que le fait que le par. 19.1(3) s’applique sous réserve du par. 19(3) signifie qu’il est alors uniquement question de la « partie de[s] biens immeubles » qui subsiste après la prise en compte en vertu du par. 19(3) des droits des tiers innocents. Dans cette optique, on peut soutenir qu’il est redondant d’ajouter les mots « ou partie de biens immeubles » au par. 19.1(3) si ces mots désignent la « partie » qui subsiste après l’application du par. 19(3). C’est le point de vue qui est adopté, nous semble-t-il, par notre collègue la juge Abella.

[75] À l’encontre de la deuxième, on peut affirmer que, si le législateur avait voulu conférer au tribunal le pouvoir de soustraire à la confiscation une partie seulement du droit sur les biens

after the operation of s. 19(3), it would have said so expressly. This is particularly so since the general rule, set out in s. 16(1), is that offence-related property is forfeited in its entirety, posing the question: What is the distinctive feature of real property, as compared with personal property, that makes it necessary to provide for partial forfeiture of the remaining interest, in addition to the general power to relieve against forfeiture in s. 19.1(3) and (4)?

[76] Also weighing against partial forfeiture is the complexity added by an inquiry into what portion of the remaining interest in the real property is at issue. If partial forfeiture were accepted, the forfeiture inquiry, for practical purposes, would involve two steps: (1) determining whether, on the factors indicated, relief against forfeiture should be granted; and (2) determining the percentage of the remaining interest in the real property that should be forfeited.

[77] At the decision-making stage, the second inquiry is difficult since there are no ready means to translate the s. 19.1(3) factors into percentages of the remaining interest. Moreover, doing so inevitably risks conflating sentence considerations with forfeiture, contrary to *Abella J.*'s conclusion (with which we agree) that forfeiture and the primary sentence are separate determinations.

[78] This increased complexity is again apparent at the procedural stage. In some cases, the real property that is subject to forfeiture will already have been severed from other interests in that property: see s. 19(3). However, imposing a second and unpredictable calculation based on a weighing of the factors listed in s. 19.1(3), while arguably feasible, would add to the complexity of already complex proceedings. It seems reasonable to assume that Parliament intended the forfeiture procedure to be as simple as justice permits. One would thus expect clear words, had it been Parliament's intent to encumber the process by conferring a broad

immeubles qui subsiste après l'application du par. 19(3), il l'aurait fait en termes explicites. Surtout que, suivant la règle générale énoncée au par. 16(1), les biens infractionnels sont confisqués en totalité, ce qui soulève une question : Quel est le trait distinctif des biens immeubles, par rapport aux biens meubles, qui oblige à permettre la confiscation partielle du droit subsistant, en plus du pouvoir général de ne pas ordonner la confiscation conféré aux par. 19.1(3) et (4)?

[76] Un autre facteur qui milite contre la confiscation partielle est la complexité accrue que suscite la détermination de la fraction en cause du droit subsistant sur les biens immeubles. Si le recours à la confiscation partielle était accepté, la décision sur la confiscation comporterait dans la pratique deux étapes : (1) déterminer si, au regard des facteurs prescrits, il convient de ne pas ordonner la confiscation ou d'en atténuer la portée; (2) déterminer quel pourcentage du droit subsistant sur les biens immeubles devrait être confisqué.

[77] Au stade de la décision, la deuxième étape pose des difficultés vu l'absence de moyen tout fait permettant de traduire les facteurs énoncés au par. 19.1(3) en pourcentages du droit subsistant. De plus, l'application de cette étape risquerait inévitablement d'amalgamer la confiscation avec des considérations relatives à la peine, ce qui serait contraire à la conclusion de la juge *Abella* (à laquelle nous souscrivons) suivant laquelle les décisions relatives à la confiscation et la peine principale sont indépendantes l'une de l'autre.

[78] Cette complexité accrue ressort également au stade de la procédure. En effet, dans certains cas le bien immeuble confisqué aura déjà été détaché d'autres droits sur les mêmes biens : voir le par. 19(3). Or, imposer un second calcul, imprévisible, en fonction des facteurs énumérés au par. 19.1(3) — bien qu'un tel calcul soit sans doute faisable — ne ferait qu'accroître davantage la complexité de procédures déjà complexes. Il paraît raisonnable de présumer que le législateur entendait que la procédure de confiscation soit aussi simple que la justice le permet. Il y a donc lieu de croire que, s'il avait voulu alourdir le processus en conférant au tribunal

discretion on a judge, to consider what proportion of the remaining interest in the real property would be disproportionate to order forfeiture under s. 19.1(3).

[79] In our view, if Parliament had intended to grant not only the power to relieve against forfeiture of real property, but to determine what proportion of the property should be exempted, it would have said so in clearer language. The phrase “or part of the property” is more convincingly read as a reflection of the language in s. 19(3), to which the determination under s. 19.1(3) is “[s]ubject”. That is, “any property or any part of any property that would otherwise be forfeited” may already have been restored to non-complicit third parties under s. 19(3), with the result that only the “part” of the property still remaining is subject to the disproportionality analysis under s. 19.1(3).

[80] This reading is further strengthened by reference to s. 20, which provides a procedure for a person who claims an interest in forfeited property to have a judge declare “the nature and the extent or value of the[ir] interest”. The Minister can then be required to return “the property, or the part of it to which the interest of the applicant [the person holding the interest] relates” or to pay to the applicant (the person holding the interest) “an amount equal to the value of the[ir] interest . . . , as declared in the [judge’s] order”: s. 20(4) and (6). Both ss. 19(3) and 20(6) use the words “part of the property” or their equivalent to distinguish between the offender’s interest or the interests of complicit third parties in property and that of innocent third parties. Likewise, s. 19.1(3) should also be read to refer to the “part” of the property in which innocent third parties whose interests have been accounted for under s. 19(3) do not have an interest.

[81] Reading s. 19.1(3) to allow for partial forfeiture would be inconsistent with the broader objectives of the statutory scheme. In E. A. Driedger’s oft-quoted formulation, the words of a provision must be read “harmoniously with the scheme of

le pouvoir discrétionnaire de déterminer, en vertu du par. 19.1(3), de quelle proportion du droit subsistant sur le bien immeuble il serait démesuré d’ordonner la confiscation, il l’aurait dit en termes clairs.

[79] Si le législateur avait voulu conférer le pouvoir, non seulement de soustraire des biens immeubles à la confiscation, mais également de déterminer quelle proportion des biens devrait y être soustraite, à notre avis, il l’aurait exprimé plus clairement. L’interprétation la plus convaincante des mots « ou partie de biens immeubles » est celle suivant laquelle ils répondent à la formulation du par. 19(3), « [s]ous réserve » duquel est rendue la décision faisant l’objet du par. 19.1(3). C’est-à-dire que des biens « qui autrement seraient confisqués » peuvent avoir déjà été restitués « en tout ou en partie » à des tiers non complices en vertu du par. 19(3), si bien que seule la « partie » subsistante des biens est concernée par l’analyse de proportionnalité exigée par le par. 19.1(3).

[80] Cette interprétation est renforcée par l’art. 20. Celui-ci établit un mécanisme permettant à la personne qui prétend avoir un droit sur un bien confisqué de faire préciser par un juge « la nature et la portée ou la valeur de ce droit ». Cette personne peut ensuite demander au ministre la restitution « du bien ou de la partie du bien sur laquelle porte [son] droit » ou le paiement « d’une somme égale à la valeur de son droit déclarée dans l’ordonnance [du juge] » : par. 20(4) et (6). Tant au par. 19(3) qu’au par. 20(6), le législateur emploie les mots « partie du bien » ou une formulation équivalente pour faire la distinction entre les droits de l’auteur de l’infraction ou ceux de tiers complices sur le bien, et les droits de tiers innocents. De même, il y a lieu de conclure que la « partie » des biens immeubles dont il est question au par. 19.1(3) s’entend de la partie sur laquelle ne possèdent aucun droit les tiers innocents dont les droits ont été pris en compte en vertu du par. 19(3).

[81] Conclure que le par. 19.1(3) autorise la confiscation partielle ne cadrerait pas avec les grands objectifs du régime législatif. D’après la formule de E. A. Driedger souvent citée, il faut lire les termes d’une disposition d’une manière « qui s’harmonise

the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Bell ExpressVu*, at para. 26, citing *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. Forfeiture of offence-related property under the Act (as under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46) is generally mandatory and total. The intention of Parliament was to deprive offenders and other complicit individuals of the tools of the trade: see *R. v. Gisby*, 2000 ABCA 261, 148 C.C.C. (3d) 549, at paras. 20-21. This is distinct from the forfeiture of proceeds of crime, the purpose of which is to deprive an offender of ill-gotten gains: *R. v. Lavigne*, 2006 SCC 10, [2006] 1 S.C.R. 392, at paras. 9-10. Where forfeiture of the proceeds of crime is at issue, the focus is on the assets accumulated as a result of criminal activity. In the case of offence-related property, the focus is on the physical property itself and the criminal opportunity that continued possession of the property furnishes to the offender or to other complicit persons. Section 19.1(4), which supplements s. 19.1(3), similarly focuses on the use, rather than the commercial value of the offence-related real property.

[82] Importantly, no provision is made in the Act for a fine in lieu of forfeiture. This type of fining power was at issue in *Lavigne*, which involved the forfeiture of proceeds of crime under Part XII.2 of the *Criminal Code*. Instead, the sole focus of the Act is on the physical property, rather than its value. To accept that partial forfeiture is authorized by s. 19.1(3) would, in our view, effectively transform forfeiture of offence-related real property into a discretionary fine, with the value of the property set as its maximum.

[83] We therefore conclude that s. 19.1(3) provides a discretion to relieve against forfeiture of the interest in real property remaining after the interests of innocent third parties have been accounted for under s. 19(3) if the impact of forfeiture would be disproportionate having regard to the factors listed. It does not confer a further mandate to carve up real property in proportion to the relative weighing of the listed factors.

avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : *Bell ExpressVu*, par. 26, citant *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87. La confiscation des biens infractionnels en vertu de la loi (comme en vertu du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46) est d’une manière générale obligatoire et totale. L’intention du législateur était de priver les délinquants et leurs complices des outils servant à leurs activités : voir *R. c. Gisby*, 2000 ABCA 261, 148 C.C.C. (3d) 549, par. 20-21. En revanche, la confiscation de produits de la criminalité a pour objectif de priver le délinquant de gains mal acquis : *R. c. Lavigne*, 2006 CSC 10, [2006] 1 R.C.S. 392, par. 9-10. Lorsqu’il est question de confiscation de produits de la criminalité, l’accent est mis sur les biens accumulés grâce à l’activité criminelle. Dans le cas de biens infractionnels, il est plutôt mis sur les biens matériels eux-mêmes et sur les occasions criminelles que procurerait au délinquant ou à des complices le fait de pouvoir en conserver la possession. Le paragraphe 19.1(4), qui complète le par. 19.1(3), est lui aussi axé sur l’utilisation des biens immeubles infractionnels plutôt que sur leur valeur commerciale.

[82] Il importe de souligner que la loi ne permet pas de remplacer la confiscation par une amende. C’est ce type de pouvoir qui était en cause dans l’arrêt *Lavigne*, qui portait sur la confiscation de produits de la criminalité en vertu de la partie XII.2 du *Code criminel*. La loi, elle, s’attache uniquement aux biens eux-mêmes plutôt qu’à leur valeur. Conclure que la confiscation partielle est autorisée par le par. 19.1(3) reviendrait à notre avis à transformer dans les faits la confiscation de biens infractionnels immeubles en une amende discrétionnaire, dont le maximum correspondrait à la valeur de ces biens.

[83] Par conséquent, nous arrivons à la conclusion que le par. 19.1(3) donne au tribunal le pouvoir discrétionnaire de soustraire à la confiscation le droit sur le bien immeuble qui subsiste après la prise en compte des droits des tiers innocents prévue au par. 19(3), lorsque la confiscation de ce droit constituerait une sanction démesurée eu égard aux facteurs énumérés. Le paragraphe 19.1(3) ne prescrit pas en plus de morceler le bien immeuble en proportion du poids relatif des facteurs énumérés.

2. Application

[84] Pursuant to s. 19.1(3), the question is whether forfeiture of the property would be disproportionate to the nature and gravity of the offence, the circumstances surrounding the commission of the offence and the criminal record (if any) of the offender. The relevant facts are discussed by our colleague Abella J.

[85] First, with respect to the nature and gravity of the offence, this was a moderately sized grow operation which produced substantial profits for Ms. Craig over several years. Though production of marihuana is considered less serious than production of some other drugs, an offence of this nature often attracts a custodial sentence. Accordingly, the nature and gravity of the offence does not militate substantially against forfeiture.

[86] However, the circumstances surrounding the commission of the offence do weigh against forfeiture in this case. The property was not purchased for the purpose of establishing a grow operation. Ms. Craig had no links to organized crime. While this was a sustained criminal enterprise for which Ms. Craig must stand accountable, on balance, the circumstances surrounding the commission of the offence weigh against forfeiture.

[87] Finally, Ms. Craig had no criminal record.

[88] While this is a close case, we are satisfied that forfeiture would be disproportionate having regard to the factors in s. 19.1(3). In the result, like Abella J., we would allow the appeal and set aside the Court of Appeal's forfeiture order.

The following are the reasons delivered by

[89] **LEBEL J.** — I have read the reasons of my colleagues. I agree with Justice Fish that a sentencing judge may take a punitive order of forfeiture

2. Application

[84] Aux termes du par. 19.1(3), il faut se demander si la confiscation du bien serait démesurée par rapport à la nature et à la gravité de l'infraction, aux circonstances de sa perpétration et (s'il y a lieu) au casier judiciaire de l'auteur de l'infraction. Les faits pertinents sont analysés par notre collègue, la juge Abella.

[85] En ce qui concerne tout d'abord la nature et la gravité de l'infraction, il s'agissait en l'espèce d'une installation de culture de la marihuana de taille moyenne, qui avait procuré à M^{me} Craig des gains substantiels pendant plusieurs années. Bien que la production de marihuana soit considérée comme moins grave que la production d'autres drogues, une infraction de cette nature entraîne souvent une peine d'emprisonnement. En conséquence, la nature et la gravité de l'infraction ne militent pas substantiellement contre la confiscation.

[86] Toutefois, les circonstances de la perpétration de l'infraction s'opposent à la confiscation dans la présente affaire. Le bien n'a pas été acquis dans le but d'y mettre sur pied une installation de culture de la marihuana. Madame Craig n'avait pas de liens avec le crime organisé. Bien qu'il s'agisse d'une activité criminelle prolongée dont M^{me} Craig doit répondre, tout bien considéré, les circonstances de la perpétration de l'infraction militent contre la confiscation.

[87] Enfin, M^{me} Craig ne possède pas de casier judiciaire.

[88] Bien que nous soyons en présence d'un cas limite, nous sommes convaincus que la confiscation serait démesurée eu égard aux facteurs énoncés au par. 19.1(3). En définitive, à l'instar de la juge Abella, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance de confiscation rendue par la Cour d'appel.

Version française des motifs rendus par

[89] **LE JUGE LEBEL** — J'ai lu les motifs exposés par mes collègues. À l'instar du juge Fish, je suis d'avis que le juge chargé de déterminer la peine

into consideration in crafting a fit and proportionate sentence. But I agree with Justice Abella that partial forfeiture may be ordered. In my opinion, such an order may sometimes be an appropriate component of a fit sentence. For these reasons, I would dispose of this appeal as Justice Abella proposes.

The following are the reasons delivered by

FISH J. (dissenting in part) —

I

[90] This appeal raises three questions concerning the forfeiture provisions of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“CDSA”), as they apply to real property.

[91] First, may courts order forfeiture *in part only* of real property entirely subject to forfeiture? Like the Chief Justice and Justice Rothstein, I would answer that question in the negative.

[92] Second, what factors must trial judges consider in exercising their statutory discretion to decline to order the forfeiture of real property? Parliament has answered this question in s. 19.1(3) of the *CDSA*, which provides that forfeiture must be ordered unless forfeiture “would be disproportionate to the nature and gravity of the offence, the circumstances surrounding the commission of the offence and the criminal record, if any, of the person charged with or convicted of the offence”. On this branch of the matter, I agree with Justice Abella.

[93] The third question is whether the decision to order forfeiture can be considered by the sentencing judge in crafting a fit sentence. Justice Abella says *no*; with respect, I say *yes*. More precisely, my colleague says *never* and I say *sometimes*. In my

peut, lorsqu’il conçoit une peine juste et proportionnée, prendre en considération l’ordonnance de confiscation. Cependant, tout comme la juge Abella j’estime que la confiscation partielle est une sanction qui peut être ordonnée. Je suis d’avis qu’une telle ordonnance peut parfois constituer un élément approprié d’une juste peine. Pour ces motifs, je trancherais le présent pourvoi de la manière que propose la juge Abella.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH (dissident en partie) —

I

[90] Le présent pourvoi soulève trois questions concernant l’application aux biens immeubles des dispositions relatives à la confiscation de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (« *LRCDas* »).

[91] Premièrement, les tribunaux peuvent-ils ordonner la confiscation *d’une partie seulement* d’un bien immeuble par ailleurs confiscable en entier? À l’instar de la Juge en chef et du juge Rothstein, je répondrais à cette question par la négative.

[92] Deuxièmement, quels facteurs les juges de première instance doivent-ils prendre en considération lorsqu’ils exercent le pouvoir discrétionnaire que leur confère la loi et refusent d’ordonner la confiscation d’un bien immeuble? Le législateur a répondu à cette question au par. 19.1(3) de la *LRCDas*, lequel précise que le tribunal est tenu d’ordonner la confiscation, sauf lorsqu’elle « serait démesurée par rapport à la nature et à la gravité de l’infraction, aux circonstances de sa perpétration et, s’il y a lieu, au casier judiciaire de la personne accusée ou reconnue coupable de l’infraction ». Sur cet aspect, je suis d’accord avec la juge Abella.

[93] Troisièmement, est-ce que le juge chargé de déterminer la peine peut prendre en considération l’ordonnance de confiscation dans l’établissement de la peine? La juge Abella répond *non*; avec égards pour l’opinion de ma collègue, je réponds *oui*. Cette

view, forfeiture may be taken into account by the sentencing judge where the order of forfeiture constitutes punishment of the offender for having committed the offence. Conceptually, forfeiture may well have other purposes. But it is unmistakably punitive in effect where the property forfeited was acquired by the offender legally and honestly — for example, by gift, inheritance or with funds lawfully earned or obtained. In these circumstances, forfeiture is a relevant consideration in determining the appropriate sentence, since it is the *global punishment* that must fit the crime.

[94] Proportionality has long been universally regarded as a moral principle of punishment. It has now been enshrined by Parliament, in s. 718.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, as the fundamental principle of sentencing. A sentence that is disproportionately severe only in light of the forfeiture order by which it is accompanied *as a penal consequence of the same conviction* is nonetheless disproportionately severe. Parliament cannot have intended the forfeiture provisions of the *CDSA* to be construed and applied in a manner that will inevitably, in some cases at least, produce that result.

II

[95] I recognize, of course, that forfeiture under the *CDSA* will not in all cases amount to punishment of the offender. But it bears that hallmark where, upon convicting an offender, the court orders forfeiture of property that belongs to the offender and was legally and honestly obtained. Indeed, the purpose of the order of forfeiture has been held in such cases to be justified by three principal purposes *of sentencing*: to deter future crime, to denounce the offence and the offender, and to prevent further criminality. See, for example, *R. v. Gisby*, 2000 ABCA 261, 148 C.C.C. (3d) 549, at paras. 19-20, where the statutory antecedent of the forfeiture scheme that concerns us here was characterized by the court as punitive, serving

dernière précise *jamais*, pour ma part je dis *parfois*. À mon avis, le juge peut prendre en considération la confiscation lorsque l'ordonnance de confiscation constitue une mesure punitive infligée au délinquant. Sur le plan conceptuel, la confiscation peut fort bien viser d'autres objectifs. Mais elle a sans conteste un effet punitif lorsque le bien confisqué avait été acquis de manière licite et honnête par l'auteur de l'infraction — par exemple par donation, par héritage ou avec de l'argent gagné ou obtenu de manière licite. Dans un tel cas, la confiscation peut être prise en considération dans la détermination de la peine appropriée, puisque c'est la *sanction globale* qui doit être proportionnelle au crime.

[94] Depuis longtemps la proportionnalité est universellement considérée comme un principe d'ordre moral en matière de sanction. Le législateur en a fait le principe fondamental de la détermination des peines à l'art. 718.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Une peine qui est disproportionnée sévère à la lumière seulement de l'ordonnance de confiscation dont elle est assortie *en tant que conséquence pénale de la même déclaration de culpabilité* n'en reste pas moins disproportionnée sévère. Le législateur ne peut pas avoir voulu que les dispositions de la *LRCDS* soient interprétées et appliquées d'une manière qui, dans certains cas du moins, produira inévitablement ce résultat.

II

[95] Je reconnais, il va de soi, qu'une ordonnance de confiscation prononcée en vertu de la *LRCDS* n'équivaut pas dans tous les cas à une mesure punitive infligée au délinquant. Mais elle en constitue une lorsque, en prononçant la culpabilité de celui-ci, le tribunal ordonne la confiscation de biens qui lui appartiennent et qui ont été obtenus de manière licite et honnête. De fait, il a été jugé dans de tels cas que l'objectif de l'ordonnance de confiscation est justifié par trois grands objectifs *de la détermination de la peine* : la dissuasion à l'égard de crimes futurs, la dénonciation de l'infraction et de son auteur et la prévention de la criminalité. Voir, par exemple, *R. c. Gisby*, 2000 ABCA 261, 148 C.C.C. (3d) 549, par. 19-20, où le

the ends of denunciation, deterrence, and prevention.

[96] Our concern here is with the forfeiture of property that an offender honestly and legally acquired *before* engaging in criminal activity, *independently of* criminal activity, and *not in contemplation of* future criminal conduct. It is only in relation to this kind of property — property whose acquisition is untainted by crime — that forfeiture is properly characterized as punishment.

[97] As Justice Abella properly notes, forfeiture may be ordered under the *CDSA* on various grounds which do not amount to punishment of the convicted offender. For example, in cases where the property does not belong to the convicted person, its forfeiture cannot properly be regarded as a punishment of the offender for having committed the offence for which he or she is to be sentenced.

[98] My reasons relate throughout only to forfeiture that constitutes punishment of the person being sentenced, as it does here.

III

[99] Sentences must not only be proportionate to the seriousness of the offence and the culpability of the offender, but must respect as well the other principles and purposes of sentencing set out in the *Criminal Code*. Appropriate weight must also be given to particular purposes established by Parliament in the governing statute — notably, in this case, the purposes set out in s. 10 of the *CDSA*.

[100] Nothing in this mandatory framework requires sentencing judges to disregard a punitive order of forfeiture in fashioning fit and individually tailored sentences. As I have already mentioned,

tribunal a considéré que le régime de confiscation antérieur à celui qui nous intéresse en l'espèce avait un caractère punitif et répondait aux objectifs de dénonciation, de dissuasion et de prévention.

[96] Le présent pourvoi porte sur la confiscation d'un bien que le délinquant a acquis de manière honnête et licite *avant* d'entreprendre une activité criminelle, *indépendamment* d'une activité criminelle et *non en vue* d'une activité criminelle future. C'est uniquement à l'égard de ce type de bien — un bien dont l'acquisition n'est aucunement associée à un crime — que la confiscation peut véritablement être qualifiée de mesure punitive.

[97] Comme le signale à juste titre la juge Abella, la confiscation peut être ordonnée en vertu de la *LRCDAS* pour divers motifs qui ne constituent pas une mesure punitive infligée au délinquant déclaré coupable par le tribunal. Par exemple, lorsque le bien n'appartient pas au délinquant, la confiscation ne saurait raisonnablement être considérée comme une mesure punitive infligée à cette personne pour avoir commis l'infraction à l'égard de laquelle elle est condamnée.

[98] Tout au long de mes motifs, il sera uniquement question des mesures de confiscation constituant une mesure punitive infligée à la personne dont le tribunal détermine la peine, comme c'est le cas en l'espèce.

III

[99] La peine doit non seulement être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de culpabilité du délinquant, mais elle doit également être conforme aux autres principes et objectifs énoncés dans le *Code criminel* en matière de détermination de la peine. Il faut en outre donner le poids voulu aux objectifs spécifiques établis par le législateur dans le texte en cause — particulièrement, en l'espèce, les objectifs énoncés à l'art. 10 de la *LRCDAS*.

[100] Rien dans ce cadre impératif n'oblige le juge qui détermine la peine à faire abstraction d'une ordonnance de confiscation à caractère punitif lorsqu'il établit une peine juste et individualisée.

a sentence that appears disproportionately severe only in the light of the accompanying order of forfeiture is nonetheless disproportionately severe. In sentencing, as in any other context, light is meant to illuminate — and not to obscure — the true nature of the matter subject to examination. And the matter that concerns us here is the punishment to which an offender is subjected upon conviction of a criminal offence. A punitive order of forfeiture is no less a criminal sanction than the accompanying sentence for the same offence. Together, they form a single composite punishment for having committed a single crime, or series of crimes.

[101] In determining whether forfeiture should be ordered under the *CDSA*, courts enjoy a more limited discretion than in crafting an appropriate sentence. This hardly means that a punitive order of forfeiture should be disregarded in imposing sentence. The contrary seems to me to be true. The impact of an unavoidable forfeiture order is a circumstance relevant to sentence precisely because it is a criminal sanction that the sentencing court felt itself *bound to impose*. The absence of broader discretion in this regard is surely no reason to exercise discretion more narrowly in respect of sentence.

[102] To blindly disregard the impact of one element of the global punishment provided by law, *forfeiture*, in considering the other, *sentence*, will otherwise often result in a global punishment that is qualitatively excessive, poorly calibrated to serve the purposes of sentencing, or otherwise unfit.

[103] In my view, we should reject an interpretation of the *CDSA* that invites an undesirable result of this sort. Nothing in the *CDSA* requires

Comme je l'ai signalé plus tôt, une peine qui ne semble disproportionnément sévère qu'à la lumière seulement de l'ordonnance de confiscation dont elle est assortie n'en demeure pas moins disproportionnée. En matière de détermination de la peine, comme dans tout autre contexte d'ailleurs, la lumière a pour fonction d'éclairer — et non d'obscurcir — la nature véritable de la question examinée. Or la question dont nous sommes saisis en l'espèce concerne la sanction qui est infligée à une personne déclarée coupable d'une infraction criminelle. Une ordonnance de confiscation à caractère punitif constitue tout autant une sanction criminelle que la peine qui l'accompagne à l'égard de la même infraction. Ensemble, elles forment une seule et même sanction pénale composite, infligée à l'auteur d'un crime ou d'une série de crimes.

[101] Le tribunal qui doit décider s'il y a lieu d'ordonner la confiscation en vertu de la *LRCDS* jouit d'un pouvoir discrétionnaire plus restreint que lorsqu'il détermine la peine appropriée. Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne doit pas tenir compte d'une ordonnance de confiscation à caractère punitif lorsqu'il prononce la peine. C'est le contraire qui me semble vrai. L'effet d'une inévitable ordonnance de confiscation est une circonstance pertinente en ce qui concerne la peine, justement parce qu'il s'agit d'une sanction criminelle que le tribunal chargé de déterminer la peine a estimé être lui-même *tenu de prononcer*. L'absence d'un pouvoir discrétionnaire plus large à ce chapitre n'est sûrement pas une raison pour exercer d'une façon plus étroite le pouvoir discrétionnaire conféré à l'égard de la peine.

[102] Le fait de refuser aveuglément de tenir compte de l'effet d'un élément de la sanction globale prévue par la loi, la *confiscation*, lorsqu'on se penche sur l'autre, la *peine*, se traduira par ailleurs souvent par une sanction globale excessive sur le plan qualitatif, mal adaptée aux objectifs du prononcé des peines ou inappropriée pour une autre raison.

[103] Selon moi, nous devons rejeter une interprétation de la *LRCDS* qui rend possible ce genre de résultat non souhaitable. La *LRCDS* n'a pas pour

the courts to depart from the fundamental principle of proportionality in imposing sentences under the Act. Nothing in the *CDSA* suggests that this was Parliament's intention. Parliament could easily have provided that forfeiture must always be imposed in addition to the sentence that would have been appropriate in its absence. And Parliament has chosen not to do so.

[104] In concluding that forfeiture is not subject to the proportionality analysis at sentencing, Justice Abella notes (at para. 44) that the forfeiture provisions in issue are found in Part II of the *CDSA*, titled "Enforcement", rather than Part I, titled "Offences and Punishment". In my view, the location of the forfeiture provisions in the *CDSA* does not support my colleague's conclusion. A punitive order of forfeiture remains punitive, however the statute is arranged. Moreover, as already explained, forfeiture can properly be characterized as a punishment upon conviction only in a limited subset of circumstances. It would thus seem incongruous to include the entire forfeiture regime under the rubric "Offences and Punishment". "Enforcement" seems the more appropriate home for a mechanism of enforcement like forfeiture, which can be punitive or not, depending on the circumstances. The structure of the Act is therefore fully consistent with the notion that some forfeitures are punitive, and therefore merit consideration as a relevant factor at the sentencing stage of the proceedings, while others do not.

[105] In reaching an opposite conclusion, Justice Abella relies as well on the restricted scope of the proportionality assessment that governs the discretion to refuse forfeiture of real property under s. 19.1(3). Her reasons note, correctly, that the proportionality test under s. 19.1(3) does not permit consideration of the personal circumstances of the offender, which must of course be considered by the sentencing judge. Again here, the exclusion at the

effet d'obliger les tribunaux à déroger au principe fondamental de la proportionnalité lorsqu'ils infligent des peines en vertu de ce texte législatif. Rien dans la *LRCDas* ne tend à indiquer que telle était l'intention du législateur. Il aurait aisément pu indiquer que la confiscation doit toujours être infligée en plus de la peine qui aurait été appropriée sans elle. Or il a choisi de ne pas le faire.

[104] En arrivant à la conclusion que la confiscation n'est pas visée par l'analyse de proportionnalité régissant le prononcé de la peine, la juge Abella souligne (au par. 44) que les dispositions sur la confiscation figurent dans la partie II de la *LRCDas*, intitulée « Exécution et mesures de contrainte », plutôt que dans la partie I, intitulée « Infractions et peines ». À mon avis, l'emplacement des dispositions sur la confiscation dans la *LRCDas* n'étaye pas la conclusion de ma collègue. Une ordonnance de confiscation punitive conserve son caractère punitif peu importe la structure du texte législatif. En outre, comme je l'ai expliqué précédemment, la confiscation ne peut vraiment être considérée comme une mesure punitive infligée à la suite d'une déclaration de culpabilité que dans des circonstances bien précises. Il semblerait donc illogique d'inclure la totalité du régime de confiscation sous la rubrique « Infractions et peines ». La partie intitulée « Exécution et mesures de contrainte » semble mieux convenir pour un mécanisme d'exécution et de contrainte comme la confiscation, laquelle peut, selon les circonstances, posséder ou non un caractère punitif. La structure de la loi s'accorde donc tout à fait avec l'idée que certaines mesures de confiscation ont un caractère punitif et, partant, doivent être prises en considération en tant que facteur pertinent à l'étape du prononcé de la peine, alors que d'autres ne doivent pas l'être.

[105] La juge Abella, qui arrive à la conclusion opposée, se fonde également sur la portée limitée de l'analyse de la proportionnalité qui régit le pouvoir discrétionnaire de refuser la confiscation de biens immeubles en vertu du par. 19.1(3). Elle souligne avec raison dans ses motifs que le critère de proportionnalité établi dans cette disposition ne permet pas la prise en compte de la situation personnelle de l'auteur de l'infraction, facteur qui doit

forfeiture stage of an important consideration is an argument *in favor of* taking forfeiture into account in imposing a sentence that is fit and appropriate in the circumstances — including circumstances that could not be considered in deciding whether or not to order forfeiture.

[106] In summary, then, I believe that an appropriate sentence is a fit sentence that takes into account all of the relevant circumstances. A punitive order of forfeiture is surely a relevant circumstance where it is imposed on the offender as a consequence of the offender's conviction. Disregarding forfeiture in crafting an appropriate sentence, moreover, will in at least some cases result in a disproportionately harsh punishment.

[107] It hardly follows that taking into account a punitive order of forfeiture will necessarily, or even generally, reduce the sentence of imprisonment that would otherwise be appropriate. This may well occur where the circumstances considered as a whole, including forfeiture, militate in favour of a reduced period of incarceration.

IV

[108] For Justice Abella, considering forfeiture at sentencing may enable some offenders “to avoid jail time or receive lesser terms of imprisonment simply because they have more property” (para. 37). In my respectful view, this concern does not justify the disproportionately severe sentences that will inevitably occur, in some cases at least, if sentencing judges are required to entirely disregard punitive orders of forfeiture.

[109] First, as I have already mentioned, taking forfeiture into account need not lead to a “credit”

évidemment être pris en considération par le juge déterminant la peine. Là encore, l'exclusion d'une considération importante à l'étape de la confiscation est un argument qui milite *en faveur de* la prise en considération de la confiscation dans la détermination d'une peine juste et appropriée eu égard aux circonstances — y compris les circonstances que le tribunal ne peut pas prendre en compte lorsqu'il décide s'il y a lieu ou non d'ordonner la confiscation.

[106] En résumé, donc, je crois qu'une peine appropriée est une peine juste qui prend en considération toutes les circonstances pertinentes. Or, une ordonnance de confiscation à caractère punitif constitue certainement une circonstance pertinente lorsqu'elle est infligée à un délinquant à titre de conséquence de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui. En outre, l'absence de prise en compte de la confiscation dans l'établissement de la peine appropriée entraînera, du moins dans certains cas, une peine disproportionnée sévère.

[107] Il ne s'ensuit pas pour autant que la prise en compte d'une ordonnance de confiscation à caractère punitif se traduira nécessairement, ou même généralement, par une réduction de la période d'emprisonnement qui serait par ailleurs appropriée. Cela pourrait très bien se produire dans les cas où, considérées dans leur ensemble, les circonstances — y compris la confiscation — militent en faveur d'une période d'incarcération réduite.

IV

[108] La juge Abella craint, si la confiscation est prise en considération dans la détermination de la peine, qu'un délinquant puisse « éviter la prison ou obtenir une peine d'emprisonnement moins longue du seul fait qu'il possède des biens » (par. 37). À mon avis, cette crainte ne saurait justifier les peines démesurément sévères qui seront inévitablement infligées, à tout le moins dans certains cas, s'il est absolument interdit au juge de tenir compte des ordonnances de confiscation à caractère punitif dans la détermination de la peine.

[109] Premièrement, comme je l'ai déjà signalé, la prise en considération de la confiscation ne doit pas

to be applied to the custodial term that would otherwise be required. Forfeiture is simply a relevant circumstance that sentencing judges must take into consideration. Moreover, where a particularly punitive order of forfeiture mandates a reduced period of imprisonment, the offender can hardly be said “to avoid jail time . . . because [the offender has] more property”. Rather, the custodial element of the sentence is attenuated because, as a penal consequence of the same conviction, *the state has elected to deprive the offender of property legally and honestly acquired in a manner unrelated to the offence.*

[110] Forfeiture under the *CDSA* is, in these circumstances, a punitive sanction imposed by the court at the request of the Crown — and not an offering by the offender to “purchase” leniency. Nor would I describe it as “trading property for jail time” (reasons of Abella J., at para. 3).

[111] Second, Justice Abella’s approach rests in large measure on a principle that has little support in our law — the notion that it is inequitable to reduce jail sentences where other penal sanctions, such as punitive forfeiture, have been or can be imposed instead. The *Criminal Code* explicitly provides, at s. 718.2(d), that “an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances”. It is consistent with and not contrary to this mandatory principle of sentencing that jail time should be avoided or reduced where another punishment — including an onerous economic penalty such as forfeiture — will suffice and already has, or inevitably will be, imposed as a result of the same conviction.

[112] Third, I agree with my colleague that “the deprivation of an individual’s liberty is qualitatively

obligatoirement se traduire par l’application d’un « crédit » à la période de détention qui serait autrement requise. La confiscation constitue simplement une circonstance pertinente devant être prise en considération par le juge qui détermine la peine. Qui plus est, lorsqu’une ordonnance de confiscation particulièrement punitive commande une période d’emprisonnement réduite, on ne peut pas vraiment dire que le délinquant « évit[e] la prison [. . .] du seul fait qu’il possède des biens ». C’est plutôt que le volet « détention » de la peine est atténué parce que, en tant que conséquence pénale de la même déclaration de culpabilité, *l’État a choisi de priver le délinquant d’un bien qui a été acquis de manière licite et honnête, et sans lien avec l’infraction.*

[110] Dans de telles circonstances, la confiscation ordonnée en vertu de la *LRCDA*s est une sanction punitive infligée par le tribunal à la demande du ministère public — et non une solution proposée par le délinquant en vue d’« acheter » la clémence. Je ne la décrirais pas non plus comme « la possibilité d’éviter l’incarcération en échange de biens » (motifs de la juge Abella, par. 3).

[111] Deuxièmement, l’approche adoptée par la juge Abella repose dans une large mesure sur un principe qui trouve peu d’appui dans notre droit — l’idée selon laquelle il est inequitable de réduire une période d’emprisonnement lorsque d’autres sanctions pénales, par exemple une confiscation à caractère punitif, ont été ou peuvent être infligées à la place. Le *Code criminel* précise en termes explicites, à l’al. 718.2d), que le tribunal a « l’obligation, avant d’envisager la privation de liberté, d’examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient ». Il est conforme, et non contraire, à ce principe impératif de détermination de la peine, que le tribunal soit tenu d’éviter d’infliger une peine de prison ou de la réduire lorsqu’une autre sanction — y compris une sanction pécuniaire lourde comme la confiscation — sera suffisante et a déjà été infligée, ou le sera inévitablement, par suite de la même déclaration de culpabilité.

[112] Troisièmement, je suis d’accord avec ma collègue pour dire que « la privation de liberté

different from other sanctions” (para. 37). But this hardly precludes a *reduced* deprivation of liberty in cases where the offender is subjected to an onerous and effective economic punishment. On the contrary, where an equally onerous and effective punishment will amply satisfy the deterrent and denunciatory purposes of a sentence, a reduced sentence of imprisonment in combination with forfeiture is clearly preferable from the perspective of society’s preoccupation with liberty.

[113] Fourth, I cannot agree that considering forfeiture in imposing sentence “offends our bedrock notions of fitness in sentencing” (para. 35). On the contrary, giving due consideration to forfeiture *protects* the principle of fitness in sentencing by ensuring that, globally considered, the punishment visited upon offenders adequately reflects the gravity of their crimes, the degree of their responsibility in the commission of those crimes and other relevant principles of sentencing. An alternative approach that in every case mechanically adds the punitive effect of forfeiture to an otherwise fit sentence may well occasion unduly harsh global punishment — which, in my respectful view, is far more troublesome.

[114] A final word, in this context, concerning partial forfeiture.

[115] The principal attraction of partial forfeiture is that it adds a punishment option of which trial judges should not be lightly deprived. The question is whether Parliament has made that option available as part of the statutory scheme governing forfeiture under the *CSDA*. On a contextual and purposive interpretation of the Act, I would answer that question in the negative.

[116] Where a judge concludes that forfeiture is disproportionate, partial forfeiture will not serve

diffère qualitativement des autres sanctions » (par. 37). Mais cela n’exclut certes pas une privation *réduite* de liberté lorsque l’auteur de l’infraction se voit par ailleurs infliger une sanction pécuniaire lourde et efficace. Au contraire, lorsqu’une sanction tout aussi lourde et efficace répond amplement aux objectifs de dénonciation et de dissuasion de la détermination de la peine, une peine d’emprisonnement réduite conjuguée à une confiscation est sans aucun doute préférable du point de vue du souci de la société en matière de protection de la liberté.

[113] Quatrièmement, je ne partage pas le point de vue de ma collègue suivant lequel la prise en considération de la confiscation dans la détermination de la peine « va aussi totalement à l’encontre de nos principes fondamentaux en ce qui concerne la justesse de la peine » (par. 35). Au contraire, le fait de prendre dûment en considération la confiscation *protège* le principe de la justesse de la peine, en garantissant que, considérées globalement, les sanctions infligées aux délinquants correspondent adéquatement à la gravité de leurs crimes, au degré de leur responsabilité dans la perpétration de ces crimes et aux autres principes applicables à la détermination de la peine. Une autre approche — qui consisterait dans chaque cas à ajouter mécaniquement à une peine par ailleurs juste l’effet punitif de la confiscation — risque fort de se traduire par une sanction globale exagérément sévère, résultat qui, à mon humble avis, est bien plus troublant.

[114] Un dernier mot, dans ce contexte, au sujet de la confiscation partielle.

[115] L’attrait principal de la confiscation partielle est qu’elle offre, au chapitre de la sanction, une possibilité supplémentaire dont les juges de première instance ne devraient pas être privés à la légère. Il s’agit de déterminer si le législateur a prévu cette possibilité dans le cadre des dispositions de la *LRCDA*s qui régissent la confiscation. Au terme d’une interprétation contextuelle et téléologique de la loi, je répondrais à cette question par la négative.

[116] Lorsqu’un juge arrive à la conclusion que la confiscation est démesurée, la confiscation

Parliament's purpose in creating an exception for real property. I say that because partial forfeiture will frequently, as a practical matter, deprive persons against whom the order is made of the use and enjoyment of that property. This is precisely what the proportionality requirement is intended to prevent. Where partial forfeiture leads to the forced sale of a person's home — even if honestly and legally acquired — that person is deprived of the home, as in full forfeiture, and is left instead with a discretionary percentage of the price realized upon its sale. In the absence of a forced sale, partial forfeiture would impose an inherently litigious partnership on the Crown and the offender as unwilling co-owners — a result Parliament can hardly have intended.

[117] Moreover, an order of partial forfeiture supposes that full forfeiture would be disproportionate according to the criteria established for that purpose by Parliament. Where forfeiture is shown to be disproportionate, I think it more consistent with Parliament's intention to decline to order forfeiture altogether than to order partial forfeiture as a "lesser punishment". The judicial discretion inherent in the sentencing process is a more appropriate mechanism to ensure a fit global punishment.

V

[118] The appellant urges us to quash the Court of Appeal's order of forfeiture and to order "some form of fine" in its place.

[119] In the circumstances of this case, the trial judge did not err in declining to order forfeiture under s. 19.1(3). She was entitled to impose a fine of \$100,000, as she did. In the absence of a reviewable error by the trial judge, the Court of Appeal should not have intervened and substituted an order

partielle ne répond pas à l'objectif que poursuivait le législateur en instituant une exception à l'égard des biens immeubles. Je dis cela parce que, dans la pratique, une ordonnance de confiscation partielle privera fréquemment les personnes visées de l'usage et de la jouissance de tels biens. Or, c'est justement ce résultat que l'exigence de la proportionnalité a pour but de prévenir. Dans les cas où la confiscation partielle oblige à vendre la maison d'une personne — même si la maison en question a été acquise de manière licite et honnête —, cette personne est alors privée de sa maison, tout comme s'il y avait eu confiscation totale, et se retrouve à la place avec un pourcentage discrétionnaire du prix obtenu par suite de la vente. Par ailleurs, même en l'absence de vente, la confiscation partielle aurait pour effet d'imposer à l'État et au délinquant une association intrinsèquement tumultueuse en tant que co-proprétaires forcés — résultat que ne souhaitait sans doute pas le législateur.

[117] En outre, une ordonnance de confiscation partielle suppose que la confiscation totale serait démesurée au regard des critères établis en cette matière par le législateur. Lorsque le caractère démesuré de la confiscation a été démontré, il me semble davantage conforme à l'intention du législateur de refuser complètement d'ordonner la confiscation plutôt que d'ordonner la confiscation partielle en tant que « sanction moins sévère ». Le pouvoir discrétionnaire inhérent à la détermination de la peine constitue un mécanisme plus approprié pour garantir la justesse de la sanction globale.

V

[118] L'appelante nous demande de casser l'ordonnance de confiscation rendue par la Cour d'appel et de prononcer [TRADUCTION] « une forme quelconque d'amende » à la place.

[119] Dans les circonstances de la présente affaire, la juge de première instance n'a pas commis d'erreur en refusant d'ordonner la confiscation prévue au par. 19.1(3). Elle avait le droit d'infliger, comme elle l'a fait, une amende de 100 000 \$. Vu l'absence d'erreur donnant ouverture à révision de la part

of forfeiture. That order of forfeiture should therefore be set aside.

[120] Justice Abella would quash the order of forfeiture imposed by the Court of Appeal without restoring the fine imposed by the trial judge — or replacing it with any fine at all. The appellant would thus emerge with neither forfeiture nor a fine, an outcome that gives her more than even she has asked.

[121] The fine imposed by the trial judge was approximately equal in amount to the equity remaining in Ms. Craig's home after satisfaction of a lien in favour of the Canada Revenue Agency. The lien was security for taxes, interest, and penalties arising from Ms. Craig's failure to report her illegal marijuana income over several years.

[122] At trial, the Crown sought forfeiture *subject to the tax lien*, effectively conceding that much of the equity in the home would not in fact be forfeited, but would instead be used to cover Ms. Craig's tax obligations. These tax debts were the direct result of Ms. Craig's failure to declare the income she had derived from her criminal activities. Subjecting forfeiture to the lien of the revenue authorities would have allowed her to discharge the tax indebtedness arising from her criminal activities out of her interest in a property subject to forfeiture as a result of those very same crimes. As a matter of principle, Ms. Craig should not be permitted to do so.

[123] In virtue of s. 734(1)(a) of the *Criminal Code*, which applies to sentences under the *CDSA*, judges are authorized to impose a fine "in addition to or in lieu of any other sanction that the court is authorized to impose". At the forfeiture stage of the proceedings, the judge was bound to impose forfeiture unless she was satisfied that its impact would

de la juge de première instance, la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir et substituer à l'amende une ordonnance de confiscation. Cette ordonnance devrait par conséquent être annulée.

[120] La juge Abella est d'avis d'annuler l'ordonnance de confiscation prononcée par la Cour d'appel sans rétablir l'amende infligée par la juge de première instance — ni la remplacer par quelque amende que ce soit. L'appelante échapperait de ce fait à la fois à la confiscation et à l'amende, et se trouverait ainsi à obtenir davantage que ce qu'elle a elle-même demandé.

[121] L'amende infligée par la juge de première instance correspondait approximativement au solde de la valeur nette réelle de la maison de M^{me} Craig après le règlement du privilège détenu par l'Agence du revenu du Canada. Ce privilège garantissait le paiement des impôts, intérêts et pénalités dus par M^{me} Craig pour ne pas avoir déclaré les revenus illicites tirés de la production de marijuana pendant plusieurs années.

[122] Lors du procès, le ministère public a demandé la confiscation *sous réserve du privilège détenu par le fisc*, reconnaissant effectivement qu'une bonne partie de la valeur nette réelle de sa maison ne serait dans les faits pas confisquée, mais servirait plutôt au paiement des dettes fiscales de M^{me} Craig. Ces dettes étaient la conséquence directe de l'omission par M^{me} Craig de déclarer les revenus tirés de ses activités criminelles. Assujettir la confiscation au privilège détenu par le fisc aurait permis à cette dernière de s'acquitter des dettes fiscales découlant de ses activités criminelles au moyen de son intérêt sur un bien susceptible de confiscation en raison des crimes en question. Pour des raisons de principe, M^{me} Craig ne devrait pas être autorisée à faire cela.

[123] L'alinéa 734(1)a) du *Code criminel*, qui s'applique aux peines prononcées en vertu de la *LRCDS*, autorise le tribunal à infliger une amende « en sus ou au lieu de toute autre peine qu'il peut infliger ». À l'étape de la confiscation, la juge du procès était tenue d'ordonner la confiscation à moins d'être convaincue que celle-ci serait

be disproportionate within the meaning of s. 19.1(3) of the *CDSA*. She was not entitled, however, to impose a fine where the law required her to order forfeiture instead. As mentioned earlier, however, I agree with Justice Abella that the judge committed no error in declining to order forfeiture.

[124] Finally, though the judge's reasons are not entirely clear in this regard, I understand her to have concluded, at the sentencing stage of the proceedings, that a fine and conditional sentence would best serve the ends of justice in this case. The appellant has failed to satisfy me that the trial judge, in imposing a fine of \$100,000, committed any reviewable error within the meaning of *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

[125] I would therefore allow the appeal, set aside the order of forfeiture made by the Court of Appeal and, pursuant to s. 45 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, affirm the sentence imposed at trial.

APPENDIX

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19

2. (1) In this Act,

. . . .

“designated substance offence” means

(a) an offence under Part I, except subsection 4(1), or

(b) a conspiracy or an attempt to commit, being an accessory after the fact in relation to, or any counselling in relation to, an offence referred to in paragraph (a);

. . . .

démessurée au sens du par. 19.1(3) de la *LRCDas*. Elle n'était cependant pas autorisée à infliger une amende alors que la loi l'obligeait plutôt à ordonner la confiscation. Mais, comme je l'ai signalé précédemment, je suis d'accord avec la juge Abella pour dire que la juge n'a pas commis d'erreur en refusant d'ordonner la confiscation.

[124] Enfin, quoique les motifs de la juge du procès ne soient pas parfaitement clairs à ce chapitre, je comprends qu'elle a conclu, à l'étape du prononcé de la peine, qu'une amende et une peine d'emprisonnement avec sursis serviraient le mieux les intérêts de la justice en l'espèce. L'appelante n'a pas réussi à me convaincre que, en infligeant une amende de 100 000 \$, la juge de première instance a commis une erreur donnant ouverture à révision visée par l'arrêt *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

[125] Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi, j'annulerais l'ordonnance de confiscation prononcée par la Cour d'appel et, conformément à l'art. 45 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, je confirmerais la peine prononcée à l'issue du procès.

ANNEXE

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19

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

. . . .

« bien infractionnel » Bien situé au Canada ou à l'extérieur du Canada, à l'exception des substances désignées, qui sert ou donne lieu à la perpétration d'une infraction désignée ou qui est utilisé de quelque manière dans la perpétration d'une telle infraction, ou encore qui est destiné à servir à une telle fin.

. . . .

« infraction désignée » Soit toute infraction prévue par la partie I, à l'exception du paragraphe 4(1), soit le complot ou la tentative de commettre une telle

“offence-related property” means, with the exception of a controlled substance, any property, within or outside Canada,

(a) by means of or in respect of which a designated substance offence is committed,

(b) that is used in any manner in connection with the commission of a designated substance offence, or

(c) that is intended for use for the purpose of committing a designated substance offence;

. . .

4. (1) Except as authorized under the regulations, no person shall possess a substance included in Schedule I, II or III.

(2) No person shall seek or obtain

(a) a substance included in Schedule I, II, III or IV, or

(b) an authorization to obtain a substance included in Schedule I, II, III or IV

from a practitioner, unless the person discloses to the practitioner particulars relating to the acquisition by the person of every substance in those Schedules, and of every authorization to obtain such substances, from any other practitioner within the preceding thirty days.

. . .

5. (1) No person shall traffic in a substance included in Schedule I, II, III or IV or in any substance represented or held out by that person to be such a substance.

(2) No person shall, for the purpose of trafficking, possess a substance included in Schedule I, II, III or IV.

. . .

6. (1) Except as authorized under the regulations, no person shall import into Canada or export from Canada a substance included in Schedule I, II, III, IV, V or VI.

(2) Except as authorized under the regulations, no person shall possess a substance included in Schedule I, II, III, IV, V or VI for the purpose of exporting it from Canada.

. . .

infraction, la complicité après le fait à son égard ou le fait de conseiller de la commettre.

. . .

4. (1) Sauf dans les cas autorisés aux termes des règlements, la possession de toute substance inscrite aux annexes I, II ou III est interdite.

(2) Il est interdit d’obtenir ou de chercher à obtenir d’un praticien une substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV ou une autorisation pour obtenir une telle substance, à moins que la personne en cause ne dévoile à ce dernier toute substance inscrite à l’une de ces annexes et toute autorisation pour obtenir une telle substance qui lui ont été délivrées par un autre praticien au cours des trente jours précédents.

. . .

5. (1) Il est interdit de faire le trafic de toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV ou de toute substance présentée ou tenue pour telle par le trafiquant.

(2) Il est interdit d’avoir en sa possession, en vue d’en faire le trafic, toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV.

. . .

6. (1) Sauf dans les cas autorisés aux termes des règlements, l’importation et l’exportation de toute substance inscrite à l’une ou l’autre des annexes I à VI sont interdites.

(2) Sauf dans les cas autorisés aux termes des règlements, il est interdit d’avoir en sa possession, en vue de son exportation, toute substance inscrite à l’une ou l’autre des annexes I à VI.

. . .

7. (1) Except as authorized under the regulations, no person shall produce a substance included in Schedule I, II, III or IV.

10. (1) Without restricting the generality of the *Criminal Code*, the fundamental purpose of any sentence for an offence under this Part is to contribute to the respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society while encouraging rehabilitation, and treatment in appropriate circumstances, of offenders and acknowledging the harm done to victims and to the community.

(2) If a person is convicted of a designated substance offence, the court imposing sentence on the person shall consider any relevant aggravating factors including that the person

(a) in relation to the commission of the offence,

(i) carried, used or threatened to use a weapon,

(ii) used or threatened to use violence,

(iii) trafficked in a substance included in Schedule I, II, III or IV or possessed such a substance for the purpose of trafficking, in or near a school, on or near school grounds or in or near any other public place usually frequented by persons under the age of eighteen years, or

(iv) trafficked in a substance included in Schedule I, II, III or IV, or possessed such a substance for the purpose of trafficking, to a person under the age of eighteen years;

(b) was previously convicted of a designated substance offence; or

(c) used the services of a person under the age of eighteen years to commit, or involved such a person in the commission of, a designated substance offence.

(3) If, under subsection (1), the court is satisfied of the existence of one or more of the aggravating factors enumerated in paragraphs (2)(a) to (c), but decides not to sentence the person to imprisonment, the court shall give reasons for that decision.

7. (1) Sauf dans les cas autorisés aux termes des règlements, la production de toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV est interdite.

10. (1) Sans qu'en soit limitée la portée générale du *Code criminel*, le prononcé des peines prévues à la présente partie a pour objectif essentiel de contribuer au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre tout en favorisant la réinsertion sociale des délinquants et, dans les cas indiqués, leur traitement et en reconnaissant les torts causés aux victimes ou à la collectivité.

(2) Le tribunal qui détermine la peine à infliger à une personne reconnue coupable d'une infraction désignée est tenu de considérer toute circonstance aggravante pertinente, notamment le fait que cette personne, selon le cas :

a) relativement à la perpétration de cette infraction :

(i) soit portait ou a utilisé ou menacé d'utiliser une arme,

(ii) soit a eu recours ou a menacé de recourir à la violence,

(iii) soit a fait le trafic d'une substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV — ou l'a eue en sa possession en vue d'en faire le trafic — à l'intérieur d'une école, sur le terrain d'une école ou près de ce terrain ou dans tout autre lieu public normalement fréquenté par des personnes de moins de dix-huit ans ou près d'un tel lieu,

(iv) soit a fait le trafic d'une substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV — ou l'a eue en sa possession en vue d'en faire le trafic — auprès d'une personne de moins de dix-huit ans;

b) a déjà été reconnue coupable d'une infraction désignée;

c) a eu recours aux services d'une personne de moins de dix-huit ans pour la perpétration de l'infraction ou l'y a mêlée.

(3) Le tribunal qui décide de n'imposer aucune peine d'emprisonnement à la personne visée au paragraphe (1), bien qu'il soit convaincu de l'existence d'une ou de plusieurs des circonstances aggravantes mentionnées aux alinéas (2)a) à c), est tenu de motiver sa décision.

16. (1) Subject to sections 18 to 19.1, where a person is convicted of a designated substance offence and, on application of the Attorney General, the court is satisfied, on a balance of probabilities, that any property is offence-related property and that the offence was committed in relation to that property, the court shall

(a) in the case of a substance included in Schedule VI, order that the substance be forfeited to Her Majesty in right of Canada and disposed of by the Minister as the Minister thinks fit; and

(b) in the case of any other offence-related property,

(i) where the prosecution of the offence was commenced at the instance of the government of a province and conducted by or on behalf of that government, order that the property be forfeited to Her Majesty in right of that province and disposed of by the Attorney General or Solicitor General of that province in accordance with the law, and

(ii) in any other case, order that the property be forfeited to Her Majesty in right of Canada and disposed of by such member of the Queen's Privy Council for Canada as may be designated for the purposes of this subparagraph in accordance with the law.

(2) Subject to sections 18 to 19.1, where the evidence does not establish to the satisfaction of the court that the designated substance offence of which a person has been convicted was committed in relation to property in respect of which an order of forfeiture would otherwise be made under subsection (1) but the court is satisfied, beyond a reasonable doubt, that that property is offence-related property, the court may make an order of forfeiture under subsection (1) in relation to that property.

(2.1) An order may be issued under this section in respect of property situated outside Canada, with any modifications that the circumstances require.

(3) A person who has been convicted of a designated substance offence or the Attorney General may appeal to the court of appeal from an order or a failure to make an order under subsection (1) as if the appeal were an appeal against the sentence imposed on the person in respect of the offence.

17. (1) Where an information has been laid in respect of a designated substance offence, the Attorney General

16. (1) Sous réserve des articles 18 à 19.1 et sur demande du procureur général, le tribunal qui déclare une personne coupable d'une infraction désignée et qui est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que des biens infractionnels sont liés à la perpétration de cette infraction ordonne :

a) dans le cas de substances inscrites à l'annexe VI, que celles-ci soient confisquées au profit de Sa Majesté du chef du Canada pour que le ministre en dispose à sa guise;

b) que les autres biens infractionnels soient confisqués au profit :

(i) soit de Sa Majesté du chef de la province où les procédures relatives à l'infraction ont été engagées, si elles l'ont été à la demande du gouvernement de cette province et menées par ce dernier ou en son nom, pour que le procureur général ou le solliciteur général de la province en dispose en conformité avec la loi,

(ii) soit de Sa Majesté du chef du Canada pour que le membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada chargé par le gouverneur en conseil de l'application du présent sous-alinéa en dispose en conformité avec la loi, dans tout autre cas.

(2) Sous réserve des articles 18 à 19.1, le tribunal peut rendre une ordonnance de confiscation aux termes du paragraphe (1) à l'égard de biens dont il n'est pas convaincu qu'ils sont liés à l'infraction désignée dont la personne a été reconnue coupable, à la condition toutefois d'être convaincu, hors de tout doute raisonnable, qu'il s'agit de biens infractionnels.

(2.1) Les ordonnances visées au présent article peuvent être rendues à l'égard de biens situés à l'étranger, avec les adaptations nécessaires.

(3) La personne qui a été reconnue coupable d'une infraction désignée peut, de même que le procureur général, interjeter appel devant la cour d'appel de l'ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) ou de la décision du tribunal de ne pas rendre une telle ordonnance, comme s'il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre de la peine infligée à la personne relativement à l'infraction désignée en cause.

17. (1) En cas de dépôt d'une dénonciation visant la perpétration d'une infraction désignée, le procureur

may make an application to a judge for an order of forfeiture under subsection (2).

(2) Subject to sections 18 to 19.1, where an application is made to a judge under subsection (1) and the judge is satisfied

- (a) beyond a reasonable doubt that any property is offence-related property,
- (b) that proceedings in respect of a designated substance offence in relation to the property referred to in paragraph (a) were commenced, and
- (c) that the accused charged with the designated substance offence has died or absconded,

the judge shall order that the property be forfeited and disposed of in accordance with subsection (4).

(3) For the purposes of subsection (2), an accused shall be deemed to have absconded in connection with a designated substance offence if

- (a) an information has been laid alleging the commission of the offence by the accused,
- (b) a warrant for the arrest of the accused has been issued in relation to that information, and
- (c) reasonable attempts to arrest the accused pursuant to the warrant have been unsuccessful during a period of six months beginning on the day on which the warrant was issued,

and the accused shall be deemed to have so absconded on the last day of that six month period.

(4) For the purposes of subsection (2),

- (a) in the case of a substance included in Schedule VI, the judge shall order that the substance be forfeited to Her Majesty in right of Canada and disposed of by the Minister as the Minister thinks fit; and
- (b) in the case of any other offence-related property,
 - (i) where the proceedings referred to in paragraph (2)(b) were commenced at the instance of the government of a province, the judge shall order that the property be forfeited to Her Majesty in right of that province and disposed of by the Attorney General or Solicitor General of that province in accordance with the law, and
 - (ii) in any other case, the judge shall order that the property be forfeited to Her Majesty in right

général peut demander à un juge de rendre une ordonnance de confiscation aux termes du paragraphe (2).

(2) Sous réserve des articles 18 à 19.1, le juge saisi de la demande doit rendre une ordonnance de confiscation et de disposition à l'égard des biens en question, conformément au paragraphe (4), s'il est convaincu que les conditions suivantes sont réunies :

- a) les biens sont, hors de tout doute raisonnable, des biens infractionnels;
- b) des procédures ont été engagées relativement à une infraction désignée ayant trait à ces biens;
- c) la personne accusée de l'infraction est décédée ou s'est esquivée.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), une personne est réputée s'être esquivée lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- a) elle a fait l'objet d'une dénonciation l'accusant d'avoir commis une infraction désignée;
- b) un mandat d'arrestation a été délivré contre elle à la suite de la dénonciation;
- c) malgré les efforts raisonnables déployés, il n'a pas été possible de l'arrêter au cours des six mois qui ont suivi la délivrance du mandat.

La présomption vaut alors à compter du dernier jour de cette période de six mois.

(4) Pour l'application du paragraphe (2), le juge doit ordonner :

- a) la confiscation au profit de Sa Majesté du chef du Canada des substances inscrites à l'annexe VI pour que le ministre en dispose à sa guise;
- b) la confiscation des autres biens infractionnels au profit :
 - (i) soit de Sa Majesté du chef de la province où les procédures visées à l'alinéa (2)b) ont été engagées, si elles l'ont été à la demande du gouvernement de cette province, pour que le procureur général ou le solliciteur général de la province en dispose en conformité avec la loi,
 - (ii) soit de Sa Majesté du chef du Canada pour que le membre du Conseil privé de la Reine

of Canada and disposed of by such member of the Queen's Privy Council for Canada as may be designated for the purposes of this subparagraph in accordance with the law.

(5) An order may be issued under this section in respect of property situated outside Canada, with any modifications that the circumstances require.

18. A court may, before ordering that offence-related property be forfeited under subsection 16(1) or 17(2), set aside any conveyance or transfer of the property that occurred after the seizure of the property, or the making of a restraint order in respect of the property, unless the conveyance or transfer was for valuable consideration to a person acting in good faith.

19. (1) Before making an order under subsection 16(1) or 17(2) in relation to any property, a court shall require notice in accordance with subsection (2) to be given to, and may hear, any person who, in the opinion of the court, appears to have a valid interest in the property.

(2) A notice given under subsection (1) shall

(a) be given or served in such manner as the court directs or as may be specified in the rules of the court;

(b) be of such duration as the court considers reasonable or as may be specified in the rules of the court; and

(c) set out the designated substance offence charged and a description of the property.

(3) Where a court is satisfied that any person, other than

(a) a person who was charged with a designated substance offence, or

(b) a person who acquired title to or a right of possession of the property from a person referred to in paragraph (a) under circumstances that give rise to a reasonable inference that the title or right was transferred for the purpose of avoiding the forfeiture of the property,

is the lawful owner or is lawfully entitled to possession of any property or any part of any property that would otherwise be forfeited pursuant to an order made under subsection 16(1) or 17(2) and that the person appears innocent of any complicity in an offence referred to in paragraph (a) or of any collusion in relation to such an offence, the court may order that the property or part be returned to that person.

pour le Canada chargé par le gouverneur en conseil de l'application du présent sous-alinéa en dispose en conformité avec la loi, dans tout autre cas.

(5) Les ordonnances visées au présent article peuvent être rendues à l'égard de biens situés à l'étranger, avec les adaptations nécessaires.

18. Avant d'ordonner la confiscation visée aux paragraphes 16(1) ou 17(2), le tribunal peut annuler toute cession d'un bien infractionnel survenue après sa saisie ou son blocage; le présent article ne vise toutefois pas les cessions qui ont été faites à titre onéreux à une personne agissant de bonne foi.

19. (1) Avant de rendre une ordonnance en vertu des paragraphes 16(1) ou 17(2) à l'égard d'un bien, le tribunal exige qu'un avis soit donné à toutes les personnes qui lui semblent avoir un droit sur le bien; il peut aussi les entendre.

(2) L'avis mentionné au paragraphe (1) :

a) est donné ou signifié de la façon que le tribunal l'ordonne ou que prévoient les règles de celui-ci;

b) prévoit le délai que le tribunal estime raisonnable ou que fixent les règles de celui-ci;

c) mentionne l'infraction désignée à l'origine de l'accusation et comporte une description du bien en question.

(3) Le tribunal peut ordonner que des biens qui autrement seraient confisqués en vertu des paragraphes 16(1) ou 17(2) soient restitués en tout ou en partie à une personne — autre que celle qui est accusée d'une infraction désignée ou celle qui a obtenu un titre ou un droit de possession sur ces biens de la personne accusée d'une telle infraction dans des circonstances telles qu'elles permettent raisonnablement d'induire que l'opération a été effectuée dans l'intention d'éviter la confiscation des biens — à la condition d'être convaincu que cette personne en est le propriétaire légitime ou a droit à leur possession et semble innocente de toute complicité ou collusion à l'égard de l'infraction.

19.1 (1) Where all or part of offence-related property that would otherwise be forfeited under subsection 16(1) or 17(2) is a dwelling-house, before making an order of forfeiture, a court shall require notice in accordance with subsection (2) to be given to, and may hear, any person who resides in the dwelling-house and is a member of the immediate family of the person charged with or convicted of the indictable offence under this Act in relation to which the property would be forfeited.

(2) A notice shall

(a) be given or served in the manner that the court directs or that may be specified in the rules of the court;

(b) be of any duration that the court considers reasonable or that may be specified in the rules of the court; and

(c) set out the offence charged and a description of the property.

(3) Subject to an order made under subsection 19(3), if a court is satisfied that the impact of an order of forfeiture made under subsection 16(1) or 17(2) in respect of real property would be disproportionate to the nature and gravity of the offence, the circumstances surrounding the commission of the offence and the criminal record, if any, of the person charged with or convicted of the offence, as the case may be, it may decide not to order the forfeiture of the property or part of the property and may revoke any restraint order made in respect of that property or part.

(4) Where all or part of the property that would otherwise be forfeited under subsection 16(1) or 17(2) is a dwelling-house, when making a decision under subsection (3), the court shall also consider

(a) the impact of an order of forfeiture on any member of the immediate family of the person charged with or convicted of the offence, if the dwelling-house was the member's principal residence at the time the charge was laid and continues to be the member's principal residence; and

(b) whether the member referred to in paragraph (a) appears innocent of any complicity in the offence or of any collusion in relation to the offence.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

673. In this Part,

19.1 (1) Avant de rendre une ordonnance de confiscation de biens infractionnels — composés d'une maison d'habitation en tout ou en partie — confiscables en vertu des paragraphes 16(1) ou 17(2), le tribunal exige que soit donné un avis conformément au paragraphe (2) à toute personne qui est membre de la famille immédiate de la personne accusée ou reconnue coupable d'un acte criminel prévu à la présente loi et lié à la confiscation des biens et qui habite la maison; le tribunal peut aussi entendre un tel membre.

(2) L'avis :

a) est donné ou signifié selon les modalités précisées par le tribunal ou prévues par les règles de celui-ci;

b) est donné dans le délai que le tribunal estime raisonnable ou que fixent les règles de celui-ci;

c) mentionne l'infraction à l'origine de l'accusation et comporte une description des biens.

(3) Sous réserve d'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 19(3), le tribunal peut ne pas ordonner la confiscation de tout ou partie de biens immeubles confiscables en vertu des paragraphes 16(1) ou 17(2) et annuler toute ordonnance de blocage à l'égard de tout ou partie des biens, s'il est convaincu que la confiscation serait démesurée par rapport à la nature et à la gravité de l'infraction, aux circonstances de sa perpétration et, s'il y a lieu, au casier judiciaire de la personne accusée ou reconnue coupable de l'infraction, selon le cas.

(4) Dans le cas où les biens confiscables en vertu des paragraphes 16(1) ou 17(2) sont composés d'une maison d'habitation en tout ou en partie, le tribunal, pour rendre sa décision au titre du paragraphe (3), prend aussi en compte les facteurs suivants :

a) l'effet qu'aurait la confiscation à l'égard d'un membre de la famille immédiate de la personne accusée ou reconnue coupable de l'infraction, si la maison était la résidence principale de ce membre avant que l'accusation soit portée et elle continue de l'être par la suite;

b) le fait que le membre de la famille visé à l'alinéa a) semble innocent ou non de toute complicité ou collusion à l'égard de l'infraction.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

673. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

“sentence” includes

- (a) a declaration made under subsection 199(3),
- (b) an order made under subsection 109(1) or 110(1), section 161, subsection 164.2(1) or 194(1), section 259, 261 or 462.37, subsection 491.1(2), 730(1) or 737(3) or (5) or section 738, 739, 742.1, 742.3, 743.6, 745.4 or 745.5,
- (c) a disposition made under section 731 or 732 or subsection 732.2(3) or (5), 742.4(3) or 742.6(9), and
- (d) an order made under subsection 16(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*;

. . .

718.1 A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

- (a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,
 - (i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or any other similar factor,
 - (ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender’s spouse or common-law partner,
 - (ii.1) evidence that the offender, in committing the offence, abused a person under the age of eighteen years,
 - (iii) evidence that the offender, in committing the offence, abused a position of trust or authority in relation to the victim,
 - (iv) evidence that the offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization, or

« sentence », « peine » ou « condamnation » Y est assimilée :

- a) la déclaration faite en vertu du paragraphe 199(3);
- b) l’ordonnance rendue en vertu des paragraphes 109(1) ou 110(1), de l’article 161, des paragraphes 164.2(1) ou 194(1), des articles 259, 261 ou 462.37, des paragraphes 491.1(2), 730(1) ou 737(3) ou (5) ou des articles 738, 739, 742.1, 742.3, 743.6, 745.4 ou 745.5;
- c) la décision prise en vertu des articles 731 ou 732 ou des paragraphes 732.2(3) ou (5), 742.4(3) ou 742.6(9);
- d) d’une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 16(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*.

. . .

718.1 La peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

- a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l’infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant :
 - (i) que l’infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l’origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l’âge, la déficience mentale ou physique ou l’orientation sexuelle,
 - (ii) que l’infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son époux ou conjoint de fait,
 - (ii.1) que l’infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement à l’égard d’une personne âgée de moins de dix-huit ans,
 - (iii) que l’infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d’autorité à son égard,
 - (iv) que l’infraction a été commise au profit ou sous la direction d’une organisation criminelle, ou en association avec elle;

(v) evidence that the offence was a terrorism offence

shall be deemed to be aggravating circumstances;

(b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;

(c) where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh;

(d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

785. In this Part,

. . .

“sentence” includes

(a) a declaration made under subsection 199(3),

(b) an order made under subsection 109(1) or 110(1), section 259 or 261, subsection 730(1) or 737(3) or (5) or section 738, 739, 742.1 or 742.3,

(c) a disposition made under section 731 or 732 or subsection 732.2(3) or (5), 742.4(3) or 742.6(9), and

(d) an order made under subsection 16(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*;

. . .

Appeal allowed, FISH J. dissenting in part.

Solicitor for the appellant: Howard Rubin, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.

(v) que l'infraction perpétrée par le délinquant est une infraction de terrorisme;

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

785. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

. . .

« sentence », « peine » ou « condamnation » Y est assimilée :

a) la déclaration faite en vertu du paragraphe 199(3);

b) l'ordonnance rendue en vertu des paragraphes 109(1) ou 110(1), des articles 259 ou 261, des paragraphes 730(1) ou 737(3) ou (5) ou des articles 738, 739, 742.1 ou 742.3;

c) la décision prise en vertu des articles 731 ou 732 ou des paragraphes 732.2(3) ou (5), 742.4(3) ou 742.6(9);

d) d'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 16(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*.

Pourvoi accueilli, le juge FISH est dissident en partie.

Procureur de l'appelante : Howard Rubin, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Stockwoods, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Stockwoods, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Yves Ouellette *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. OUELLETTE

Neutral citation: 2009 SCC 24.

File No.: 32057.

2008: November 13; 2009: May 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Controlled drugs and substances — Forfeiture orders — Specific proportionality test provided for offence-related real property forfeiture orders — Relationship of test with general sentencing principles — Accused guilty of producing marihuana in his home — Forfeiture of house ordered by trial judge — Court of Appeal rather ordering partial forfeiture of house — Whether real property forfeiture orders should be considered together with terms of imprisonment as a global punishment — Whether court empowered to order partial forfeiture of real property — Whether partial forfeiture order justified — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 19.1(3).

The accused was convicted of the production and possession of marihuana for the purpose of trafficking, contrary to ss. 5(2) and 7(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act* (“CDSA”). The marihuana grow operation was located in the accused’s home. The trial judge imposed a 10-month conditional sentence and ordered the full forfeiture of the home. The Court of Appeal disagreed with the trial judge as to the extent to which the residence had been converted to a marihuana grow operation. It also considered that the trial judge

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Yves Ouellette *Intimé*

et

Procureur général de l’Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. OUELLETTE

Référence neutre : 2009 CSC 24.

N° du greffe : 32057.

2008 : 13 novembre; 2009 : 29 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Drogues et autres substances réglementées — Ordonnances de confiscation — Critère de proportionnalité spécifiquement établi à l’égard des ordonnances de confiscation visant des biens immeubles infractionnels — Relation entre ce critère et les principes généraux de détermination de la peine — Accusé déclaré coupable de production de marihuana dans sa résidence — Confiscation de la résidence ordonnée par la juge du procès — Confiscation partielle de la résidence ordonnée à la place par la Cour d’appel — Est-ce que les ordonnances de confiscation de biens immeubles et les périodes d’emprisonnement doivent être considérées comme constituant ensemble une peine globale? — Est-ce que les tribunaux ont le pouvoir d’ordonner la confiscation partielle d’un bien immeuble? — L’ordonnance de confiscation partielle était-elle justifiée? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 19.1(3).

L’accusé a été déclaré coupable de production de marihuana et de possession de cette substance en vue d’en faire le trafic, infractions prévues par les par. 5(2) et 7(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* (« LRC DAS »). Il cultivait de la marihuana dans sa résidence. La juge du procès a condamné l’accusé à une peine de 10 mois d’emprisonnement avec sursis et ordonné la confiscation totale de la maison. La Cour d’appel n’a pas souscrit à la conclusion de la juge du procès au sujet de la mesure dans laquelle la

had failed to examine whether the building could be partially forfeited. It therefore ordered that only half of the house be forfeited.

Held (McLachlin C.J. and Fish and Rothstein JJ, dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Binnie, Deschamps and Abella JJ.: For the reasons given by Abella J. in *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, real property forfeiture orders made under s. 19.1 of the *CDSA* should be approached independently of the broader sentencing inquiry. The Court of Appeal properly took into consideration the possibility of partial forfeiture. Although it appeared to implicitly consider forfeiture orders and terms of imprisonment to be two interdependent orders, this did not result in a demonstrably unfit forfeiture order. [2] [13-14]

Per LeBel J.: Subject to the reasons of LeBel J. in *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, the conclusion of Abella J. is agreed with. [16]

Per McLachlin C.J. and Rothstein J. (dissenting): For the reasons given by McLachlin C.J. and Rothstein J. in *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, a real property forfeiture order made under s. 19.1 of the *CDSA* is an all-or-nothing affair. The accused has not discharged the burden of showing that forfeiture would be disproportionate. [23]

Per Fish J. (dissenting): Subject to the reasons of Fish J. in *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, the conclusion of McLachlin C.J. and Rothstein J. is agreed with. [24]

Cases Cited

Cited by Abella J.

Applied: *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762; **referred to:** *R. v. Nguyen*, 2009 SCC 25, [2009] 1 S.C.R. 826.

Cited by LeBel J.

Referred to: *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762.

résidence avait été transformée en lieu de culture de marihuana. La cour a également considéré que la juge du procès n'avait pas envisagé la confiscation partielle de l'immeuble. Elle a donc ordonné la confiscation de la moitié seulement de l'immeuble.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Fish et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Binnie, Deschamps et Abella : Pour les motifs exposés par la juge Abella dans l'arrêt *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, les ordonnances de confiscation visant un bien immeuble rendues en vertu de l'art. 19.1 de la *LRCDas* doivent être abordées d'une façon indépendante de l'examen plus large effectué pour la détermination de la peine. La Cour d'appel a eu raison de prendre en considération la possibilité d'ordonner la confiscation partielle de l'immeuble. Bien qu'elle semble avoir implicitement considéré l'ordonnance de confiscation et la période d'emprisonnement comme deux ordonnances interdépendantes, cela ne s'est pas traduit par une ordonnance de confiscation manifestement inappropriée. [2] [13-14]

Le juge LeBel : Sous réserve des motifs exposés par le juge LeBel dans l'arrêt *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, il y a accord avec la conclusion de la juge Abella. [16]

La juge en chef McLachlin et le juge Rothstein (dissidents) : Pour les motifs exposés par la juge en chef McLachlin et le juge Rothstein dans *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, en matière d'ordonnances de confiscation visant un bien immeuble rendues en vertu de l'art. 19.1 de la *LRCDas*, la solution est : tout ou rien. L'accusé ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que la confiscation serait démesurée. [23]

Le juge Fish (dissident) : Sous réserve des motifs exposés par le juge Fish dans l'arrêt *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, il y a accord avec la conclusion de la juge en chef McLachlin et du juge Rothstein. [24]

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762; **arrêt mentionné :** *R. c. Nguyen*, 2009 CSC 25, [2009] 1 R.C.S. 826.

Citée par le juge LeBel

Arrêt mentionné : *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762.

Cited by McLachlin C.J. and Rothstein J. (dissenting)

R. v. Craig, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762; *R. v. Nguyen*, 2009 SCC 25, [2009] 1 S.C.R. 826.

Cited by Fish J. (dissenting)

R. v. Craig, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762.

Statutes and Regulations Cited

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 5(2), 7(1), 19.1(3).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Otis and Giroux J.J.A.), 2007 QCCA 518, [2007] R.J.Q. 787, 49 C.R. (6th) 286, 229 C.C.C. (3d) 563, [2007] Q.J. No. 2812 (QL), 2007 CarswellQue 13169, reversing in part a decision of Dufour J.C.Q., [2004] R.J.Q. 2619, [2004] J.Q. n° 6258 (QL), 2004 CarswellQue 1269. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Fish and Rothstein J.J. dissenting.

François Lacasse, W. Paul Riley and Simon William, for the appellant.

Marc Nerenberg, for the respondent.

John Corelli and Deborah Calderwood, for the interveners the Attorney General of Ontario.

The reasons of Binnie, Deschamps and Abella J.J. were delivered by

[1] ABELLA J. — This appeal, like the companion appeals in *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, and *R. v. Nguyen*, 2009 SCC 25, [2009] 1 S.C.R. 826, concerns the relationship between a forfeiture order for offence-related real property under the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, and an offender's term of imprisonment or other aspects of a sentence.

[2] As indicated in the companion appeal in *Craig*, in my view, forfeiture orders should be approached independently of the broader sentencing inquiry.

Citée par le juge en chef McLachlin et le juge Rothstein (dissidents)

R. c. Craig, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762; *R. c. Nguyen*, 2009 CSC 25, [2009] 1 R.C.S. 826.

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Craig, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762.

Lois et règlements cités

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2), 7(1), 19.1(3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Otis et Giroux), 2007 QCCA 518, [2007] R.J.Q. 787, 49 C.R. (6th) 286, 229 C.C.C. (3d) 563, [2007] J.Q. n° 2812 (QL), 2007 CarswellQue 2694, qui a infirmé en partie une décision de la juge Dufour, [2004] R.J.Q. 2619, [2004] J.Q. n° 6258 (QL), 2004 CarswellQue 1269. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Fish et Rothstein sont dissidents.

François Lacasse, W. Paul Riley et Simon William, pour l'appelante.

Marc Nerenberg, pour l'intimé.

John Corelli et Deborah Calderwood, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française des motifs des juges Binnie, Deschamps et Abella rendus par

[1] LA JUGE ABELLA — Tout comme les pourvois connexes *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, et *R. c. Nguyen*, 2009 CSC 25, [2009] 1 R.C.S. 826, le présent pourvoi concerne la relation entre une ordonnance de confiscation visant un bien immeuble infractionnel rendue en vertu de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, et la période d'emprisonnement ou d'autres aspects de la sentence prononcée contre un délinquant.

[2] Comme je l'indique dans mes motifs de jugement dans l'arrêt *Craig*, il convient à mon avis d'aborder les ordonnances de confiscation d'une façon indépendante de l'examen plus large effectué pour la détermination de la peine.

[3] The respondent, Yves Ouellette, was charged with and convicted of the production and possession of marihuana for the purpose of trafficking, contrary to ss. 5(2) and 7(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*. Police seized 129 marihuana plants growing in his Laval home, as well as scales and 14 kilos of marihuana leaves from his freezer.

[4] Mr. Ouellette had no criminal record relating to similar offences. His only conviction was for impaired driving, an offence unrelated to those at issue in this set of appeals and to any other offences under the statute. There was no evidence to establish a link between him and organized crime.

[5] He lived in the house and, as of 2004, after the offences at issue, his 17-year-old son came to live with him. They still live there.

[6] The grow operation occupied the basement of his home. The area had specialized lighting and ventilation systems. Miscellaneous related items were found in other parts of his home. In particular, a gun was found on the top floor. The building was protected by a makeshift surveillance system. On the basis of these observations, at the Court of Québec, Dufour J.C.Q. concluded that very little of the residence was used for purposes unrelated to the marihuana grow operation.

[7] However, at the Quebec Court of Appeal, Giroux J.A. disagreed with Dufour J.C.Q.'s finding that the home had been effectively turned into a "bunker". Instead, he held that it was primarily used for living purposes (2007 QCCA 518, 229 C.C.C. (3d) 563, at para. 39). This difference of opinion on the extent to which the residence had been converted to a marihuana grow operation need not be resolved for the purposes of this appeal.

[3] L'intimé, Yves Ouellette, a été inculpé et déclaré coupable de production de marihuana et de possession de cette substance en vue d'en faire le trafic, infractions prévues par les par. 5(2) et 7(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. La police a saisi 129 plants de marihuana cultivés dans sa maison de Laval, une balance ainsi que 14 kilos de feuilles de marihuana qui se trouvaient dans son congélateur.

[4] Monsieur Ouellette ne possédait aucun antécédent judiciaire relativement à des infractions de cette nature. Sa seule condamnation découlait d'une accusation de conduite avec facultés affaiblies, infraction sans lien avec celles visées par les présents pourvois ou avec quelque autre infraction prévue par le texte législatif en question. La preuve ne permettait de le relier à aucun groupe criminalisé.

[5] Il habitait la maison en question et, en 2004, après les infractions dont il a été déclaré coupable, son fils de 17 ans est venu vivre avec lui. Ils y vivent toujours.

[6] Le sous-sol de la maison était utilisé pour la culture de la marihuana. Des systèmes d'éclairage et de ventilation spécialisés y avaient été installés. Divers objets se rapportant à la culture de la marihuana ont été trouvés dans d'autres parties de la maison, notamment une arme à feu à l'étage. L'immeuble était protégé par un système de surveillance rudimentaire. Sur la base de ces constatations, la juge Dufour de la Cour du Québec a conclu que seule une très petite partie de la résidence était utilisée à des fins non reliées à la culture de la marihuana.

[7] En Cour d'appel du Québec, cependant, le juge Giroux n'a pas souscrit à la conclusion de la juge Dufour selon laquelle la maison avait dans les faits été transformée en « bunker ». Il a plutôt conclu qu'elle était principalement utilisée comme résidence (2007 QCCA 518, [2007] R.J.Q. 787, par. 39). Il n'est pas nécessaire, pour statuer sur le présent pourvoi, de trancher cette divergence d'opinions au sujet de la mesure dans laquelle la résidence avait été transformée en lieu servant à la culture de marihuana.

[8] At the sentencing stage, Dufour J.C.Q. ordered the full forfeiture of Mr. Ouellette's home as offence-related property ([2004] R.J.Q. 2619). She found that the property was used primarily for marihuana production, as it contained numerous instruments related to prior harvests. After scrutinizing the legislative history of the forfeiture scheme and concluding that greater discretion to refuse forfeiture was now permitted, she considered the term of imprisonment and the forfeiture order together as forming part of one global punishment.

[9] She considered as aggravating factors Mr. Ouellette's profit motive, the gun in his possession and the fact that he had adapted his home to be a marihuana grow operation. As mitigating factors, he had only one prior conviction for impaired driving, he had been working for nine years, and had no ties to organized crime.

[10] She therefore ordered a 10-month conditional sentence, taking into account the forfeiture order in crafting a fit sentence. The sentence included a one-year probation period. He was also ordered to pay a \$2,000 donation, divided between various charities.

[11] Giroux J.A. for a unanimous court allowed Mr. Ouellette's appeal in part and ordered forfeiture of only half of the building. He found that Dufour J.C.Q. had failed to examine whether the building could be forfeited partially, despite her having stated that this was an element of the sentencing judge's discretion.

[12] He concluded that the full forfeiture ordered by Dufour J.C.Q. was disproportionate because

[8] À l'étape de la détermination de la peine, la juge Dufour a ordonné la confiscation totale de la maison de M. Ouellette en tant que bien infractionnel ([2004] R.J.Q. 2619). Elle a estimé que ce bien était utilisé principalement pour la production de marihuana, parce que plusieurs instruments reliés à des récoltes antérieures s'y trouvaient. Après avoir étudié l'historique législatif du régime de confiscation et conclu qu'un plus grand pouvoir discrétionnaire était maintenant conféré pour refuser la confiscation, elle a considéré que la période d'emprisonnement et l'ordonnance de confiscation constituaient, ensemble, une seule et même punition globale.

[9] La juge Dufour a estimé que le fait que M. Ouellette était motivé par l'appât du gain, qu'il avait en sa possession une arme à feu et qu'il avait transformé sa maison en petite usine de production de marihuana étaient des facteurs aggravants. Ont été considérés comme des facteurs atténuants le fait qu'il n'avait qu'un antécédent judiciaire de conduite avec les facultés affaiblies, qu'il travaillait depuis neuf ans et qu'il n'était lié à aucun groupe criminalisé.

[10] Elle a en conséquence condamné l'accusé à une peine de 10 mois d'emprisonnement avec sursis, prenant en compte l'ordonnance de confiscation pour déterminer la peine appropriée. La sentence était également assortie d'une période de mise en probation d'un an. Monsieur Ouellette s'est aussi vu imposer l'obligation de faire un don de 2 000 \$, qui serait réparti entre divers organismes de bienfaisance.

[11] Rédigeant l'arrêt unanime de la Cour d'appel, le juge Giroux a accueilli en partie l'appel interjeté par M. Ouellette et ordonné la confiscation de la moitié seulement de l'immeuble. Il a conclu que la juge Dufour n'avait pas envisagé la confiscation partielle de l'immeuble, alors qu'elle avait pourtant déclaré qu'il s'agissait là d'un élément du pouvoir discrétionnaire du juge chargé de déterminer la peine.

[12] Il a conclu que la confiscation totale de l'immeuble ordonnée par la juge Dufour constituait

only the basement of the home was used for marijuana production. In his view, the facts of the case generally pointed to less serious circumstances than those found by the sentencing judge. He further noted that the operation was not sophisticated, no organized crime connections existed and there was no theft of electricity.

[13] With respect for the contrary view, on the basis of the analysis in the companion case *Craig*, I am of the opinion that Giroux J.A. properly took into consideration the possibility of partial forfeiture, and I find no basis for interfering with his conclusions or with the forfeiture order he has crafted.

[14] While he did appear to implicitly consider forfeiture orders and terms of imprisonment as two interdependent orders, this did not result in a demonstrably unfit forfeiture order.

[15] I would therefore dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[16] **LEBEL J.** — Subject to my reasons in *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, I agree with Justice Abella that partial forfeiture is possible, as Giroux J.A. of the Quebec Court of Appeal held in his reasons (2007 QCCA 518, 229 C.C.C. (3d) 563), and I would dispose of the appeal as she proposes.

The following are the reasons delivered by

[17] **THE CHIEF JUSTICE AND ROTHSTEIN J.** (dissenting) — Because we take the view that partial forfeiture is unavailable under the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, we respectfully differ with Abella J. on the appropriate result in this appeal. In our opinion, Mr. Ouellette has not shown that forfeiture of the dwelling-house

une sanction démesurée, car seul le sous-sol de la maison avait servi à la production de marijuana. Selon lui, les faits de l'affaire indiquaient d'une manière générale que les circonstances étaient moins graves que celles constatées par la juge chargée de déterminer la peine dans ses conclusions. Il a ajouté que l'exploitation n'était pas très sophistiquée, que l'accusé n'avait aucun lien avec le crime organisé et qu'il n'y avait pas eu vol d'électricité.

[13] À la lumière de l'analyse exposée dans l'arrêt connexe *Craig*, je suis d'avis, soit dit en tout respect pour l'opinion contraire, que le juge Giroux de la Cour d'appel a eu raison de prendre en considération la possibilité d'ordonner la confiscation partielle de l'immeuble, et je ne vois aucune raison de modifier ses conclusions ou l'ordonnance de confiscation qu'il a conçue.

[14] Bien qu'il semble avoir implicitement considéré l'ordonnance de confiscation et la période d'emprisonnement comme deux ordonnances interdépendantes, cela ne s'est pas traduit par une ordonnance de confiscation manifestement inappropriée.

[15] Je rejetterais par conséquent le présent pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[16] **LE JUGE LEBEL** — Sous réserve des motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, je suis d'accord avec la juge Abella pour dire que la confiscation partielle est une sanction qui peut être infligée, comme a conclu le juge Giroux de la Cour d'appel du Québec dans son opinion (2007 QCCA 518, [2007] R.J.Q. 787), et je trancherais le présent pourvoi de la manière proposée par ma collègue.

Version française des motifs rendus par

[17] **LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE ROTHSTEIN** (dissidents) — En raison du fait que, à notre avis, la confiscation partielle n'est pas une mesure autorisée par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, nous divergeons d'opinions avec la juge Abella quant à l'issue du présent pourvoi. Selon nous, M. Ouellette n'a pas

would be disproportionate and so full forfeiture of Mr. Ouellette's real property should be ordered.

[18] The nature and gravity of the offence is similar to the two companion cases, *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, and *R. v. Nguyen*, 2009 SCC 25, [2009] 1 S.C.R. 826. All three were medium-sized commercial marijuana grow operations.

[19] As for the circumstances surrounding the commission of the offence, certain aggravating factors were found by the trial judge that were questioned on appeal. Though Mr. Ouellette had installed a surveillance camera and had a rifle on the premises, Giroux J.A. held that the trial judge had overstated the case by deeming the house to be a kind of "bunker" (2007 QCCA 518, 229 C.C.C. (3d) 563, at para. 39). We agree with Giroux J.A. that this turn of phrase exaggerated the degree to which Mr. Ouellette's property was dedicated to his marijuana grow operation. The record indicates that only the basement was dedicated to the grow operation, with the house continuing to function as Mr. Ouellette's primary residence. The presence of a rifle and a single surveillance camera are insufficient to transform Mr. Ouellette's personal residence into an armed bunker.

[20] However, under s. 19.1(3), the burden lies with the offender to persuade the court that forfeiture would be disproportionate with regard to the relevant criteria. Even if the rifle and surveillance camera do not demonstrate that Mr. Ouellette's residence was a kind of "bunker", these circumstances surrounding the commission of the offence suggest that forfeiture was proportionate in this case.

[21] As for Mr. Ouellette's prior conviction for impaired driving, we agree with Abella J. and the Court of Appeal that it is entirely unrelated to the offence in question and should play no role in the disproportionality analysis mandated by s. 19.1(3).

démontré que la confiscation de sa maison serait démesurée et, par conséquent, il convient d'ordonner la confiscation de la totalité de l'immeuble.

[18] La nature et la gravité de l'infraction sont semblables à celles des infractions reprochées dans les deux pourvois connexes, *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, et *R. c. Nguyen*, 2009 CSC 25, [2009] 1 R.C.S. 826. Dans les trois cas, il s'agissait d'installations de culture de la marijuana commerciales de taille moyenne.

[19] En ce qui concerne les circonstances de la perpétration de l'infraction, certains facteurs aggravants relevés par la juge de première instance ont été mis en question à l'étape de l'appel. Même si M. Ouellette avait installé une caméra de surveillance et conservait une arme à feu sur les lieux, le juge Giroux est arrivé à la conclusion que la juge du procès avait exagéré en qualifiant la maison de genre de « bunker » (2007 QCCA 518, [2007] R.J.Q. 787, par. 39). À l'instar du juge Giroux, nous estimons que l'emploi de cette expression revenait à exagérer la mesure dans laquelle la propriété de M. Ouellette était consacrée à la culture de la marijuana. Selon le dossier, seul le sous-sol était affecté à cette activité, la maison continuant d'être utilisée comme résidence principale par M. Ouellette. La présence d'une arme à feu et d'une caméra de surveillance ne suffit pas à faire de la résidence personnelle de M. Ouellette un bunker armé.

[20] Suivant le par. 19.1(3), cependant, il incombe à l'auteur de l'infraction de convaincre le tribunal que la confiscation serait démesurée au regard des critères pertinents. Même si l'arme à feu et la caméra de surveillance ne démontrent pas que la résidence de M. Ouellette était un genre de « bunker », ces circonstances de la perpétration de l'infraction invitent à conclure que la confiscation n'était pas démesurée en l'espèce.

[21] En ce qui concerne la condamnation antérieure de M. Ouellette pour conduite avec facultés affaiblies, nous sommes d'accord avec la juge Abella et la Cour d'appel pour dire qu'elle est sans aucun rapport avec l'infraction en cause et ne devrait pas intervenir dans l'analyse de la proportionnalité prescrite par le par. 19.1(3).

[22] In the result, our colleague Abella J. agrees with the Court of Appeal that forfeiture of one-half of Mr. Ouellette's property is proportionate in light of the factors listed in s. 19.1(3). However, nothing in the reasons of Giroux J.A. or Abella J. explains why one-half forfeiture, as opposed to some other proportion, is appropriate in the case at bar. Is one-half forfeiture to become the new default result for offenders who fall just short of the disproportionality threshold, or is further tailoring to be encouraged? Should nine-tenths forfeiture be available to an offender who can show the slightest mitigating factor? In our respectful view, this very uncertainty has the potential to undermine the policy objectives that Parliament sought to advance through these provisions.

[23] In our view, the forfeiture of the offender's interest in the offence-related property mandated by s. 19.1(3) is an all-or-nothing affair. Because Mr. Ouellette has not discharged the burden of showing that forfeiture would be disproportionate within the meaning of s. 19.1(3), we would allow the appeal.

The following are the reasons delivered by

[24] FISH J. (dissenting) — Subject to my reasons in *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, I agree with the Chief Justice and Justice Rothstein and would dispose of the appeal as they suggest.

Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and FISH and ROTHSTEIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Marc Nerenberg, Montréal.

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

[22] En définitive, notre collègue la juge Abella souscrit à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la confiscation de la moitié de la propriété de M. Ouellette est une sanction mesurée au regard des facteurs énumérés au par. 19.1(3). Toutefois, ni le juge Giroux ni la juge Abella n'expliquent dans leurs motifs pourquoi la confiscation d'une moitié de l'immeuble — plutôt qu'une autre proportion — est appropriée en l'espèce. La confiscation d'une moitié de l'immeuble devrait-elle devenir le nouveau résultat standard pour les délinquants dont la situation est tout juste en deçà du seuil de disproportion, ou devrait-on plutôt encourager une modulation accrue de la confiscation? La confiscation des neuf dixièmes de l'immeuble devrait-elle être possible à l'égard d'un délinquant qui serait en mesure d'établir le moindre facteur atténuant? À notre avis, cette incertitude risque de saper les objectifs que poursuivait le législateur en adoptant ces dispositions.

[23] En ce qui concerne la confiscation, suivant le par. 19.1(3), du droit d'un délinquant sur un bien infractionnel, il n'existe selon nous qu'une solution : tout ou rien. Étant donné que M. Ouellette n'a pas démontré, comme il lui incombait de le faire, que la confiscation serait démesurée au sens du par. 19.1(3), nous sommes d'avis d'accueillir l'appel.

Version française des motifs rendus par

[24] LE JUGE FISH (dissident) — Sous réserve des motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, je souscris à l'opinion de la Juge en chef et du juge Rothstein et je tranche-rais le pourvoi de la manière qu'ils proposent.

Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN et les juges FISH et ROTHSTEIN sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intimé : Marc Nerenberg, Montréal.

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

**Kien Tam Nguyen and Nga Thuy
Nguyen Appellants**

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

Attorney General of Ontario Intervener

INDEXED AS: R. v. NGUYEN

Neutral citation: 2009 SCC 25.

File No.: 32359.

2008: November 13; 2009: May 29.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Criminal law — Controlled drugs and substances — Forfeiture orders — Specific proportionality test provided for offence-related real property forfeiture orders — Relationship of test with general sentencing principles — Marihuana grow operation located in house owned by accused — Accused found guilty of producing and possessing marihuana for purpose of trafficking — Conditional imprisonment sentence imposed and forfeiture of house ordered — Forfeiture order upheld by Court of Appeal — Whether real property forfeiture orders should be considered together with terms of imprisonment as a global punishment — Whether order justified — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 19.1(3).

The accused were found guilty of producing marihuana as well as possession of the drug for the purpose of trafficking, contrary to ss. 5(2) and 7(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*. They owned the house where the drug was grown but resided elsewhere with their two young children. Only their 18-year-old daughter was living in the house. The trial judge observed that the accused had likely bought the house for the sole purpose of growing marihuana. He imposed

**Kien Tam Nguyen et Nga Thuy
Nguyen Appelants**

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

Procureur général de l'Ontario Intervenant

RÉPERTORIÉ : R. c. NGUYEN

Référence neutre : 2009 CSC 25.

N° du greffe : 32359.

2008 : 13 novembre; 2009 : 29 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
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Droit criminel — Drogues et autres substances réglementées — Ordonnances de confiscation — Critère de proportionnalité spécifiquement établi à l'égard des ordonnances de confiscation visant des biens immeubles infractionnels — Relation entre ce critère et les principes généraux de détermination de la peine — Culture de marihuana dans une résidence appartenant aux accusés — Accusés déclarés coupables de production et de possession de marihuana en vue d'en faire le trafic — Peine d'emprisonnement avec sursis et confiscation de la résidence — Confiscation confirmée par la Cour d'appel — Est-ce que les ordonnances de confiscation de biens immeubles et les périodes d'emprisonnement doivent être considérées comme constituant ensemble une peine globale? — L'ordonnance de confiscation était-elle justifiée? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 19.1(3).

Les accusés ont été déclarés coupables de production de marihuana et de possession de cette substance en vue d'en faire le trafic, infractions prévues par les par. 5(2) et 7(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. Ils étaient propriétaires de la maison où la drogue était cultivée, mais résidaient avec leurs deux plus jeunes enfants dans une autre habitation. Seule l'aînée de 18 ans habitait la maison en question. Le juge de procès a souligné que les accusés avaient

an 18-month conditional sentence and ordered forfeiture of the house. The Court of Appeal upheld the order.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: As indicated in *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, forfeiture orders for real property made under the *Controlled Drugs and Substances Act* should be approached independently of the broader sentencing inquiry. Considering the relevant facts of this case, particularly the purpose for which the house was purchased, forfeiture of the property was not disproportionate in accordance with the statute. [2] [14]

Per LeBel J.: Subject to the reasons of LeBel J. in *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, there is agreement with Abella J. that the forfeiture order was not disproportionate in this case. [16]

Per Fish J.: Subject to the reasons of Fish J. in *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, there is agreement with Abella J. that the forfeiture order was not disproportionate in this case. [17]

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, rev'g 2007 BCCA 234, 240 B.C.A.C. 77; **referred to:** *R. v. Ouellette*, 2009 SCC 24, [2009] 1 S.C.R. 818.

By LeBel J.

Referred to: *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762.

By Fish J.

Referred to: *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762.

Statutes and Regulations Cited

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 5(2), 7(1), 19.1(3).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Kirkpatrick

probablement acheté la maison à seule fin d'y cultiver de la marihuana. Il a prononcé une peine d'emprisonnement de 18 mois avec sursis et ordonné la confiscation de la résidence. La Cour d'appel a confirmé l'ordonnance.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Abella et Rothstein : Comme il est précisé dans l'arrêt *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, il convient d'aborder les ordonnances de confiscation visant un bien infractionnel rendues en vertu de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* d'une façon indépendante de l'examen plus large effectué pour la détermination de la peine. Compte tenu des faits de l'affaire, en particulier du but dans lequel la résidence a été achetée, la confiscation de l'immeuble n'était pas une sanction démesurée au sens de la loi. [2] [14]

Le juge LeBel : Sous réserve des motifs exposés par le juge LeBel dans l'arrêt *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, il y a accord avec la conclusion de la juge Abella que l'ordonnance de confiscation n'était pas une sanction démesurée en l'espèce. [16]

Le juge Fish : Sous réserve des motifs exposés par le juge Fish dans l'arrêt *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, il y a accord avec la conclusion de la juge Abella que l'ordonnance de confiscation n'était pas une sanction démesurée en l'espèce. [17]

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, inf. 2007 BCCA 234, 240 B.C.A.C. 77; **arrêt mentionné:** *R. c. Ouellette*, 2009 CSC 24, [2009] 1 R.C.S. 818.

Citée par le juge LeBel

Arrêt mentionné : *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762.

Citée par le juge Fish

Arrêt mentionné : *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762.

Lois et règlements cités

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2), 7(1), 19.1(3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald,

and Frankel J.J.A.), 2007 BCCA 474, 246 B.C.A.C. 263, 406 W.A.C. 263, affirming a decision of Josephson J., 2006 BCSC 1846, [2006] B.C.J. No. 3202 (QL). Appeal dismissed.

Jay I. Solomon and Adrienne L. Smith, for the appellants.

François Lacasse, W. Paul Riley and Simon William, for the respondent.

John Corelli and Deborah Calderwood, for the intervener the Attorney General of Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella and Rothstein J.J. was delivered by

[1] ABELLA J. — This appeal, like the companion appeals in *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, and *R. v. Ouellette*, 2009 SCC 24, [2009] 1 S.C.R. 818, concerns the relationship between a forfeiture order for offence-related real property under the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, and an offender's term of imprisonment or other aspects of a sentence.

[2] As indicated in the companion appeal in *Craig*, in my view forfeiture orders should be approached independently of the broader sentencing inquiry.

[3] The appellants, Kien Tam and Nga Thuy Nguyen, a married couple, were charged with producing marihuana, as well as with possession of the drug for the purpose of trafficking, contrary to ss. 5(2) and 7(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*. These charges related to a marihuana grow operation located in a three-level residence in Surrey, British Columbia.

[4] The residence was registered in Mr. Nguyen's name.

Kirkpatrick et Frankel), 2007 BCCA 474, 246 B.C.A.C. 263, 406 W.A.C. 263, qui a confirmé une décision du juge Josephson, 2006 BCSC 1846, [2006] B.C.J. No. 3202 (QL). Pourvoi rejeté.

Jay I. Solomon et Adrienne L. Smith, pour les appellants.

François Lacasse, W. Paul Riley et Simon William, pour l'intimée.

John Corelli et Deborah Calderwood, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Abella et Rothstein rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Tout comme les pourvois connexes *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, et *R. c. Ouellette*, 2009 CSC 24, [2009] 1 R.C.S. 818, le présent pourvoi concerne la relation entre une ordonnance de confiscation visant un bien immeuble infractionnel rendue en vertu de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, et la période d'emprisonnement ou d'autres aspects de la sentence prononcée contre un délinquant.

[2] Comme je l'indique dans mes motifs de jugement dans l'arrêt *Craig*, il convient à mon avis d'aborder les ordonnances de confiscation d'une façon indépendante de l'examen plus large effectué pour la détermination de la peine.

[3] Les appelants, les époux Kien Tam et Nga Thuy Nguyen, ont été inculpés de production de marihuana et de possession de cette substance en vue d'en faire le trafic, infractions prévues par les par. 5(2) et 7(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. Ces accusations concernaient des activités de culture de marihuana menées dans une résidence de trois étages située à Surrey, en Colombie-Britannique.

[4] La résidence était inscrite au nom de M. Nguyen.

[5] At the time of the offence, Mr. and Mrs. Nguyen resided with their two younger children in a rental accommodation elsewhere. Their eldest daughter, then 18 years old, resided in the Surrey building. After they were charged, the rest of the family moved into the property.

[6] The police seized a “moderately-sized but sophisticated grow operation” containing 96 marihuana plants. At the time of the search, it was apparent that there had been a recent harvest due to the presence of empty pots. A new crop of marihuana had been prepared.

[7] Marihuana clones were found in the main floor kitchen refrigerator. Two of the three bedrooms on the upper floor were only used on a transitory basis. The exterior front door to the residence had a metal bracket and a barricade. The windows to the basement rooms containing marihuana plants were boarded up. Lighting, irrigation and ventilation systems had been installed in the basement. Air fresheners were installed on the main floor. More generally, the Nguyens had gone to significant lengths to conceal the nature of the operation inside the property.

[8] Mr. and Mrs. Nguyen were found guilty of both charges. At the Supreme Court of British Columbia, Josephson J. imposed an 18-month conditional sentence, as well as ordering full forfeiture of the residence in which the marihuana was produced.

[9] Neither of the Nguyens had a criminal record, nor did they have any involvement in organized crime. However, the trial judge found as aggravating factors the sophistication and commercial nature of the operation, as well as the likelihood that the house had been purchased for the sole purpose of growing marihuana.

[10] Writing for a unanimous court, Kirkpatrick J.A. applied Ryan J.A.’s approach outlined in *R. v.*

[5] Lors de l’infraction, M. et M^{me} Nguyen résidaient avec leurs deux plus jeunes enfants dans une habitation qu’ils louaient ailleurs. Leur fille aînée, âgée de 18 ans à ce moment-là, habitait l’immeuble de Surrey. Après le dépôt des accusations, le reste de la famille a emménagé dans cette propriété.

[6] La police a saisi une [TRADUCTION] « installation de culture de marihuana de taille modeste mais sophistiquée » qui comprenait 96 plants. Lors de la perquisition, il était évident qu’une récolte avait été effectuée peu de temps auparavant, étant donné la présence de pots vides. Une nouvelle récolte avait été préparée.

[7] On a trouvé des boutures de marihuana dans le réfrigérateur de la cuisine du rez-de-chaussée. Deux des trois chambres de l’étage supérieur n’étaient utilisées que de façon transitoire. La porte extérieure de la façade était barricadée et munie d’une ferrure. Les fenêtres des pièces du sous-sol où se trouvaient les plants de marihuana étaient barricadées avec des planches. Des systèmes d’éclairage, d’irrigation et de ventilation avaient été installés au sous-sol. Des assainisseurs d’air avaient été installés au rez-de-chaussée. D’une façon générale, les Nguyen avaient pris des mesures importantes pour dissimuler la nature des activités qui se déroulaient dans la maison.

[8] Monsieur et M^{me} Nguyen ont été déclarés coupables des deux chefs d’accusation. Le juge Josephson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique les a condamnés à une peine d’emprisonnement de 18 mois avec sursis, tout en ordonnant la confiscation totale de la résidence où la marihuana avait été produite.

[9] Les Nguyen n’avaient pas de casier judiciaire ni de liens avec le crime organisé. Le juge de première instance a toutefois retenu, comme facteurs aggravants, le caractère sophistiqué de l’exploitation et sa nature commerciale, ainsi que la probabilité que la maison avait été acquise à seule fin d’y cultiver de la marihuana.

[10] Rédigeant l’opinion unanime de la Cour d’appel, la juge Kirkpatrick a appliqué l’approche

Craig, 2007 BCCA 234, 240 B.C.A.C. 77, described in greater detail in the companion case *Craig*, and dismissed the appeal from sentence. She upheld the forfeiture order against the Nguyens' property: 2007 BCCA 474, 246 B.C.A.C. 263.

[11] In my view, the conclusion of the trial judge and of the Court of Appeal with respect to full forfeiture should not be disturbed on these facts. While the Nguyens' grow operation was roughly comparable in size and sophistication to Ms. Craig's, at least two important factors distinguish this case and suggest that forfeiture would not be disproportionate within the meaning of s. 19.1(3).

[12] Of particular relevance, in my view, is Josephson J.'s observation that the Nguyens bought the house for the sole purpose of growing marijuana. This means that the property was tainted from the outset by a criminal purpose. (See *R. v. Nguyen*, 2006 BCSC 1846, [2006] B.C.J. No. 3202 (QL), at para. 14.)

[13] In addition, it is significant that the Nguyens resided elsewhere with their two younger children, while their 18-year-old daughter lived in the house. As the trial judge observed, this fact suggests that the property's main function was as the site of a grow operation. This too is relevant in weighing the factors in s. 19.1(3).

[14] I am therefore of the view that full forfeiture of the property was not disproportionate in accordance with the statute.

[15] I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[16] LEBEL J. — Subject to my reasons in *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, I would dispose of the appeal as Justice Abella suggests.

adoptée par la juge Ryan dans *R. c. Craig*, 2007 BCCA 234, 240 B.C.A.C. 77, décrite plus longuement dans le pourvoi connexe *Craig*, et elle a rejeté l'appel présenté à l'égard de la peine. La juge Kirkpatrick a confirmé l'ordonnance de confiscation visant la propriété des Nguyen: 2007 BCCA 474, 246 B.C.A.C. 263.

[11] À mon avis, les faits ne justifient pas que l'on modifie la conclusion du juge de première instance et de la Cour d'appel à l'égard de la confiscation totale. Bien que l'installation de culture de la marijuana des Nguyen soit en gros comparable à celle de M^{me} Craig du point de vue de la taille et de la sophistication, au moins deux éléments importants distinguent la présente affaire et tendent à indiquer que la confiscation ne serait pas démesurée au sens du par. 19.1(3).

[12] L'observation du juge Josephson suivant laquelle les Nguyen avaient acheté la maison à la seule fin d'y cultiver de la marijuana revêt à mon sens une importance particulière. Cela signifie que le bien était dès le début associé à un dessein criminel. (Voir *R. c. Nguyen*, 2006 BCSC 1846, [2006] B.C.J. No. 3202 (QL), par. 14.)

[13] En outre, il est significatif que les Nguyen habitaient ailleurs avec leurs deux plus jeunes enfants, alors que leur fille de 18 ans vivait dans la maison en question. Comme l'a signalé le juge de première instance, cela semble indiquer que la principale fonction de la maison était de receler une installation de culture de marijuana. Ce fait est lui aussi pertinent pour la prise en compte des facteurs énoncés au par. 19.1(3).

[14] Je suis par conséquent d'avis que la confiscation totale de l'immeuble n'était pas une sanction démesurée au sens du texte législatif.

[15] Je rejeterais le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[16] LE JUGE LEBEL — Sous réserve des motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, je trancherais le présent pourvoi de la manière que propose la juge Abella.

The following are the reasons delivered by

[17] FISH J. — Subject to my reasons in *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, I agree with Justice Abella and would dispose of the appeal as she suggests.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Jay I. Solomon Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.

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

Version française des motifs rendus par

[17] LE JUGE FISH — Sous réserve des motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, je souscris à l'opinion de la juge Abella et je trancherais le pourvoi de la manière qu'elle propose.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : Jay I. Solomon Law Corporation, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.

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

INDEX

ABORIGINAL LAW

Crown — Fiduciary duty — Management of oil and gas royalties — Indian bands surrendering mineral rights on reserves to Crown — Crown holding bands' oil and gas royalties in Consolidated Revenue Fund and paying interest at rate tied to the yield on long-term government bonds but adjusted periodically — Whether Crown was obligated as fiduciary to invest oil and gas royalties — Whether Crown breached its fiduciary obligations in way in which it calculated and paid interest on royalties — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 61 to 69 — Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11, ss. 2 “public money”, 17(1), 21(1), 90(1)(b) — Indian Oil and Gas Act, R.S.C. 1985, c. I-7, s. 4(1).

ERMINESKIN INDIAN BAND AND NATION V. CANADA, 222.

ADMINISTRATIVE LAW

Judicial review — Standard of review — Immigration Appeal Division denying special relief on “humanitarian and compassionate grounds” from removal order — Standard of review applicable to Immigration Appeal Division decision — Whether common law of judicial review displaced by s. 18.1 of Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 67(1)(c).

CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. KHOSA, 339.

COMMERCIAL LAW

Bills of exchange — Fraudulent cheque — Whether money paid by bank recoverable from payee.

B.M.P. GLOBAL DISTRIBUTION INC. V. BANK OF NOVA SCOTIA, 504.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Official languages — Communications by public with federal institutions — Right of members of

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

public to be served by federal institutions in official language of their choice — Content of duty to provide equal services in both official languages — Community economic development services provided in both official languages, but principle of linguistic equality not adhered to — Situation corrected by time application for court remedy against federal institution heard — Whether Federal Court of Appeal erred in holding that no remedy other than costs should be granted — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 20(1) — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), Part IV.

DESROCHERS V. CANADA (INDUSTRY), 194.

2. Charter of Rights — Right to equality — Money management provisions of Indian Act precluding investment of Indian moneys by Crown — Provisions creating distinction between Indians and non-Indians — Whether distinction creating disadvantage by perpetuating prejudice and stereotyping — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 61 to 68.

ERMINESKIN INDIAN BAND AND NATION V. CANADA, 222.

3. Charter of Rights — Search and seizure — Privacy interest — Abandonment — Police taking garbage bags placed for collection at edge of accused's property without warrant — Whether police breached accused's right to be free from unreasonable search and seizure — Whether accused abandoned his privacy interest in contents of garbage bags when he placed them at edge of his property for collection — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. V. PATRICK, 579.

4. Division of powers — Property and civil rights — Criminal law — Provincial law providing for forfeiture of proceeds of unlawful activity — Whether provincial law in pith and substance criminal law and ultra vires province — Whether provincial law inoperative by reason of operational conflict with forfeiture or sentencing provisions of Criminal Code — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13) — Remedies for Organized Crime and Other Unlawful Activities Act, 2001, S.O. 2001, c. 28, ss. 1, 2, 3, 6 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.37.

CHATTERJEE V. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL), 624.

CONTRACTS

1. Employment contracts — Restrictive covenants — Geographic scope of restrictive covenant ambiguous — Whether notional severance or rectification may be invoked to resolve ambiguity or to render unreasonable restriction reasonable.

SHAFFRON V. KRG INSURANCE BROKERS (WESTERN) INC., 157.

2. Unconscionability — Remedy — Equitable compensation.

RICK V. BRANDSEMA, 295.

CRIMINAL LAW

1. Extortion — Acquittal — Court of Appeal substituting conviction — Substitution justified.

R. v. STRECKO, 64.

2. Evidence — Production — Crown's duty to disclose — Corollary police obligation to disclose to Crown — Accused charged with drug-related offences — Crown's main police witness involved in drug-related misconduct leading to disciplinary proceedings and criminal charges — Accused sought production of arresting officer's police disciplinary records and criminal investigation files — Whether common law production regime for third party records applicable only in cases where these records attract reasonable expectation of privacy — Whether criminal investigation files relating to third party accused attract reasonable expectation of privacy — Whether police records relating to findings of misconduct by officer involved in investigation against accused fall within scope of first party disclosure package from police to Crown.

R. v. MCNEIL, 66.

3. Charge to jury — Sufficiency of Vetrovec warning — Content of warning — Evidence of unsavoury witnesses introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Whether charge adequately instructed jury about unreliability of unsavoury witnesses' testimony and degree of scrutiny to be applied in weighing their testimony — Whether charge adequately instructed jury about type of evidence capable of supporting unsavoury witnesses' testimony — Whether confirming evidence must be independent and material.

R. v. KHELA, 104.

4. Charge to jury — Inferences of innocence — Circumstantial evidence and proven facts — Whether trial judge erred by instructing jury that inferences of innocence can only be drawn from evidence based on proven facts — If so, whether Court of Appeal erred by applying curative proviso.

R. v. KHELA, 104.

CRIMINAL LAW — (Continued)

5. Charge to jury — Sufficiency of Vetrovec warning — Content of warning — Evidence of accomplices introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Whether trial judge erred in warning given to jury regarding accomplices.

R. v. SMITH, 146.

6. Trial — Charge to jury — Adequacy of trial judge's review of evidence — Charge adequate — Jury instruction conveying sufficient understanding of evidence and how it related to issues raised by defence.

R. v. ROYZ, 423.

7. Youths — Procedure — Direct indictment — Joint trials — Young persons and adults arrested together in relation to drug trafficking activities by criminal organization — Crown preferring direct indictment against all accused, both adults and young persons — Whether Crown may proceed by direct indictment in case of young persons — Whether young persons can be tried jointly with adults — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 536(4), 577 — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 67(7), (9), 140.

R. v. S.J.L., 426.

8. Appeals — Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Dissent on question of law — Application for leave to appeal — Curative proviso — Crown's notice of appeal based on dissent in Court of Appeal on issue of whether trial judge erred in law in his assessment of accused's credibility — Unnecessary for Crown to seek leave to appeal from refusal of majority of Court of Appeal to apply curative proviso — Error of law and application of curative proviso always intertwined issues.

R. v. LABOUCAN, 620.

9. Sentencing — Intermittent sentences — Conditional sentences — Accused convicted of assault causing bodily harm, uttering a death threat and pointing a firearm and receiving 90-day sentence of imprisonment to be served intermittently plus two concurrent 18-month conditional sentences to be served in community plus probation — Whether imposition of conditional sentence of more than 90 days renders intermittent sentence illegal — Whether intermittent sentence must be served on consecutive days — Whether conditional sentence is "sentence of imprisonment" within meaning of s. 732(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 732(1), (3) — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 139.

R. v. MIDDLETON, 674.

10. Trial — Charge to jury — Investigative hearsay and police opinion testimony — Omission of limiting instructions — Application of curative proviso — Accused claiming he was falsely named as attacker — Lead investigating officer

CRIMINAL LAW — (Concluded)

providing narrative of investigative process — Officer's testimony including hearsay and personal opinion — Accused found guilty but convictions set aside on appeal — Whether trial judge erred in failing to provide jury with limiting instruction concerning officer's testimony — If so, whether conviction can be upheld pursuant to curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. VAN, 716.

11. Controlled drugs and substances — Forfeiture orders — Specific proportionality test provided for offence-related real property forfeiture orders — Relationship of test with general sentencing principles — Accused guilty of producing marihuana in her home — Accused fined and given conditional imprisonment sentence — Court of Appeal setting aside fine and ordering forfeiture of house — Whether real property forfeiture orders should be considered together with terms of imprisonment as a global punishment — Whether court empowered to order partial forfeiture of real property — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 19.1(3).

R. v. CRAIG, 762.

12. Controlled drugs and substances — Forfeiture orders — Specific proportionality test provided for offence-related real property forfeiture orders — Relationship of test with general sentencing principles — Accused guilty of producing marihuana in his home — Forfeiture of house ordered by trial judge — Court of Appeal rather ordering partial forfeiture of house — Whether real property forfeiture orders should be considered together with terms of imprisonment as a global punishment — Whether court empowered to order partial forfeiture of real property — Whether partial forfeiture order justified — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 19.1(3).

R. v. OUELLETTE, 818.

13. Controlled drugs and substances — Forfeiture orders — Specific proportionality test provided for offence-related real property forfeiture orders — Relationship of test with general sentencing principles — Marihuana grow operation located in house owned by accused — Accused found guilty of producing and possessing marihuana for purpose of trafficking — Conditional imprisonment sentence imposed and forfeiture of house ordered — Forfeiture order upheld by Court of Appeal — Whether real property forfeiture orders should be considered together with terms of imprisonment as a global punishment — Whether order justified — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 19.1(3).

R. v. NGUYEN, 826.

EMPLOYMENT LAW

Fiduciary and equitable obligations — Employee leaving his employment in insurance agency to work for another agency as insurance salesman — Former employer alleging that employee breached fiduciary duty not to use confidential information and solicit its clients — Whether employee owed former employer fiduciary and equitable obligations.

SHAFRON v. KRG INSURANCE BROKERS (WESTERN) INC., 157.

FAMILY LAW

1. Family assets — Separation agreements — Unconscionability — Husband knowingly exploiting wife's mental fragility and giving misleading financial information, resulting in negotiated equalization payment that fails to reflect objectives of governing legislation or parties' intention to divide assets equally — Whether separation agreement unconscionable — Role of professional assistance in compensating for vulnerabilities.

RICK v. BRANDSEMA, 295.

2. Separation agreements — Duty to make full and honest disclosure of relevant financial information in negotiating separation agreements.

RICK v. BRANDSEMA, 295.

FINANCIAL INSTITUTIONS

Banks and banking operations — Fraudulent cheque — Banks' rights to recover money paid under mistake of fact and to trace funds — Collecting bank releasing funds in customer's account after drawee bank cleared cheque — Customer transferring portion of funds in its account to related accounts — Drawee bank later finding cheque to be fraudulent and requesting assistance of collecting bank to recover funds — Collecting bank restraining funds in customer's account and related accounts under its control and transferring funds back to drawee bank — Whether drawee bank can recover payment made under mistake of fact — Whether collecting bank had right to claim funds in customer's account and to trace funds in related accounts.

B.M.P. GLOBAL DISTRIBUTION INC. v. BANK OF NOVA SCOTIA, 504.

LIMITATION OF ACTIONS

Applicability of limitation periods — Constitutional challenge — Pre-Charter denial of benefits — Equality rights — Claims seeking personal relief and declarations of unconstitutionality — Whether statutory limitation periods applicable to claims for personal relief — Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, c. L-15, s. 3(1)(j).

RAVNDAHL V. SASKATCHEWAN, 181.

OFFICIAL LANGUAGES

Communications with and services to public — Content of duty to provide services of equal quality in both official languages — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 20(1) — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), Part IV.

DESROCHERS V. CANADA (INDUSTRY), 194.

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

1. Choice of forum — Forum conveniens — Pollution produced by mining company in Canada but environmental damage alleged to occur in U.S. — Environmental action against company commenced in U.S. court — Company suing insurers for coverage in relation to environmental damage in that court — Insurers commencing parallel proceedings in British Columbia — Assertion of jurisdiction by U.S. court — Whether British Columbia proceedings should be stayed given prior assertion of jurisdiction — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11.

TECK COMINCO METALS LTD. V. LLOYD'S UNDERWRITERS, 321.

2. Foreign or external judgments — Recognition procedure — Parallel class proceedings commenced in different provinces — Whether Quebec court hearing application for recognition of judgment can take account of doctrine of forum non conveniens in determining whether foreign authority had jurisdiction — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3135, 3155(1), 3164.

CANADA POST CORP. V. LÉPINE, 549.

3. Foreign or external judgments — Recognition procedure — Parallel class proceedings commenced in different provinces — Notice procedure for Ontario judgment certifying class proceeding and approving settlement agreement — Quebec residents bound by settlement agreement — Whether

PRIVATE INTERNATIONAL LAW — (Concluded)

notice procedure for Ontario judgment entailed contravention of fundamental principles of procedure that precluded recognition of Ontario judgment in Quebec — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3155(3).

CANADA POST CORP. V. LÉPINE, 549.

4. Foreign or external judgments — Recognition procedure — Lis pendens — Parallel class proceedings commenced in different provinces — Whether Quebec and Ontario proceedings gave rise to situation of lis pendens — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3155(4).

CANADA POST CORP. V. LÉPINE, 549.

RESTITUTION

Mistake of fact — Fraudulent cheque — Whether money paid by bank recoverable from payee.

B.M.P. GLOBAL DISTRIBUTION INC. V. BANK OF NOVA SCOTIA, 504.

TAXATION

1. Income tax — Tax avoidance — Series of transactions — Series of transactions beginning with wife borrowing money to purchase shares in family corporation and leading to husband deducting interest on the couple's home mortgage loan — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny tax benefits — Whether series of transactions results in abuse and misuse of one or more provisions of Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 245(4).

LIPSON V. CANADA, 3.

2. Goods and Services Tax — Rebate of payment made in error — Overpayments made by courier acting as licensed customs broker — Courier crediting consignees for overpayments and deducting overpayments from its own GST liability as supplier of goods and services — Deductions disallowed — Whether courier entitled to rebate of overpayments — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, ss. 215.1, 216(6), 225(1), 261(1), (2), (3), 296(2.1).

UNITED PARCEL SERVICE CANADA LTD. V. CANADA, 657.

UNJUST ENRICHMENT

Crown — Management of Indian bands' oil and gas royalties — Statutory scheme requiring Crown to hold bands' oil and gas royalties in Consolidated Revenue Fund and to pay interest — Whether Crown was unjustly enriched by making use of bands' royalties and setting interest rate paid to bands.

ERMINESKIN INDIAN BAND AND NATION V. CANADA, 222.

INDEX

CONTRATS

1. Contrats de travail — Clauses restrictives — Portée géographique d'une clause restrictive ambiguë — Peut-on utiliser les théories de la divisibilité fictive ou de la rectification pour dissiper l'ambiguïté ou pour faire en sorte qu'une restriction déraisonnable devienne raisonnable?

SHAFRON C. KRG INSURANCE BROKERS (WESTERN) INC., 157.

2. Contrats — Caractère abusif — Réparation — Indemnisation en equity.

RICK C. BRANDSEMA, 295.

DROIT ADMINISTRATIF

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Refus de la Section d'appel de l'immigration de prendre des mesures spéciales pour des « motifs d'ordre humanitaires » relativement à une mesure de renvoi — Norme de contrôle applicable à la décision de la Section d'appel de l'immigration — L'article 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, écarte-t-il la common law en matière de contrôle judiciaire? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 67(1c).

CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) C. KHOSA, 339.

DROIT COMMERCIAL

Lettres de change — Faux chèque — Est-il possible de recouvrer auprès du preneur l'argent payé par la banque?

B.M.P. GLOBAL DISTRIBUTION INC. C. BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE, 504.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Langues officielles — Communications entre les administrés et les institutions fédérales — Droit

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

du public d'être servi par les institutions fédérales dans la langue officielle de son choix — Contenu de l'obligation de fournir des services égaux dans les deux langues officielles — Services de développement économique communautaires fournis dans les deux langues officielles, mais non respect du principe de l'égalité linguistique — Situation corrigée au moment de l'audition du recours judiciaire contre l'institution fédérale — La Cour d'appel fédérale a-t-elle fait erreur en concluant qu'il n'y avait pas lieu d'accorder d'autre réparation que les dépens? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 20(1) — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), partie IV.

DESROCHERS C. CANADA (INDUSTRIE), 194.

2. Charte des droits — Droit à l'égalité — Dispositions pertinentes de la Loi sur les Indiens empêchant la Couronne d'investir l'argent des Indiens — Dispositions établissant une distinction entre Indiens et non-Indiens — La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 61 à 68.

BANDE ET NATION INDIENNES D'ERMINEKIN C. CANADA, 222.

3. Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie — Droit au respect de la vie privée — Abandon — Prise sans mandat par des policiers de sacs d'ordures déposés par l'accusé à la limite de sa propriété — Les policiers ont-ils violé le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — L'accusé a-t-il renoncé à son droit au respect de sa vie privée à l'égard du contenu des sacs d'ordures lorsqu'il les a déposés à la limite de sa propriété en vue de leur ramassage? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. PATRICK, 579.

4. Partage des pouvoirs — Propriété et droits civils — Droit criminel — Loi provinciale prévoyant la confiscation du produit d'activité illégale — La loi provinciale est-elle, par son caractère véritable, une loi criminelle ultra vires? — La loi provinciale est-elle inopérante en raison d'un conflit d'application avec les dispositions du Code criminel relatives à la confiscation ou à la détermination de la peine? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13) — Loi de 2001 sur les recours pour crime organisé et autres activités illégales,

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

L.O. 2001, ch. 28, art. 1, 2, 3, 6 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.37.

CHATTERJEE C. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL), 624.

DROIT CRIMINEL

1. Extorsion — Acquittement — Substitution par la Cour d'appel d'un verdict de culpabilité — Substitution justifiée.

R. C. STRECKO, 64.

2. Preuve — Production — Obligation du ministère public de communiquer la preuve — Obligation corollaire de la police de communiquer la preuve au ministère public — Accusé inculpé d'infractions relatives aux stupéfiants — Policier témoin principal du ministère public a fait preuve d'inconduite relative aux stupéfiants à l'origine de procédures disciplinaires et d'accusations criminelles — Accusé a demandé la production des dossiers disciplinaires et des dossiers d'enquête criminelle du policier qui a procédé à son arrestation — Le régime de common law de production de dossiers en la possession de tiers s'applique-t-il uniquement aux cas où ces dossiers ouvrent droit à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée? — Les dossiers d'enquête criminelle relatifs à un tiers accusé ouvrent-ils droit à une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée? — Les dossiers de la police sur les conclusions d'inconduite d'un policier chargé de l'enquête visant l'accusé sont-ils compris dans les renseignements que la police doit remettre au ministère public à titre de partie principale?

R. C. McNEIL, 66.

3. Exposé au jury — Suffisance de la mise en garde de type *Vetrovec* — Contenu de la mise en garde — Dépositions de témoins douteux présentées au procès par le ministère public — Accusés déclarés coupables de meurtre au premier degré — L'exposé au jury a-t-il adéquatement renseigné le jury sur la non-fiaabilité des dépositions des témoins douteux et sur l'examen rigoureux auquel il faut soumettre ces dépositions? — L'exposé au jury a-t-il adéquatement renseigné le jury sur le type de preuve pouvant étayer la déposition d'un témoin douteux? — La preuve corroborante doit-elle être indépendante et substantielle?

R. C. KHELA, 104.

4. Exposé au jury — Inférences d'innocence — Preuve circonstancielle et faits établis — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en informant le jury qu'il ne pouvait tirer des inférences d'innocence qu'à partir de la preuve fondée sur des faits établis? — Dans l'affirmative, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en appliquant la disposition réparatrice?

R. C. KHELA, 104.

DROIT CRIMINEL — (Suite)

5. Exposé au jury — Suffisance de la mise en garde de type *Vetrovec* — Contenu de la mise en garde — Témoignages de complices présentés au procès par le ministère public — Accusés déclarés coupables de meurtre au premier degré — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans la mise en garde qu'il a adressée au jury à propos des complices?

R. C. SMITH, 146.

6. Exposé au jury — Caractère suffisant de l'examen de la preuve effectué par le juge du procès — Exposé adéquat — Les directives aux jurés ont suffisamment expliqué la preuve et précisé son lien avec les questions soulevées par la défense.

R. C. ROYZ, 423.

7. Adolescents — Procédure — Acte de mise en accusation directe — Procès conjoints — Adolescents et adultes arrêtés ensemble en relation avec des activités de trafic de stupéfiants mettant en cause une organisation criminelle — Dépôt par le ministère public d'un acte de mise en accusation directe regroupant tous les accusés tant adultes qu'adolescents — Le ministère public peut-il procéder par acte de mise en accusation directe dans le cas des adolescents? — Les adolescents peuvent-ils subir leur procès conjointement avec des adultes? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 536(4), 577 — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 67(7), (9), 140.

R. C. S.J.L., 426.

8. Appels — Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Dissidence sur une question de droit — Demande d'autorisation d'appel — Disposition réparatrice — Avis d'appel du ministère public fondé sur la dissidence en Cour d'appel à l'égard de la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit dans l'évaluation de la crédibilité de l'accusé — Ministère public non tenu de demander l'autorisation d'appeler du refus de la majorité de la Cour d'appel d'appliquer la disposition réparatrice — Erreur de droit et application de la disposition réparatrice sont toujours des questions étroitement liées.

R. C. LABOUCAN, 620.

9. Détermination de la peine — Peine discontinue — Peine avec sursis — Accusé reconnu coupable de voies de fait ayant causé des lésions corporelles, de menaces de mort et de braquage d'une arme à feu condamné à une peine de 90 jours d'emprisonnement à purger de façon discontinue et à deux peines concurrentes de 18 mois d'emprisonnement avec sursis à purger dans la collectivité, suivies d'une probation — L'infliction d'une peine avec sursis de plus de 90 jours rend-elle la peine discontinue illégale? — La peine discontinue doit-elle être purgée de façon continue? — La peine avec sursis constitue-t-elle un « emprisonnement » au sens de l'art. 732(1) du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46,

DROIT CRIMINEL — (Suite)

art. 732(1), (3) — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 139.

R. C. MIDDLETON, 674.

10. Procès — Exposé au jury — Ouï-dire issu de l'enquête et témoignage d'opinion du policier — Omission d'une directive restrictive — Application de la disposition réparatrice — Accusé prétendant avoir été faussement identifié comme agresseur — Compte rendu du déroulement de l'enquête fourni par l'enquêteur principal — Déposition de l'enquêteur contenant du ouï-dire et une opinion personnelle — Accusé reconnu coupable mais déclaration de culpabilité annulée en appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de donner au jury une directive restrictive concernant le témoignage du policier? — Dans l'affirmative, les déclarations de culpabilité peuvent-elles être maintenues en application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

R. C. VAN, 716.

11. Drogues et autres substances réglementées — Ordonnances de confiscation — Critère de proportionnalité spécifiquement établi à l'égard des ordonnances de confiscation visant des biens immeubles infractionnels — Relation entre ce critère et les principes généraux de détermination de la peine — Accusée déclarée coupable de production de marijuana dans sa résidence — Accusée condamnée à une amende et à une peine d'emprisonnement avec sursis — Annulation de l'amende par la Cour d'appel et confiscation de la résidence ordonnée par celle-ci — Est-ce que les ordonnances de confiscation de biens immeubles et les périodes d'emprisonnement doivent être considérées comme constituant ensemble une peine globale? — Est-ce que les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner la confiscation partielle d'un bien immeuble? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 19.1(3).

R. C. CRAIG, 762.

12. Drogues et autres substances réglementées — Ordonnances de confiscation — Critère de proportionnalité spécifiquement établi à l'égard des ordonnances de confiscation visant des biens immeubles infractionnels — Relation entre ce critère et les principes généraux de détermination de la peine — Accusé déclaré coupable de production de marijuana dans sa résidence — Confiscation de la résidence ordonnée par la juge du procès — Confiscation partielle de la résidence ordonnée à la place par la Cour d'appel — Est-ce que les ordonnances de confiscation de biens immeubles et les périodes d'emprisonnement doivent être considérées comme constituant ensemble une peine globale? — Est-ce que les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner la confiscation partielle d'un bien immeuble? — L'ordonnance de confiscation partielle était-elle justifiée? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 19.1(3).

R. C. OUELLETTE, 818.

DROIT CRIMINEL — (Fin)

13. Drogues et autres substances réglementées — Ordonnances de confiscation — Critère de proportionnalité spécifiquement établi à l'égard des ordonnances de confiscation visant des biens immeubles infractionnels — Relation entre ce critère et les principes généraux de détermination de la peine — Culture de marijuana dans une résidence appartenant aux accusés — Accusés déclarés coupables de production et de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic — Peine d'emprisonnement avec sursis et confiscation de la résidence — Confiscation confirmée par la Cour d'appel — Est-ce que les ordonnances de confiscation de biens immeubles et les périodes d'emprisonnement doivent être considérées comme constituant ensemble une peine globale? — L'ordonnance de confiscation était-elle justifiée? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 19.1(3).

R. C. NGUYEN, 826.

DROIT DE L'EMPLOI

Obligations fiduciaires et en equity — Employé quittant son emploi dans une agence d'assurances pour travailler comme vendeur d'assurance dans une autre agence — Allégation par l'ancien employeur d'un manquement par l'employé à son obligation fiduciaire de ne pas utiliser de renseignements confidentiels ni solliciter ses clients — L'employé avait-il des obligations fiduciaires et en equity envers son ancien employeur?

SHAFRON C. KRG INSURANCE BROKERS (WESTERN) INC., 157.

DROIT DE LA FAMILLE

1. Biens familiaux — Accords de séparation — Caractère abusif — Versement d'un paiement d'égalisation négocié ne flétant ni les objectifs de la loi applicable ni l'intention des parties de se diviser les biens en parts égales en raison de l'exploitation délibérée par l'époux de la fragilité mentale de l'épouse et de la communication délibérée par le premier de renseignements financiers trompeurs — L'accord de séparation avait-il un caractère abusif? — Rôle de l'aide professionnelle pour contrebalancer la vulnérabilité d'une partie.

RICK C. BRANDSEMA, 295.

2. Accords de séparation — Obligation de communication franche et complète de l'information lors de la négociation des accords de séparation.

RICK C. BRANDSEMA, 295.

DROIT DES AUTOCHTONES

Couronne — Obligation fiduciaire — Gestion de redevances pétrolières et gazières — Bandes indiennes ayant cédé à la Couronne leurs droits sur les minéraux de leurs réserves — Redevances pétrolières et gazières des bandes déposées dans le Trésor et intérêts payés par la Couronne à un taux lié au rendement des obligations à long terme du gouvernement, mais rajusté périodiquement — La Couronne avait-elle l'obligation fiduciaire d'investir les redevances pétrolières et gazières? — Par la manière dont elle a fixé et payé l'intérêt sur les redevances, la Couronne a-t-elle manqué à ses obligations fiduciaires? — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 61 à 69 — Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 2 « fonds publics », 17(1), 21(1), 90(1)b) — Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, L.R.C. 1985, ch. I-7, art. 4(1).

BANDE ET NATION INDIENNES D'ERMINESKIN C. CANADA, 222.

DROIT FISCAL

1. Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Série d'opérations — Série d'opérations allant de l'emprunt contracté par l'épouse pour l'achat d'actions de l'entreprise familiale à la déduction par le mari de l'intérêt payé sur le prêt hypothécaire contracté pour l'achat de la résidence du couple — La règle générale anti-évitement s'applique-t-elle de façon à supprimer les avantages fiscaux? — La série d'opérations entraîne-t-elle un abus dans l'application d'une ou de plusieurs dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 245(4).

LIPSON C. CANADA, 3.

2. Taxe sur les produits et services — Remboursement de paiements effectués par erreur — Paiements en trop effectués par une entreprise de messageries agissant comme courtier en douane agréé — Crédits accordés par l'entreprise aux consignataires à l'égard des paiements en trop et déduction de ces paiements par l'entreprise du montant de TPS qu'elle devait elle-même à titre de fournisseur de produits et services — Déductions refusées — L'entreprise de messageries avait-elle droit au remboursement des paiements en trop? — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 215.1, 216(6), 225(1), 261(1), (2), (3), 296(2.1).

UNITED PARCEL SERVICE DU CANADA LTÉE C. CANADA, 657.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

1. Choix du tribunal — Forum conveniens — Une compagnie minière a causé de la pollution au Canada, mais le

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ — (Fin)

dommage environnemental serait survenu aux États-Unis — Une action environnementale a été intentée contre la compagnie devant une cour américaine — La compagnie poursuit les assureurs devant cette cour pour être indemnisée quant au dommage environnemental — Les assureurs ont intenté des recours parallèles en Colombie-Britannique — La cour américaine s'est déclarée compétente — Les recours intentés en Colombie-Britannique devraient-ils être suspendus compte tenu de la déclaration de compétence antérieure? — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, ch. 28, art. 11.

TECK COMINCO METALS LTD. C. LLOYD'S UNDERWRITERS, 321.

2. Jugements étrangers ou externes — Procédure de reconnaissance — Recours collectifs parallèles intentés dans des provinces différentes — Le tribunal québécois saisi d'une demande de reconnaissance de jugement peut-il prendre en compte la doctrine du forum non conveniens pour établir la compétence de l'autorité étrangère? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3135, 3155(1), 3164.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. LÉPINE, 549.

3. Jugements étrangers ou externes — Procédure de reconnaissance — Recours collectifs parallèles intentés dans des provinces différentes — Procédure de notification du jugement ontarien certifiant un recours collectif et éternisant une transaction — Résidants du Québec liés par la transaction — La procédure de notification du jugement ontarien constituait-il une violation des principes essentiels de la procédure qui empêchait la reconnaissance judiciaire du jugement ontarien au Québec? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3155(3).

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. LÉPINE, 549.

4. Jugements étrangers ou externes — Procédure de reconnaissance — Litispendance — Recours collectifs parallèles intentés dans des provinces différentes — Existait-il une situation de litispendance entre les recours québécois et ontarien? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3155(4).

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. LÉPINE, 549.

ENRICHISSEMENT INJUSTIFIÉ

Couronne — Gestion des redevances pétrolières et gazières des bandes indiennes — Régime législatif exigeant de la Couronne qu'elle détienne dans le Trésor les redevances pétrolières et gazières des bandes et qu'elle verse de l'intérêt — La Couronne s'est-elle injustement enrichie en

ENRICHISSEMENT INJUSTIFIÉ — (Fin)

utilisant les redevances et en fixant le taux de l'intérêt versé aux bandes?

BANDE ET NATION INDIENNES D'ERMINESKIN C. CANADA, 222.

INSTITUTIONS FINANCIÈRES

Banques et opérations bancaires — Faux chèque — Droits des banques de recouvrer l'argent payé par erreur de fait et de suivre des fonds — Versement de fonds par la banque d'encaissement dans le compte d'une cliente après compensation du chèque par la banque tirée — Transfert par la cliente d'une partie des fonds de son compte aux comptes connexes — Banque tirée découvrant par la suite qu'il s'agit d'un faux chèque et demandant l'assistance de la banque d'encaissement pour le recouvrement des fonds — Blocage par la banque d'encaissement des fonds détenus dans le compte de la cliente et les comptes connexes ouverts chez elle et retransfert des fonds à la banque tirée — La banque tirée a-t-elle le droit de recouvrer un paiement effectué par erreur de fait? — La banque d'encaissement avait-elle le droit de réclamer des fonds dans le compte de la cliente et de suivre les fonds dans les comptes connexes?

B.M.P. GLOBAL DISTRIBUTION INC. C. BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE, 504.

LANGUES OFFICIELLES

Communications avec le public et prestation des services — Contenu de l'obligation de fournir des services de qualité égale dans les deux langues officielles — Charte canadienne des droits et libertés, art. 20(1) — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), partie IV.

DESROCHERS C. CANADA (INDUSTRIE), 194.

PRESCRIPTION

Applicabilité des délais de prescription — Contestation constitutionnelle — Refus de prestations survenu avant l'entrée en vigueur de la Charte — Droits à l'égalité — Demandes visant des réparations personnelles et des déclarations d'inconstitutionnalité — Les délais de prescription prévus par la loi s'appliquent-ils aux demandes de réparations personnelles? — Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, ch. L-15, art. 3(1j).

RAVNDAHL C. SASKATCHEWAN, 181.

RESTITUTION

Erreur de fait — Faux chèque — Est-il possible de recouvrer auprès du preneur l'argent payé par la banque?

B.M.P. GLOBAL DISTRIBUTION INC. C. BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE, 504.

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://publication.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>